



FORSETI

Revista de Derecho

2021-I



BICENTENARIO

Samuel B. Abad - Daniel O. Huamán - Raúl Ravina
Rodrigo Zaldívar - Valeria Duffoó - Nicolás de la Flor
Esther Zagaceta - Daniel S. Salazar



© DERUP Editores, Lima, 2021
Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A
Jesús María, Lima, Perú
ISSN: 2312-3583
www.forseti.pe / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

FORSETI autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

2021-II
Asociación DERUP Editores
Consejo Directivo

Claudia Zambrano Sotero (Presidenta y Directora de Finanzas)
Abrielle Belloni Otayza (Vicepresidenta y Directora de Edición)
Maria Claudia Tamayo Grados (Directora de Comercialización)
Milene Jayme Mosquera (Directora de Eventos)
Jacqueline St. Laurent Del Castillo (Subdirectora de Finanzas)
Oscar Yalta Esterripa (Subdirector de Edición)
Andrea Chumpitaz Ortiz (Subdirectora de Comercialización)
Aniuska Segura Ríos (Subdirectora de Eventos)

Comisión de Comercialización

Nicolas Ayala Badillo
Ingrid Mamani Ccallo
Vanessa Quezada Soto
Leslie Hernández Montoya

Comisión de Edición

Paloma Cotrina Navarro
Bernardeth Quijano Rodríguez
Antonio Robles Vargas
Carol Venegas Ruiz
César Valdivia Vergara

Comisión de Eventos

David Alfaro Armas
Alonso Magallanes Montalvo
Zaida Ore Ortiz
Milena Requejo Espinoza
Allison Saldamando Egoávil
Hanna Paulino Ramos

Comisión de Finanzas

Jean Inti Aguilar
Thais Arroyo Campos
Renata Figueroa Sebastian

SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

A criterio del gran historiador Jorge Basadre, la existencia del hombre cambió irrevocablemente con el advenimiento de las primeras ciudades, acompañadas por la formación inicial del Estado que conocemos hoy. Este se caracterizó por otorgar una primera identidad y sentido de pertenencia. En el Perú, este sentimiento se acentuó con la proclamación de independencia que -como bien sabemos- nos reafirmó como sociedad, pero exigía una nueva filiación después de casi 300 años bajo el yugo español. Por este motivo, el mes de julio representa la renovación de la promesa patria que forjó el inicio de esta etapa.

En ese contexto, hemos sido testigos de la evolución de la era republicana. No obstante, debemos reconocer que aún queda mucho por desarrollar. De esta manera, nos complacemos en presentar el décimo cuarto número de la Revista FORSETI. Esta Edición de Bicentenario refleja dicho espíritu de mejora, recopilando diversas propuestas de reforma para nuestra legislación. Así, siguiendo los parámetros de excelencia que caracterizan a todos nuestros números, tenemos el agrado de introducir con éxito nuestra primera convocatoria abierta y tercera revisión de pares.

En ese sentido, iniciando con las reformas del ámbito constitucional, se analiza el marco regulatorio de las encuestas electorales. Debido a su importancia para consolidar la democracia moderna, se debe determinar si su legislación es respetuosa de los derechos fundamentales. Del mismo modo, se cuestiona la legitimidad de las prerrogativas procesales penales con respecto a los altos dignatarios estatales. Esta controversia se centra en la posible afectación a los principios constitucionales como la igualdad ante la Ley. Por otro lado, en materia de derechos de propiedad, se presenta un diagnóstico introductorio de las principales instituciones para garantizar el acceso a los predios, así como su correcta interpretación para el beneficio colectivo. De esta forma, se continúa el debate abordando la falta de un verdadero catastro predial. Al respecto, se identifican los problemas generados, brindando recomendaciones para modernizar dicho aparato. A continuación, se narra la evolución del arbitraje ante los desafíos de la actualidad y se explica su naturaleza versátil, capaz de adaptarse a un entorno dinámico. Finalmente, en el ámbito del derecho tributario, se evalúa la pertinencia de los convenios para solucionar la doble imposición que dispone el Perú en función del régimen constitucional.

En nombre del equipo FORSETI, deseo expresar nuestro más profundo agradecimiento a todos los autores y a quienes fueron partícipes de nuestro proceso de revisión de pares. Esperamos que esta edición sea de su agrado.

Abrielle Belloni Otayza

La directora

Índice

Regulación de las encuestas electorales: Temas en debate <i>por Samuel B. Abad</i>	06
La tutela procesal de altos dignatarios por la comisión de delitos comunes: De la inmunidad parlamentaria al fuero privilegiado <i>por Daniel O. Huamán</i>	30
Propuestas para agenda en materia de derechos de propiedad rumbo al Bicentenario <i>por Raúl Ravina</i>	45
Dos siglos sin ti: La falta de un verdadero catastro en el Perú y sus consecuencias <i>por Rodrigo Zaldívar y Valeria Duffó</i>	72
Ante una pandemia, mejores reglas: las modificaciones en las reglas más importantes de arbitraje internacional a raíz de la pandemia por Covid-19 <i>por Nicolás de la Flor y Esther Zagaceta</i>	111
Los Convenios para evitar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República? <i>por Daniel S. Salazar</i>	131

Regulación de las encuestas electorales: Temas en debate

Samuel B. Abad Yupanqui*

Resumen. - El presente artículo analiza la regulación vigente sobre las encuestas electorales, plantea los principales temas en debate y examina las propuestas de reforma presentadas. Resalta que la información que brindan las encuestas es fundamental en una democracia moderna, pues permite conocer la intención de voto de la ciudadanía en un momento determinado. Sus resultados no constituyen un pronóstico de lo que sucederá el día de la elección. Requisitos como la exigencia de un registro y de una ficha técnica resultan razonables. Sin embargo, la prohibición de difundir encuestas hasta el domingo anterior al día de la elección no se ajusta a la Constitución, por afectar derechos fundamentales, y tampoco a la realidad actual. Esta prohibición, introducida en el Perú hace 37 años, amerita ser revisada. Una medida razonable y proporcional debería autorizar la divulgación de encuestas hasta el día anterior a la elección.

Abstract. - This paper analyzes the current regulations on the electoral polls, raises the main issues under debate and examines the reform proposals presented. It highlights that the information provided by polls is fundamental in modern democracy, since it allows to know the voting intention of citizens at any given moment. However, its results do not constitute a certain prediction of the election results. Therefore, requirements such as registry and technical files are reasonable. Nevertheless, the prohibition to disseminate polls until the Sunday before election day contradicts the Constitution, since it affects fundamental rights. This prohibition, which was introduced in Peru 37 years ago, deserves to be reviewed. A reasonable and proportional measure should authorize the dissemination of polls until the day before the election.

Palabras claves. - Encuestas Electorales - Constitución - Elecciones - Reforma Constitucional - Derechos Fundamentales.

Keywords. - Electoral Polls - Constitution - Elections - Constitutional Reform - Fundamental Rights.

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Pacífico y de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

I. Introducción

Los resultados de las encuestas y la prohibición de divulgarlos días antes de una elección generan debate sobre su real influencia en la opinión pública, su actual regulación y la eficacia de tal prohibición. Suele suceder que los candidatos que no se ven favorecidos con la intención de voto cuestionen su validez, imparcialidad y señalen que no creen en ellas o que la mejor encuesta es el “sentir de la calle”, es decir, la opinión que ellos mismos perciben de la ciudadanía. También es frecuente que aparezcan nuevas empresas encuestadoras favoreciendo a un candidato que no se encuentra bien ubicado. Y, cuando se inicia la semana en que no pueden ser divulgadas, se difunden resultados -algunos verdaderos, otros falsos- por las redes sociales, por WhatsApp o a través de medios de comunicación de otros países. Es decir, un sector de la población logra estar informado pese a la prohibición legal.

A todos y todas nos interesa conocer los resultados de las encuestas, comparar su evolución y, en no pocas ocasiones, definir el voto en función de ellas. A veces se busca evitar el “voto perdido”, es decir, por un candidato o candidata que no tiene mayor opción y se acude a las encuestas para saber quién se encuentra mejor ubicado y tomar una decisión “útil”.

De esta manera, las encuestas se han convertido en un importante instrumento de medición de la opinión pública en un momento determinado y cobran especial importancia durante los procesos electorales. Constituyen “un insustituible medio de información”¹ en una democracia moderna, que se divulga fácilmente a través de las redes sociales, internet y los diversos medios de comunicación. ¿Será conveniente regularlas? ¿Habrá que dejar que las empresas encuestadoras libremente se autorregulen? ¿Resulta válido prohibir su difusión hasta el domingo anterior a las elecciones? ¿Será eficaz esta medida si se evidencia la circulación informal de sus resultados por internet y redes sociales? ¿Será una prohibición discriminatoria? ¿Son infalibles y anticipan el resultado de una elección?

El presente artículo, sin ánimo de agotar el debate y desde una perspectiva general, tratará de dar respuesta a estas interrogantes. Se efectuará un análisis jurídico que permita conocer el “estado de la cuestión” sobre la regulación de las encuestas electorales en el Perú y la importancia de efectuar algunos cambios normativos, los cuales se ubican en un contexto mayor: la necesaria reforma política y electoral en el país. Adelantamos que somos partidarios de una regulación de la actividad que desarrollan las empresas e instituciones encuestadoras que no sofoque ni limite su actuación y permita a la ciudadanía ejercer sus derechos de manera informada. La ausencia de regulación o una normatividad desproporcionada no constituyen las medidas más adecuadas. Las encuestas no pueden ser desacreditadas por el hecho que no reflejen exactamente los resultados de una elección o por quienes no aparecen bien ubicados en ellas. No anticipan ni

¹ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. Los sondeos electorales: ¿liberación o reglamentación? en la Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 11. Lima: Comisión Andina de Juristas. pp 227.

vaticinan al ganador. Reiteramos, solo reflejan el estado de la opinión pública en un momento determinado.

II. Precisiones Conceptuales

i. Encuestas electorales: concepto y riesgos que pueden presentarse

Las encuestas permiten contar con información sobre las opiniones de un número determinado de personas respecto a temas de interés en un momento específico. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se trata de un "Conjunto de preguntas tipificadas dirigidas a una muestra representativa de grupos sociales, para averiguar estados de opinión o conocer otras cuestiones que les afectan".

Desde las ciencias sociales se afirma que las "encuestas de opinión" son:

*"(...) un procedimiento para conseguir información (opiniones) de un grupo de sujetos (muestra) que pretende representar a un universo mayor (población), dentro de márgenes de error controlados (probabilidad). No miden -es bueno precisarlo- la opinión pública, sino opiniones de la población, (...) a lo sumo tienen un valor indicativo"*².

Asimismo, se distinguen las encuestas y sondeos de opinión entre políticas y no políticas, y dentro de las encuestas políticas aquellas referidas a la materia electoral y las que no lo son³.

Cuando se trata de información electoral, concretamente de "intención de voto"⁴, se denominan "encuestas electorales". Ellas permiten a la ciudadanía ejercer un voto informado, a las agrupaciones políticas evaluar las opiniones del electorado, así como definir las estrategias a seguir, y a los medios de comunicación brindar información sobre el estado de las opiniones de la población en un momento determinado. Incluso "pueden servir como una forma de control democrático allí donde los gobiernos se sienten tentados a manipular fraudulentamente las elecciones"⁵.

Como se recuerda, "George Gallup, Elmo Roper y Archibald Crossley llevaron a cabo la primera encuesta electoral de carácter científico en 1936, -con ocasión de las elecciones presidenciales estadounidenses-"⁶, en las que obtuvo la presidencia Franklin Roosevelt. Veamos:

² TUESTA, SOLDEVILLA, Fernando. No sabe/ no opina. Encuestas políticas y medios. Lima: Konrad - Adenauer - Stiftung. 1997, pp. 46-47.

³ CÓRDOVA, Lorenzo & SALAZAR, Pedro. "Consideraciones Generales sobre la (in) justificación de la regulación estatal de las encuestas y sondeos de opinión electorales". En Cuestiones Constitucionales, Núm. 42, 2007, p.16.

⁴ MARSHALL, Pablo; CHARNEY, John & ROSAS, Nelson. "Regulación legal de las encuestas electorales: análisis teórico y comparado". En Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 42, enero-junio, 2020, pp. 218.

⁵ Ibid, 216.

⁶ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. "Las encuestas electorales y el debate sobre su influencia en las elecciones". En Revista Mexicana de Opinión Pública, Núm 11, 2011, pp.27.

“Las encuestas electorales de carácter científico, (...), surgieron en los estados Unidos a comienzos de los años treinta, por obra del genial George Gallup, y en muy poco tiempo se convirtieron en unos de los elementos informativos de mayor relevancia durante los procesos electorales en todas las democracias. Su acceso masivo a los medios de comunicación tuvo lugar muy poco después: en los Estados Unidos a partir de 1940, en el reino Unido de 1950 y en el resto de los países democráticos (Francia, Alemania...) en los años sesenta”⁷.

Las encuestas "no son una predicción o anticipación de los resultados de la consulta electoral, sino una simple fotografía o instantánea de las intenciones de voto de la población en un momento determinado"⁸. Se discute sobre su real incidencia en la toma de decisiones del electorado y su impacto al momento de efectuar el voto:

“(...) del estudio realizado cabe concluir que las encuestas electorales ocupan un lugar destacado en la decisión electoral de muchos ciudadanos; que los efectos que producen en ellos son de muy distinto tipo y de contrario signo; que esta influencia es susceptible de afectar a los resultados electorales; y que no es posible, sin embargo, predeterminar el sentido de esta influencia, aunque ello no elimina el riesgo de manipulación; (...)”⁹.

Según un informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (párrafo 23), “no hay una opinión unánime ni hallazgos concluyentes sobre el impacto que producen los sondeos - y en general, los medios de comunicación - sobre las audiencias”¹⁰.

Sin embargo, las encuestas podrían presentar algunos riesgos en un sistema democrático que debe garantizar elecciones libres y competitivas, es decir, sin favorecer a determinado candidato o candidata. Estos riesgos pueden ser de distinta naturaleza: "estrictamente intra-metodológicos, principalmente resumidos en la estrategia muestral", "éticos en el levantamiento de datos", "de influencia, principalmente en la intención de voto" y "de interpretación, sobretodo en la cobertura mediática de las encuestas"¹¹. Además, como recuerda Pedro Planas “las encuestas tienen interesados auspiciadores” y “su presencia está lejos de constituir un frío y neutral instrumento técnico”¹².

⁷ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. “Organismos de sondeos, encuestas electorales y Derecho”. En Revista Mexicana de Estudios Políticos, Núm 110, octubre-diciembre, 2000, pp.97.

⁸ Ibid, 2017.

⁹ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. “Las encuestas electorales y el debate sobre su influencia en las elecciones”. En Revista Mexicana de Opinión Pública, Núm 11, 2011, pp.41-42.

¹⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202005%201%20ESP.pdf>.

¹¹ MAYOL, Alberto & CRESPO, Francesco. “Estándares y regulaciones de las encuestas de opinión pública”. En Revistas USACH, Vol. 8, 2015, pp.2-3.

¹² PLANAS, Pedro. Comunicación política y equidad electoral. Lima: Universidad de Lima - Fondo de Desarrollo Editorial, 1998, pp. 23.

ii. ¿Regulación o autorregulación?

El debate sobre la existencia y alcances de un “marco regulatorio” cuenta con especial relevancia. Los extremos pueden ir desde una “autorregulación”, mediante “códigos de conducta y protocolos internacionales”¹³, hasta una regulación, cuyo contenido dependerá del mayor o menor grado de intervención estatal que ha permitido prohibir su difusión los días previos a la elección. Algunas legislaciones -por ejemplo, la española- circunscriben la aplicación de la regulación sobre encuestas a un periodo determinado: “Entre el día de la convocatoria y el de la celebración de cualquier tipo de elecciones” (Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, artículo 69).

“Así, los países anglosajones se caracterizan por recurrir a la técnica de la autorregulación, en el sentido que los lineamientos de ética y de calidad de la industria son provistos por la misma comunidad de encuestadores a los que van dirigidos. Este es el caso, por ejemplo, de la práctica de los Estados Unidos de América, Reino Unido y Australia. En la otra vereda, los países que han optado por el camino de la regulación legal para fijar estos criterios reciben en su mayoría inspiración de los principios del derecho continental. Aquí encontramos en la actualidad a gran parte de la comunidad internacional. Conforme al más reciente reporte llevado a cabo a nivel mundial, en 2018 un 60% de los 133 países consultados contaba con la existencia de embargos o blackouts legales a la publicación de encuestas”¹⁴.

Como anota Arnaldo Alcubilla, la autorregulación de origen anglosajón se enfrenta a la “opción tuitiva (...) del continente europeo”:

“La norma que abrió paso a la reglamentación de las garantías o condiciones técnicas de elaboración y difusión de los sondeos electorales fue la Ley francesa de 19 de julio de 1977, completada por un Decreto de 16 de mayo de 1980, que estableció, por lo demás, una Comisión de Sondeos para velar para que éstos se efectuaran conforme a las citadas reglas en garantía de su seriedad (...)”¹⁵.

Una regulación sobre las encuestas electorales es factible. Sin embargo, para ser válida debe tener una finalidad constitucionalmente legítima y respetar derechos y principios básicos, como las libertades de expresión e información, la participación política informada, el principio-derecho de igualdad, la libertad de empresa, la libre competencia, la transparencia, entre otros. Además, debe tomar en cuenta la intervención de diversos actores con perspectivas e intereses distintos (agrupaciones políticas, empresas o instituciones encuestadoras, medios de comunicación, ciudadanía, auspiciadores que contratan las encuestas) incluyendo,

¹³ MAYOL, Alberto & CRESPO, Francesco. “Estándares y regulaciones de las encuestas de opinión pública”. En Revistas USACH, Vol. 8, 2015, pp.4.

¹⁴ MARSHALL, Pablo; CHARNEY, John & ROSAS, Nelson. “Regulación legal de las encuestas electorales: análisis teórico y comparado”. En Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 42, enero-junio, 2020, pp. 225.

¹⁵ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. Los sondeos electorales: ¿liberación o reglamentación? en la Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 11. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995, pp 230.

ciertamente, al Estado. En México, por ejemplo, el Instituto Nacional Electoral señala que un "principio central de la regulación ha sido la transparencia y la máxima publicidad con la finalidad de ofrecer a la sociedad los insumos necesarios para que pueda valorar la calidad de ellas y, en consecuencia, contribuir en la construcción del voto razonado y de una opinión pública mejor informada"¹⁶.

Como anota el Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH (párrafos 95-96), una regulación de las encuestas electorales debe "siempre propender al fortalecimiento de la libre circulación de información" y evitar que "algunos sectores dispongan de determinada información relacionada con las elecciones mientras que otros -por no poder acceder a ciertos medios de comunicación- se vean privados de las mismas posibilidades"¹⁷.

Dos de los temas fundamentales que se abordan al momento de regular las encuestas electorales son, por un lado, las "medidas tendentes a garantizar (su objetividad" y, por otro, la prohibición de su publicación o divulgación en un periodo previo a las elecciones¹⁸. Se trata de dos medidas claves: (a) el "disclosure o ficha técnica" y, (b) el "blackout o embargo"¹⁹.

Dentro de las primeras, la doctrina hace referencia a los "requisitos de publicidad", como, por ejemplo, aquellos establecidos en el artículo 69.1.a de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (España). Vale decir, la exigencia de publicar "la identidad y el domicilio de la persona o entidad que realiza el sondeo y de aquella que lo ha encargado"²⁰. Y, además, los "requisitos técnicos", en otras palabras, las "especificaciones técnicas que deben ser cumplidas a la hora de realizar los sondeos y que deben incorporarse en una ficha técnica de obligatoria publicación junto con los resultados de los mismos"²¹.

También se discute sobre si la regulación solo debe comprender las encuestas y sondeos de opinión que registran la "intención de voto" o incluir "otro tipo de

¹⁶ Extraído de <https://www.ine.mx/voto-y-elecciones/encuestas-electorales/>

¹⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *opi.cit.*, p. 187.

¹⁸ SÁNCHEZ MUÑOZ, Oscar. La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.315.

¹⁹ MARSHALL, Pablo; CHARNEY, John & ROSAS, Nelson. "Regulación legal de las encuestas electorales: análisis teórico y comparado". En Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 42, enero-junio, 2020, pp. 221.

²⁰ "Artículo 69.-

(...)

1. Los realizadores de todo sondeo o encuesta deben, bajo su propia responsabilidad, acompañarla de las siguientes especificaciones, que asimismo deben incluir toda publicación de las mismas:

a) Denominación y domicilio del organismo o entidad, pública o privada de la persona física que haya realizado el sondeo, así como de la que haya encargado su realización.

b) Características técnicas del sondeo, que incluyan necesariamente los siguientes extremos: sistema de muestreo, tamaño de la muestra, margen de error de la misma, nivel de representatividad, procedimiento de selección de los encuestados y fecha de realización del trabajo de campo.

c) Texto íntegro de las cuestiones planteadas y número de personas que no han contestado a cada una de ellas."

²¹ SÁNCHEZ MUÑOZ, Oscar. La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.316.

sondeos (...), como los de ganador-perdedor de los debates, o proyecciones de voto basadas en datos no procedentes de encuestas, sondeos que, (...), también pueden condicionar a los electores"²². En México, por ejemplo, el Reglamento de Elecciones regula las "encuestas por muestreo, sondeos de opinión, encuestas de salida y conteos rápidos no institucionales" (artículo 132 y siguientes).

Un aspecto polémico es la prohibición legal de la difusión de encuestas antes de la elección. Este periodo se conoce como "jornada de reflexión"²³. Se discute la validez constitucional de esta prohibición –incluso, se distingue una prohibición con plazos extensos de otra con plazos reducidos– y su eficacia debido, por ejemplo, al impacto de la tecnología (redes sociales, internet, etc.) y a la globalización de la información. Al respecto, podemos distinguir "sistemas prohibicionistas" y "sistemas liberales" que desarrollan una opción u otra. Estos últimos no establecen "ninguna limitación temporal a la divulgación de encuestas electorales, de tal modo que incluso el día de las elecciones los ciudadanos pueden leer en los periódicos los resultados de las últimas encuestas realizadas"²⁴.

En América Latina, destaca la experiencia colombiana. La Corte Constitucional declaró inconstitucional la prohibición legal de divulgar encuestas electorales treinta días antes de las elecciones²⁵. Posteriormente, al revisar la una ley que estableció un plazo menor (siete días) consideró que esta medida sí resultaba válida²⁶:

“Atendiendo a que la restricción en este caso no es de 30 días, sino de 7, la Corte Constitucional considera que el precedente jurisprudencial no es aplicable, pues evidencia que la restricción al derecho de información no es desproporcionada. (...) la disposición se ajusta a la Carta y es proporcionada al fin perseguido, al permitir a los electores contar con una semana de reflexión para definir, sin la presión de los resultados de las encuestas, su preferencia electoral.”

En el Perú, adelantamos, el primer párrafo del artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones, dispone que la divulgación solo "puede efectuarse hasta el domingo anterior al día de las elecciones"²⁷. Una medida que consideramos inconstitucional.

Además, es importante determinar con claridad las atribuciones de los organismos electorales. La existencia de una regulación, sin los organismos de control necesarios y que no determine las infracciones y sanciones susceptibles de aplicarse, carece de sentido. La tesis según la cual "el mejor control (...) es el

²² SÁNCHEZ MUÑOZ, Oscar. La igualdad de oportunidades en las competencias electorales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.322.

²³ PLANAS, Pedro. Normas para regular la campaña electoral, en TUESTA SOLDEVILLA Fernando (Editor), "Simposio sobre Reforma Electoral", Lima: IFES - USAID 1996, pp. 225.

²⁴ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. "La prohibición de difundir encuestas electorales: ¿una norma inconstitucional?". En Revista de las Cortes Generales, Núm 41, 1997, pp.47.

²⁵ Sentencia C-089-1994

²⁶ Sentencia C-1153-2005

²⁷ Artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones N. 26859: La publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza sobre los resultados de las elecciones a través de los medios de comunicación puede efectuarse hasta el domingo anterior al día de las elecciones.

mercado” no es suficiente²⁸. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia precisó que:

“(…) la vigilancia que se ordena sobre las entidades o personas que se ocupan profesionalmente de realizar encuestas, lo mismo que la consagración de sanciones como consecuencia de la inobservancia del precepto, en modo alguno violan la Constitución. Las disposiciones revisadas buscan preservar la autenticidad y objetividad de las encuestas y evitar que ellas den pábulo a la distorsión informativa”²⁹.

Una adecuada fiscalización debe ser respetuosa de principios y derechos básicos como la libertad de empresa, la libre competencia, las libertades de expresión e información y el debido proceso. La regulación no evita que las encuestas presenten resultados distintos a los oficiales pues se suelen realizar en fechas anteriores al día de la elección y el sentido de la opinión pública puede variar, tal como sucede con los “indecisos” que el mismo día de la votación se inclina por una determinada opción electoral. Como anota, un Informe del Relator para la Libertad de Expresión de la OEA (párrafo 21):

“(…) ha habido numerosas fallas históricas: en 1948 todas las empresas predijeron la derrota de Harry Truman en los Estados Unidos; en 1990 la mayor parte de las encuestas predijeron el triunfo Sandinista sobre Violeta Chamorro en Nicaragua; en 1970 las encuestadoras se equivocaron al pronosticar la victoria laborista sobre los conservadores en Gran Bretaña, entre otros casos. ¿Esto significa que las encuestas no sirven? En realidad, la mayoría de los expertos señalan que – históricamente – los aciertos han sido mayores que los errores. (...), las encuestas ayudan a comprender la realidad, a establecer tendencias y a analizar lo que ocurre dentro de un proceso electoral”³⁰.

Ello no justifica su eliminación o desprestigio, sino más bien debe conducir a establecer una razonable regulación, así como exige el adecuado funcionamiento de los organismos de fiscalización ante eventuales incumplimientos legales. Y es que las encuestas no reemplazan a los organismos electorales ni constituyen un oráculo que vaticine el resultado de una elección. Se trata de “mediciones de las preferencias manifiestas de una muestra de la población específica en un momento determinado y, (...), no constituyen en sí mismas un pronóstico”³¹. A ello se agrega que, en países como el nuestro, es frecuente que el voto se defina los días cercanos o el mismo día de la elección.

²⁸ DURÁN BARBA, Jaime. “Encuestas electorales”. En Diccionario Electoral, Tomo Im 2000, pp. 497.

²⁹ Sentencia C-089-1994, op.cit., párrafo 6.10

³⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *opi.cit.*, p. 161.

³¹ DE LA PEÑA, Ricardo & ORTIZ ORTEGA, Verónica. “Sobre la regulación federal de las encuestas electorales en Mexico”. En Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Vol. 1, Núm 11, noviembre-febrero, 2013, pp. 194.

III. Regulación legal y reglamentación efectuada por el Jurado Nacional de Elecciones

i. Origen y alcances de la prohibición legal de difundir encuestas electorales. Su carácter inconstitucional.

La prohibición de difundir encuestas días antes de la elección aparece en 1984, a través de la Ley N° 23903, publicada el 25 de agosto. Como anota Fernando Tuesta:

“¿qué ha ocurrido entre los pronósticos de las compañías encuestadoras y los resultados finales de las elecciones desde la aparición de éstas el año 80? Una cosa es clara: en todas ellas sólo algunas pocas compañías han logrado acercarse a los resultados finales; la mayoría de ellas estuvieron lejos de éstos”³².

Agrega que “muchas de estas compañías encuestadoras son empresas privadas y, como es lógico suponer, buscan maximizar sus ganancias y reducir costos”, dependiendo de los métodos empleados los márgenes de error pueden ser muy altos³³.

Durante el gobierno del Presidente Fernando Belaunde Terry (1980-1985), que asumió el poder luego del régimen militar (octubre 1968 – julio 1980), se aprobó la Ley N° 23903 (1984). Ella mantuvo la vigencia del Decreto Ley N° 14250, Estatuto Electoral, de 05 de diciembre de 1962, con sus modificatorias y ampliatorias, dispuso que el JNE publicaría una edición concordada de dicho Decreto (artículo 21), e incorporó un dispositivo sobre las encuestas, según el cual:

Artículo 22.- La publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza, sobre los resultados de las elecciones, a través de los medios de comunicación, sólo podrá efectuarse hasta 15 días antes de la elección.

Diez años después, el artículo 6 de la Ley 26337, publicada el 23 de julio de 1994, autorizó al JNE a publicar el Texto Único Ordenado -TULO- del Decreto Ley 14250. El tercer y último párrafo del artículo 206 del mencionado TULO³⁴, incorporó el texto del artículo 22 de la Ley N° 23903.

La vigente Ley Orgánica de Elecciones, Ley 26859 de 01 de octubre de 1997, cuenta con un solo artículo referido a las encuestas electorales (artículo 191). El texto del citado artículo, antes de su modificación por la Ley N° 27369 (2000), disponía que:

“La publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza, sobre los resultados de las elecciones, a través de los medios de comunicación, sólo puede

³² TUESTA, SOLDEVILLA, Fernando. Perú político en cifras. Lima: Fundación Friedrich Ebert. Segunda edición, 1994, pp. 25.

³³ Idem.

³⁴ La versión original del artículo 206 del Decreto Ley N° 14250 disponía que: “Desde dos días antes del señalado para las elecciones se suspenderá toda clase de propaganda política. Dentro del mismo plazo no podrán efectuarse reuniones o manifestaciones públicas de carácter político”. No hacía mención alguna a las encuestas electorales.

efectuarse hasta 15 (quince) días antes del día de la elección. En caso de incumplimiento se sancionará al infractor con una multa que fijará el Jurado Nacional de Elecciones tomando como referencia la Unidad Impositiva Tributaria (UIT); lo recaudado constituirá recursos propios de dicho órgano electoral.”

El proceso de elaboración de la citada Ley 26859 tomó en cuenta diversos proyectos presentados al Congreso, algunos de los cuales permitían la difusión de las encuestas electorales hasta 24 horas de la fecha de la elección³⁵, derogaban las disposiciones que prohibían su difusión³⁶ o derogaban el artículo 22 de la Ley 23903³⁷. El dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso del 25 de marzo de 1997 (artículo 221) dispuso que “La publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza, sobre los resultados de las elecciones, a través de los medios de comunicación, solo puede efectuarse hasta 3 días antes del día de la elección”. Esta propuesta motivó el cuestionamiento del presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Álvaro Chocano Marina, a través del Oficio 118-97-P/JNE de 17 de abril de 1997:

“26. Se observa el Artículo 221° del proyecto, al advertir que la difusión de encuestas y proyección de cualquier naturaleza sobre los resultados de las elecciones puede influenciar subliminalmente en el electorado, resultando conveniente que se amplíe el plazo de prohibición de publicación de tres (03) días a siete (07) días antes de la fecha de las elecciones, de acuerdo con el Derecho Comparado que mayoritariamente se pronuncia en ese sentido. Asimismo, se considera que debe fijarse sanciones para los infractores y que los montos recaudados constituyan recursos propios del Jurado Nacional de Elecciones”³⁸.

Si bien la redacción de la versión aprobada por el Congreso se basó, en gran medida, en lo planteado por el JNE, mantuvo el plazo prohibitivo de quince días previos al día de la elección introducido desde 1984.

El texto vigente del artículo 191 redujo el plazo de 15 días. Fue incorporado por el artículo 17 de la Ley 27369, publicada el 18 de noviembre del 2000, en los términos siguientes:

Artículo 191.- La publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza sobre los resultados de las elecciones a través de los medios de comunicación puede efectuarse hasta el domingo anterior al día de las elecciones.

(...)

³⁵ Proyecto N° 2534/96-CR presentado el 26 de febrero de 1997

³⁶ Proyecto 045/95-CR presentado el 7 de agosto de 1995

³⁷ Proyecto N° 1668/96-CR presentado el 22 de agosto de 1996

³⁸

[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/bc0ae7b50020ec2a052580bc005e9b4b/\\$FILE/OFICIO118-97-P-JNE.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/bc0ae7b50020ec2a052580bc005e9b4b/$FILE/OFICIO118-97-P-JNE.pdf). Consulta realizada el día 19 de julio de 2021. Jurado Nacional De Elecciones

En caso de incumplimiento, se sancionará al infractor con una multa entre 10 y 100 Unidades Impositivas Tributarias que fijará el Jurado Nacional de Elecciones; lo recaudado constituirá recursos propios de dicho órgano electoral.

El Proyecto de Ley 737 presentado el 08 de noviembre del 2000, que dio origen a la Ley 27369, fue elaborado en el marco del trabajo desarrollado por la Mesa de Diálogo de la Organización de Estados Americanos (OEA), integrada por diversas agrupaciones políticas y representantes de la sociedad civil, luego de las fraudulentas elecciones del año 2000 que favorecieron a Alberto Fujimori y que motivaron el cuestionamiento de la comunidad internacional y de instituciones nacionales como la Defensoría del Pueblo³⁹. El texto fue aprobado por el Pleno del Congreso de la República en la 2-B Sesión vespertina realizada el 13 de noviembre del 2000, con la finalidad de establecer las reglas electorales que regirían el año 2001⁴⁰. El entonces congresista Jorge del Castillo, quien formó parte del grupo de trabajo de la Mesa de Diálogo, sustentó la propuesta en la indicada sesión del Pleno del Congreso señalando:

“El artículo 17. es una novedad en este proyecto, porque reduce de 15 a 6 días el periodo de embargo de las encuestas. O sea, se puede difundir encuestas hasta el domingo anterior al día de la elección”⁴¹.

El primer párrafo del artículo 191, modificado hace 21 años, mantiene una regla prohibitiva que pretende, como veremos, evitar una “desorientación en el electorado, “deformar la voluntad electoral” o generar distorsiones⁴². A nuestro juicio, tal como sucede en otros países⁴³, prohibir la difusión los días previos a una elección es una medida inconstitucional. Vulnera los derechos fundamentales a la libre expresión (impide la difusión de los resultados de las encuestas), información (evita que la ciudadanía conozca tales resultados) e igualdad (solo algunas personas tienen acceso a ellas).

Esta prohibición legal no supera un test de proporcionalidad el cual, siguiendo a Bernal Pulido⁴⁴, cuenta con tres “subprincipios” (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)⁴⁵. Podemos admitir que cuenta con una

³⁹ El Informe de Observación Electoral de la OEA de 31 de mayo señaló que “de acuerdo a los estándares internacionales, el proceso electoral peruano está lejos de ser considerado como libre y justo”. El reporte del 4 de junio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisó que “el proceso electoral en el Perú constituye claramente una interrupción irregular del proceso democrático” (Defensoría del Pueblo, 2000: 153).

⁴⁰ Congreso de la República. 2000. Diario de Debates del Pleno, 2B (Sesión vespertina), Lima 13 de noviembre. Pag 188.

⁴¹ Ibid, 185.

⁴² NOLTE, Detlef. Encuestas y sondeos durante el proceso electoral, en NOHLEN Dieter, Sonia Picado y Daniel Zovatto (Compiladores), “Tratado de derecho electoral comparado de América Latina”, México: IIDH, Universidad de Heidelberg, IFE, Fondo de Cultura Económica, 2005, 649.

⁴³ CORZO SOSA, Edgar. “Las encuestas electorales y los derechos fundamentales. Una primera reflexión”. En Cuestiones Constitucionales, 16, enero-junio 2007.

⁴⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, 881.

⁴⁵ “1. (...) idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

finalidad constitucionalmente legítima, es decir, tal como sucede en otros países, sería una medida protectora destinada a “permitir al ciudadano recuperar su libertad de decisión sin presiones o influencias directas, indirectas o de ninguna especie”⁴⁶, “garantizar la racionalidad de la decisión del elector”⁴⁷, o evitar “influir subliminalmente en el electorado” (JNE, 1997: 17). Y, además, podría considerarse que dicha prohibición -en teoría- sería idónea para alcanzar tal finalidad. Sin embargo, la misma no respeta el subprincipio de necesidad.

En efecto, para que “una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado”⁴⁸. A nuestro juicio, existe una alternativa idónea y menos grave que sí estaría ajustada a la Constitución, y que consistiría en permitir la divulgación de las encuestas hasta el día anterior a la fecha de la elección. Por lo demás, en la medida que no superar el test de necesidad, ya no sería relevante evaluar la proporcionalidad en sentido estricto.

Un valioso informe de octubre de 2018, elaborado por la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, liderada por el profesor Andrés Calderón, también considera que se trata de una prohibición inconstitucional y propone su derogación⁴⁹.

¿Qué hacer frente a esta inconstitucional prohibición? No podría interponerse una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pues ya venció el plazo de seis años para hacerlo (artículo 100, Código Procesal Constitucional). Sí podría presentarse una demanda de amparo contra norma autoaplicativa, ante la inminencia de su aplicación, y siempre que se sustenten los presupuestos que justifican su procedencia. Precisamente, el 21 de mayo del 2021, con motivo de las elecciones generales, se interpuso una demanda solicitando su inaplicación, que fue rechazada liminarmente. El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima (Exp. N° 01906-2021) consideró que resultaba manifiestamente improcedente (Resolución N° 1 de 24 de mayo de 2021⁵⁰). La resolución fue

2. (...) necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.

3. (...) proporcionalidad en sentido estricto, (...), las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general” BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, 881.

En sentido similar, se ha pronunciado el TC (STC N° 00048-2004-PI, FJ 65).

⁴⁶ PLANAS, Pedro. Normas para regular la campaña electoral, en TUESTA SOLDEVILLA Fernando (Editor), “Simposio sobre Reforma Electoral”, Lima: IFES – USAID 1996, pp. 225.

⁴⁷ PLANAS, Pedro. Comunicación política y equidad electoral. Lima: Universidad de Lima – Fondo de Desarrollo Editorial, 1998, pp. 25.

⁴⁸ Sentencia N° 00048-2004-PI, FJ 65

⁴⁹ Extraído de <https://clinicajuridica.up.edu.pe/wp-content/uploads/2020/11/Informe-Difusion-de-Encuestas-Clinica-Juridica-UP-October-2018.pdf>. Consulta realizada el día 19 de julio de 2021. Clínica jurídica de la facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

⁵⁰ **CUARTO**. -

apelada, pero las elecciones ya se realizaron y la prohibición, obviamente, mantuvo su vigencia.

En plena sociedad de la información, este tipo de medidas prohibitivas no son eficaces. Como lo reconoció la Corte Constitucional de Colombia, una prohibición de esta naturaleza constituye una medida de carácter "inocuo" y "contraproducente".

*"(...) con los avances en el campo de las telecomunicaciones podría difundirse, por ejemplo, desde estaciones emisoras extranjeras la información que se prohíbe, y ello se haría por tanto a través de medios no controlados en su emisión por el Estado colombiano. Es ineficaz tratar de prohibir que se difundan unas encuestas -que interesan a todos y para cuya transmisión hay demanda segura- por un término desproporcionado. Ello resultaría, además, contraproducente, por cuanto dicha prohibición fomentaría la circulación de informaciones clandestinas, de rumores y especulaciones imposibles de ser controlados en su objetividad por el Estado; en otras palabras, si se cierran los cauces naturales de opinión, se abrirán subrepticamente mecanismos que los expresen, con el peligro de que no sean veraces sino distorsionadas o exageradas las informaciones que se difundan y así la objetividad desaparezca."*⁵¹

En consecuencia, nos parece una alternativa razonable permitir la difusión de resultados de encuestas electoral hasta el día anterior a la fecha de elecciones y el mismo día permitir las cuando culmine el proceso de votación. Esta propuesta supera el test de proporcionalidad.

De otro lado, el segundo párrafo del artículo 191 en la parte que disponía "El día de la elección sólo se pueden difundir proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales luego de la difusión del primer conteo rápido que efectúe la ONPE o a partir de las 22:00 horas, lo que ocurra primero", fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional ante una demanda presentada el 7 de marzo del 2001 por la Defensoría del Pueblo⁵². Según el Tribunal, dicha norma vulneraba:

"12. (...) el principio de igualdad (...), esta prohibición se circunscribe al territorio del Estado peruano, y no alcanza a las proyecciones difundidas en medios de prensa de Estados extranjeros; por lo tanto, la información de proyecciones difundidas por dichos medios podrá ser obtenida a través del "internet" o de televisión por cable; de este modo, la prohibición establecida por la norma impugnada, tendría como resultado que determinado sector de la población -el minoritario- pueda acceder a estos medios, aún privilegiados, y el otro -el mayoritario- que no pueda efectuarlo."

(...) al no cumplirse con el presupuesto que requiere la amenaza de violación de un derecho constitucional, conforme a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes indicada, los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos que se invocan como afectados por los demandantes.

Siendo ello así, se configura el supuesto de improcedencia que describe el artículo 5 inciso 1° del Código Procesal Constitucional.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-488-1993, párrafo 6.3.7

⁵² Sentencia N°0002-2001-AI/TC de 04 de abril de 2001

La circunstancia que determinará que el ciudadano pueda incluirse dentro de uno u otro sector es, fundamentalmente, (...), su condición o posibilidad económica y, además cultural, en el caso del acceso a internet; económica, en tanto el acceso a dichos medios (televisión por cable e internet) supone el pago de servicios cuyas tarifas no están precisamente al alcance de la capacidad económica de la totalidad de la población; cultural, porque el acceso a internet exige un mínimo de aprestamiento técnico o capacitación del que carecen aún grandes sectores de la población peruana, teniendo en cuenta a tal efecto el predominante "analfabetismo informático" del que ésta aún padece (...)"

El referido caso tuvo una especial relevancia pues permitió conocer los sondeos a "boca de urna" el mismo día de las elecciones. Fue resuelto en solo 28 días ante la urgencia por la cercanía de las elecciones⁵³.

ii. Registro, obligaciones y control de empresas e instituciones encuestadoras

El artículo 18 de la Ley 27369, que modificó la Ley Orgánica de Elecciones, establece la obligación de las empresas encuestadoras de inscribirse ante el JNE:

Artículo 18.- Elaboración de encuestas

Toda persona o institución que realice encuestas electorales para su difusión debe inscribirse ante el Jurado Nacional de Elecciones. Para el efecto deberá acreditar su denominación y domicilio.

Todas las encuestas o sondeos publicados o difundidos deberán contener claramente el nombre del encuestador y la ficha técnica, que deberá indicar la fecha, el sistema de muestreo, el tamaño, nivel de representatividad y el margen de error, así como otras normas que determine el Jurado Nacional de Elecciones.

Sólo podrán publicarse encuestas cuando la persona o institución estén debidamente inscritas.

El Jurado Nacional de Elecciones podrá suspender del registro antes mencionado a la persona o institución que realice encuestas electorales para su difusión y que no se ajusten estrictamente a los procedimientos normados.

Esta norma creó un registro y otorgó competencia al JNE para regular y fiscalizar a las personas e instituciones que realizan encuestas electorales. El citado artículo se originó en el Proyecto de Ley N° 737, elaborado en el marco del trabajo desarrollado por la Mesa de Diálogo de la OEA y fue aprobado por el Congreso el 13 de noviembre del 2000. El entonces congresista Jorge del Castillo, sustentó la propuesta:

⁵³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Redibujando la institucionalidad democrática: derecho, verdad y participación ciudadana. Cuarto Informe del defensor del Pueblo al Congreso de la República 2000 - 2001 Perú. Lima: Defensoría del Pueblo, 2001, 924.

“En el artículo 18 se crea un mecanismo de registro de las empresas encuestadoras. Este es un tema que algunas personas pueden haber criticado, pero nos parece básico que exista un registro y haya normas elementales para las empresas encuestadoras, porque hemos visto que en pasadas elecciones se ha dado casos de empresas inexistentes que hacen encuestas fantasmas, y trafican realmente con la voluntad popular. Entendemos que esto va a poner restricciones a esa liberalidad realmente ilegítima”⁵⁴.

Durante el debate en el Congreso, el entonces congresista Valentín Paniagua defendía la propuesta:

“(…) nadie podrá negar que en el Perú era indispensable establecer algunos principios dentro de la ley para dar facilidades, en unos casos, e incluso para defender, en otros, a las propias encuestadoras de la competencia desleal; puesto que, en este país, en época electoral, como hongos después de la tempestad, aparecen empresas encuestadoras que no tiene registro, que no tienen seriedad y que, naturalmente, confunden al electorado.”

Establecer un registro en el Jurado Nacional de Elecciones para las encuestadoras solamente no es una manera de restringir el derecho de estas empresas, es defenderlas⁵⁵.

El congresista Del Castillo refiriéndose al registro señalaba que:

“(…) es para garantizar que cada vez que hay una encuesta las empresas acrediten el universo de trabajo, las condiciones mínimas en las que ese trabajo se ha desarrollado, y lo registren ahí para que cualquier persona pueda tener después el derecho –porque será un registro público– a verificar las condiciones que se realizó esa labor”⁵⁶.

Finalmente, el texto fue aprobado por el Pleno del Congreso y se convirtió en la Ley N° 27369.

Al amparo de dicha regulación, el JNE a través de la Resolución N° 142-2001-JNE, publicada el 10 de febrero de 2001, creó el “Registro Electoral de Encuestadoras” (artículo 1) y aprobó su primer Reglamento (artículo 2) que contaba con quince artículos. El registro está a cargo de la Dirección Central de Gestión Institucional del JNE, conforme lo establece su Reglamento de Organización y Funciones (Resolución 001-2016-JNE, modificada por Resolución 0337-2017-JNE). Posteriormente, la Resolución 435-2014-JNE, de 30 de mayo de 2014, modificada por la Resolución 0296-2017-JNE, aprobó un nuevo Reglamento. Este último fue derogado por la Resolución 0462-2017-JNE, publicada en "El Peruano" el 15 de diciembre del 2017.

⁵⁴ Congreso de la República. 2000. Diario de Debates del Pleno, 2B (Sesión vespertina), Lima 13 de noviembre. Pag 188.

⁵⁵ Ibid, 248.

⁵⁶ Congreso de la República. 2000. Diario de Debates del Pleno, 2B (Sesión vespertina), Lima 13 de noviembre. pp.251.

El actual Reglamento sobre Encuestas Electorales durante los Procesos Electorales, fue aprobado por Resolución 0309-2020-JNE, publicado el 9 de setiembre del 2020 y deja sin efecto la Resolución 0462-2017-JNE. Tiene cincuenta artículos, dos disposiciones transitorias y una disposición final. Su finalidad es “verificar el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones o limitaciones exigibles a las encuestadoras, en la difusión de las encuestas electorales sobre intención de voto y simulacro de votación durante los procesos electorales, determinar las medidas correctivas; e, imponer sanción ante la infracción cometida” (artículo 2).

Conforme fluye del octavo y noveno considerandos de la Resolución que lo aprueba, “Dada la coyuntura actual, se ha considerado conveniente incluir medios tecnológicos para la toma de información a los ciudadanos sobre el estudio de encuestas electorales que las encuestadoras formulen y que serán pasibles de fiscalización por el Jurado Nacional de Elecciones”. Es decir, la realización de las encuestas debe adaptarse a la situación de pandemia que vive el país.

Las encuestadoras inscritas en el Registro Electoral de Encuestadoras “son las únicas facultadas a elaborar las encuestas electorales sobre intención de voto (presencial y/o teléfono) y simulacro de votación para su difusión, con motivo de un proceso electoral” (artículo 10). Deben presentar un “informe dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la fecha de publicación de la encuesta electoral” (artículo 19), cuyo contenido se detalla en los artículos 21 y 22. Además, precisa los “requisitos de la ficha técnica para la encuesta sobre intención de voto (presencial y/o teléfono) y simulacro de votación” (artículo 23).

El artículo 41 establece el régimen de infracciones y sanciones. Así, por ejemplo, si una empresa encuestadora o un medio de comunicación “publican o difunden encuestas de cualquier naturaleza sobre los resultados de las elecciones a través de cualquier medio con posterioridad al domingo anterior al día de las elecciones” se le aplicará una multa entre 10 y 100 UIT. Agrega que “Se considera como presunto infractor al representante legal de la encuestadora, si es persona jurídica; en caso contrario, a la persona natural. De ser el caso el representante del medio de comunicación que difunda la encuesta electoral y/o simulacro de votación en periodo prohibido.” (artículo 42).

El procedimiento sancionador se inicia ante el Jurado Electoral Especial (artículo 43) que resuelve en primera instancia (artículo 44) y, en instancia final, el Jurado Nacional de Elecciones (artículos 47 y 48). La Dirección Central de Gestión Institucional del JNE asume la competencia de los Jurados Electorales Especiales si no se encuentran instalados (artículo 8).

IV. Propuestas de Reforma Legal

- i. El Anteproyecto de Código Electoral del Jurado Nacional de Elecciones y el Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo elaborado por la Comisión para la Reforma Política**

Desde el año 2011, el Jurado Nacional de Elecciones viene proponiendo la aprobación de un Código Electoral que sistematice, actualice y mejore sustancialmente la normatividad vigente. Pese a su relevancia, hasta el momento no se ha concretado. No ha existido voluntad política del Congreso para hacerlo. La propuesta se ha ido actualizando y se ha concretado en el Anteproyecto de Ley de Código Electoral 2020⁵⁷. Desde la propuesta del 2011 se ha tratado de regular con más detalle las encuestas electorales. Veamos.

El Proyecto de Código Electoral presentado por el JNE el 29 de noviembre de 2011 al Congreso de la República (Proyecto N° 590-2011-JNE) contaba con un capítulo (Título VIII PROCESOS ELECTORALES, Capítulo VI ENCUESTAS) referido a las encuestas (artículos 366 a 376). La Exposición de Motivos del citado Proyecto señalaba que:

*“(...) opta por regular de manera específica y detallada las encuestas y la actividad de los encuestadores. Al respecto, son antecedentes de dicha regulación los reglamentos del Registro Electoral de Encuestadoras, tanto de la aprobada con la Resolución N° 390-205-JNE, como la vigente Resolución N° 5011-2010-JNE, así como la legislación comparada, en especial el caso francés, español, el brasileño o el costarricense”.*⁵⁸

La propuesta fue revisada por el JNE y motivó la presentación del Proyecto de Ley 1313-2016/JNE, el 26 de abril del 2017, que regulaba en seis artículos las encuestas electorales (Título XII, artículos 344 a 349). El actual Anteproyecto de Ley (2020), mantiene el mismo número de dispositivos (artículos 345 al 350). Establece definiciones (artículo 345), contempla el Registro Electoral de Encuestadoras (artículo 346), precisa las obligaciones de los medios de comunicación (artículo 347), las limitaciones por razones temporales (artículo 348), la fiscalización a cargo del JNE (artículo 349), así como las infracciones y sanciones (artículo 350). Un cambio relevante es que la publicación de las encuestas puede efectuarse hasta 48 horas antes del día de las elecciones. En su Exposición de Motivos señala:

“Durante un proceso electoral, las encuestas y los sondeos de opinión toman importancia ya que tanto a las organizaciones políticas en contienda como a los medios de comunicación y a la opinión pública les interesa conocer las tendencias electorales.

Por un lado, están los instrumentos basados en técnicas especializadas con carácter científico, denominados encuestas; y por otro, los que carecen de este atributo, a los que se les denomina sondeos. El Proyecto del Código Electoral define las categorías de encuesta electoral y sondeo de opinión con ligeras modificaciones en relación a la norma reglamentaria vigente señalando que pueden existir otros mecanismos a través de los cuales se muestre la intención de voto, como por ejemplo los simulacros o las proyecciones.”

⁵⁷ Jurado Nacional De Elecciones. 2020. Anteproyecto de Ley de Código Electoral 2020. Actualizado. Con Exposición de Motivos, Lima: JNE.

⁵⁸ Exposición de Motivos del Proyecto N° 590-2011-JNE. pp.251.

El 23 de agosto del 2016, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso –disuelto constitucionalmente por el entonces presidente Martín Vizcarra-, conformó el "Grupo de Trabajo de Estudio de la Reforma Electoral". Estuvo integrado por los entonces congresistas Patricia Donayre (Coordinadora), Gilbert Violeta y Marisol Espinoza. Posteriormente, se incorporaron Rosa María Bartra, Zacarías Lapa, Yonhy Lescano y Javier Velásquez Quesquén.

Posteriormente, el 12 de mayo del 2017, la congresista Donayre, presentó al presidente de la Comisión de Constitución, Miguel Torres, el Informe Final aprobado por unanimidad que contenía una propuesta de "Ley Electoral", que contaba con XVI títulos, 423 artículos y 12 disposiciones transitorias y finales. El Título XIII estaba referido a las "Encuestas" y contaba con ocho artículos (artículos 404 a 411). Disponía que el JNE "regula la realización, publicación y difusión de encuestas electorales y sondeos sobre intención de voto en período electoral y no electoral, así como el procedimiento de sanción por vulneración de las normas de la materia" (artículo 404). La propuesta autorizaba al JNE a desarrollarlos a través de un Reglamento⁵⁹.

La referida propuesta en lo relativo a las encuestas, se inspiró en el Proyecto de Ley 1313-2016/JNE. La única diferencia consistía en que se precisaban las infracciones y sanciones, las cuales en la propuesta del JNE serían establecidas por reglamento (artículo 349).

En la sesión del 16 de mayo de la Comisión de Constitución y Reglamento, la congresista Donayre sintetizó "los temas que han sido materia de un mayor debate" y propuso que se apruebe un "cronograma de 10 sesiones para el debate, por capítulos, del texto presentado". El congresista Lescano propuso que "la propuesta de ley electoral sea considerado como un predictamen". El Informe Final

⁵⁹ En sus ocho artículos, disponía lo siguiente:

- a) El JNE regula y administra el Registro Electoral de Encuestadoras (REE). Regula la realización, publicación y difusión de encuestas electorales y sondeos sobre intención de voto en periodo electoral y no electoral, así como el procedimiento sancionador (artículo 404).
- b) Define el significado de "encuesta electoral" y "sondeo de opinión" precisando que los medios de comunicación y las encuestadoras al difundir estos últimos deberán indicar que "Los resultados de este sondeo son referenciales" (artículo 405).
- c) El REE es de carácter público. La inscripción, tiene vigencia de tres años, y autoriza a las encuestadoras a difundir y publicar los resultados de las encuestas y sondeos. El JNE regula los requisitos de inscripción, renovación, cancelación y demás aspectos administrativos (artículo 406).
- d) Los medios de comunicación deben publicar determinada información (nombre de la encuestadora, número de partida asignada por el JNE, tamaño de la muestra, etc.). Las encuestadoras deben enviar a los medios de comunicación dicha información (artículo 407).
- e) La publicación o difusión de encuestas y sondeos en medios de comunicación puede realizarse hasta el viernes anterior al día de las elecciones (artículo 408).
- f) El JNE cumplirá labores de fiscalización sobre las encuestas (artículo 409) y se precisan las infracciones y sanciones aplicables (artículo 410). Finalmente, se establece la publicidad de los informes y anexos remitidos por las encuestadoras, luego de un año de cerrado el proceso electoral (artículo 411).

fue aprobado en dicha sesión. No se sometió a votación el cronograma propuesto, y se descartó su consideración como un predictamen. Según el presidente de la Comisión era "necesario evaluarlo, debido a que propone sesiones que van más allá de su periodo como presidente de la Comisión".

El 06 de junio, el presidente de la Comisión sustentó los alcances de un predictamen sobre determinados proyectos en materia electoral sin centrarse en el Informe del Grupo de Trabajo. En otra sesión, al dar respuesta sobre la metodología a seguir para abordar la reforma electoral, señaló que "se estaría votando por tema en dictámenes, considerando el informe del grupo de trabajo en cada uno de los extremos que se iría votando". Quedó claro que el debate del mencionado Informe no se efectuaría en forma integral sino en función de los temas que la Comisión de Constitución estime prioritarios. Así sucedió. No hubo voluntad política para aprobar una reforma electoral integral.

Una nueva conformación de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, presidida por Úrsula Letona, aprobó el 05 de setiembre del 2017 su Plan de Trabajo que incluía entre las "reformas pendientes a priorizar" a la reforma electoral. Ella se realizaría por etapas abordando primero las "reformas legislativas urgentes". El Plan no mencionaba a las encuestas electorales. A la fecha, la regulación legal sobre las encuestas no ha sido modificada y la propuesta de reforma integral en materia electoral tampoco ha prosperado.

Durante el gobierno del Presidente Martín Vizcarra se plantearon diversas propuestas de reforma política. El gobierno, a través de la Resolución Suprema 228-2018-PCM de 21 de diciembre de 2018, creó por un periodo de dos meses una Comisión de Alto Nivel, presidida por Fernando Tuesta Soldevilla. La Comisión elaboró diversos proyectos de reforma constitucional y legal. Uno de ellos era el "Proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica de Elecciones para establecer facilidades para el sufragio de la población en condiciones especiales, precisar el principio de neutralidad y garantizar una mejor gestión del proceso electoral". La citada propuesta planteaba la modificación del artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones, señalando que la difusión de encuestas "puede efectuarse hasta veinticuatro (24) horas antes del día de las elecciones". Según su Exposición de Motivos:

"(...) la prohibición de difundir encuestas electorales no solo es una medida que ha quedado obsoleta, dada la imposibilidad de controlar su participación en las redes sociales, sino que, además, dicha prohibición afecta a los ciudadanos de manera diferenciada en función de su acceso a internet, a su ámbito de residencia (rural o urbano) y a su clase social, generando desigualdades en el acceso a la información (...).

(...) ha contribuido a la difusión de información falsa, con el objetivo de orientar comportamientos electorales (...)"⁶⁰

⁶⁰ Comisión de alto nivel para la reforma política. 2019. Hacia la democracia del Bicentenario. Lima: Konrad Adenauer Stiftung. pp. 346.

La propuesta fue asumida por el Poder Ejecutivo y presentada el 10 de abril del 2019 al Congreso de la República como Proyecto de Ley 4193/2018-PE. Fue remitida a la Comisión de Constitución y Reglamento, sin que hasta el momento haya sido objeto de dictamen alguno.

Una reforma electoral en serio, que sistematice, modernice las diversas normas existentes, y corrija los problemas detectados resulta indispensable. Las Misiones de Observación Electoral de la OEA, desde el 2014 hasta la fecha, han señalado que “en Perú no existe un cuerpo normativo sistematizado e integral para la regulación electoral. Las reglas que rigen los procesos se encuentran dispersas en distintas leyes y reglamentos, lo cual dificulta su conocimiento por parte de quienes participan en la contienda”. Por ello, la Comisión de Observación de la OEA, en su Informe Preliminar MOE-OEA, luego de realizarse la segunda vuelta electoral el 2021, ha recomendado “Unificar las normas vigentes en materia electoral en un cuerpo normativo, a través de la aprobación de un Código Electoral”⁶¹. Lamentablemente, hasta el momento ello no ha sucedido.

ii. Razones y temas clave para una regulación

Al momento de discutir una posible regulación sobre las encuestas electorales pueden plantearse dos alternativas. Por un lado, privilegiar la autorregulación y, por otro, proponer una regulación que puede ir de un extremo reglamentarista a uno que solo contemple los temas clave dejando espacio a una reglamentación a cargo del JNE, sujeta a los lineamientos previstos por la ley. Una regulación básica existe en nuestro país desde 1984 (Ley 23903, publicada el 25 de agosto), es decir, hace aproximadamente 37 años.

Al margen del tema legal, existen aspectos éticos a considerar por los propios actores, especialmente, los medios de comunicación. Y es que, como lo señaló la Corte Constitucional de Colombia: “La difusión de las encuestas de opinión exige siempre un alto grado de responsabilidad social por parte de los medios de comunicación; de ahí que toda manipulación de la información sea un atentado directo contra la ética periodística y, jurídicamente, contra el derecho a la información imparcial y veraz que tienen los asociados”⁶². Los respectivos códigos de ética deberían abordar tales aspectos.

Una regulación de las encuestas electorales se justifica en la medida que pretenda garantizar los siguientes objetivos:

- a) El acceso a la información a la ciudadanía y a las agrupaciones políticas en particular, sobre las tendencias electorales, así como fomentar la transparencia y publicidad. Las personas "deben estar en condiciones de saber cómo se ha

⁶¹ Extraído de <https://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Preliminar-Segunda-Vuelta-Peru-2021.pdf>. Consulta realizada el día 19 de julio de 2021. Misión De Observación Electoral – OEA

⁶² Sentencia C-488/1993, de 28 de octubre de 1993

llegado a determinados resultados, qué se ha preguntado y cómo se ha respondido"⁶³.

- b) La posibilidad que las personas puedan adoptar una decisión informada al momento de tomar una decisión electoral, y que los medios de comunicación puedan contribuir a la formación de una opinión pública libre.
- c) La objetividad de la información evitando la difusión de información inexacta, falsa o manipulada sobre las tendencias electorales.
- d) El ejercicio de la libertad de empresa de las compañías o instituciones encuestadoras para cumplir libremente con sus actividades en el marco de una economía social de mercado.
- e) Establecer mecanismos de fiscalización y sanción a cargo del JNE que respeten principios básicos y, especialmente, el debido proceso que caracteriza a todo procedimiento administrativo sancionador.

Se trata de objetivos constitucionalmente legítimos que justifican la elaboración, procesamiento y difusión de las encuestas y sondeos de opinión y ratifican la relevancia "del papel que desempeñan las encuestas en los procesos electorales y (...) su regulación"⁶⁴. En la actualidad, el impacto de las encuestas y sondeos adquiere mayor relevancia, debido a la facilidad de su divulgación a través de los diversos medios electrónicos.

Existen aspectos fundamentales que podrían ser considerados en una ley dejando que el JNE asuma su reglamentación. Por ejemplo, establecer algunas definiciones relevantes, precisar las funciones del JNE y del Registro Electoral de Encuestadoras, los derechos y deberes de las encuestadoras y de los medios de comunicación, la prohibición de publicar o divulgar los resultados de las encuestas antes del día de las elecciones, las infracciones y sanciones en caso de incumplimiento, las obligaciones de transparencia, entre otras. La ley debe ser el marco fundamental que una reglamentación no pueda superar. Ello con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y la predictibilidad. A nuestro juicio, una regulación básica sobre las encuestas electorales debería abordar los temas siguientes:

- a) Precisar los alcances de las expresiones "encuestas electorales", "sondeos de opinión" y "simulacros de votación". Según la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 1313-2016/JNE presentado por el JNE, "pueden existir otros mecanismos a través de los cuales se muestre la intención de voto, como por ejemplo los simulacros".
- b) Regular el Registro de Empresas Encuestadoras a cargo del JNE, que tiene carácter público, determinando sus funciones básicas.
- c) Reconocer derechos a las empresas e instituciones encuestadoras registradas como tales. Entre ellos podemos mencionar: (i) ingresar a los locales de

⁶³ VILLANUEVA, Ernesto. "Encuestas y Transparencia". En Regulación de encuestas electorales en México, pp. 29.

⁶⁴ DE LA PEÑA MENA, Ricardo. "El debate sobre las encuestas electorales en México en 2012". En Revista Mexicana de Opinión Pública, Núm 20, enero-junio, 2016, pp.53.

votación el día de las elecciones; (ii) circular libremente en los exteriores de los locales de votación, incluso luego del cierre de la votación; (iii) realizar entrevistas a los ciudadanos y ciudadanas; (iv) acceder a información pública de los organismos electorales; (v) las demás que establezca el reglamento. Las empresas e instituciones encuestadoras no cumplen el rol de un observador electoral y, por tanto, no se les aplica su estatuto normativo. Tienen funciones distintas. Por ello, sería importante reconocerle derechos y prerrogativas para el adecuado ejercicio de sus funciones, dado que su finalidad resulta constitucionalmente legítima pues contribuyen a la formación de una opinión pública informada.

- d) Determinar las obligaciones y prohibiciones de las empresas e instituciones encuestadoras y medios de comunicación. Así, podemos mencionar: (i) no poder realizar "encuestas electorales" y "sondeos de opinión" sin estar previamente inscritas en el Registro de Empresas Encuestadoras; (ii) no divulgar "encuestas electorales" y "sondeos de opinión" que no cumplan con los requisitos objetivos previstos por la ley; (iii) prohibición de publicar los resultados de las "encuestas electorales" y "sondeos de opinión" el día de las elecciones y hasta la hora de cierre de la votación, (iv) remitir dentro de un plazo razonable de la publicación de la encuesta un informe a la Dirección Central de Gestión Institucional del JNE que respalde sus resultados.
- e) Precisar los datos esenciales que deben ser publicados conjuntamente con la encuesta ("requisitos técnicos y de publicidad"⁶⁵). La publicidad de la "ficha técnica" es muy relevante pero obviamente no "puede recoger todo, pues el espacio con que cuentan los medios de comunicación y la capacidad de captar la atención del público son, en su propia esencia, limitados". Estos requisitos son considerados como una "garantía de objetividad"⁶⁶.
- f) Detallar el contenido básico del Informe que deben remitir las encuestadoras al JNE luego de publicada una encuesta como respaldo de los resultados obtenidos. El Informe debería hacer referencia al cumplimiento de "las reglas o principios metodológicos básicos, universalmente aceptados, que deben seguir los organismos de sondeos a la hora de efectuar encuestas electorales objeto de publicación"⁶⁷.

⁶⁵ La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, Ley del Régimen Electoral General (España) precisa que: Artículo 69.- (...) 1. Los realizadores de todo sondeo o encuesta deben, bajo su responsabilidad, acompañarla de las siguientes especificaciones, que asimismo deben incluir toda publicación de las mismas:

a) Denominación y domicilio del organismo o entidad, pública o privada o de la persona física que haya realizado el sondeo, así como de la que haya encargado su realización.

b) Características técnicas del sondeo, que incluyan necesariamente los siguientes extremos: sistema de muestreo, tamaño de la muestra, margen de error de la misma, nivel de representatividad, procedimiento de selección de los encuestados y fecha de realización del trabajo de campo.

c) Texto íntegro de las cuestiones planteadas y número de personas que no han contestado a cada una de ellas.

⁶⁶ SÁNCHEZ MUÑOZ, Oscar. La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.319.

⁶⁷ GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. "Organismos de sondeos, encuestas electorales y Derecho". En Revista Mexicana de Estudios Políticos, Núm 110, octubre-diciembre, 2000, pp.118.

- g) Determinación de los alcances del rol fiscalizador que corresponde al JNE, respecto a las empresas encuestadoras para que no restrinja o impida el normal ejercicio de las actividades de las empresas encuestadoras.
- h) Regulación de las infracciones en que pueden incurrir las encuestadoras, los medios de comunicación y personas, respetando el principio de legalidad, estableciendo sanciones razonables y proporcionales, conforme a las pautas establecidas en el Texto Único Ordenando de la Ley del Procedimiento Administrativo General "que deben cumplir todas las entidades para poder ejercer la potestad sancionadora que se les confía"⁶⁸. La sanción se impondrá a quien incumpla con la prohibición legal.

Estos podrían ser los temas básicos para una propuesta de regulación de las encuestas electorales, algunos de los cuales ya se encuentran previstos en el Reglamento vigente aprobado por el JNE. Es importante que se pueda debatir y aprobar el Código Electoral, que desde hace varios años permanece en la agenda pendiente.

V. Reflexiones Finales

Las encuestas electorales cumplen un rol informativo fundamental en una democracia moderna, pues permiten conocer la intención de voto de la ciudadanía en un momento determinado. Ante los riesgos de una posible manipulación y a fin de evitar un impacto negativo en la ciudadanía se han establecidos plazos para su divulgación, y obligaciones que deben cumplir las empresas e instituciones encuestadoras. Nos referimos a la inscripción en un registro oficial y la exigencia de fichas técnicas e informes. La transparencia sobre la manera como se obtienen resultados es fundamental para garantizar su objetividad. Por ello, nos parece razonable una opción reguladora y no una alternativa que solo promueva la autorregulación que identifica a los modelos anglosajones.

Las encuestas no brindan un pronóstico de los resultados electorales ni constituyen un oráculo de lo que sucederá el día de la elección. En países, como el nuestro, donde la ciudadanía decide su voto faltando pocos días para la elección o, a veces, el mismo día, es probable que los resultados obtenidos con anterioridad cambien en plazos muy breves.

En este contexto, es importante contar con una regulación razonable y proporcional que facilite la labor de las encuestadoras, contribuya a garantizar su objetividad y asegure una adecuada fiscalización. La existencia de un registro en manos del Jurado Nacional de Elecciones, la exigencia de fichas técnicas e informes apuntan a estos esfuerzos. Sin embargo, es preciso modificar el primer párrafo del artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones que solo permite su difusión hasta el domingo anterior al día de las elecciones.

⁶⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.

Una medida prohibitiva de tal naturaleza cuyos antecedentes se remontan a 1984 no solo resulta inconstitucional por vulnerar los derechos a la libre expresión, información e igualdad, sino que carece de eficacia, resulta anticuada y favorece la difusión de noticias o encuestas falsas, pues los resultados de las encuestas se divulgan por internet o redes sociales. En definitiva, una alternativa razonable y proporcional sería permitir la divulgación de las encuestas hasta el día anterior a la fecha de la elección. Dicho tema debería evaluarse en el marco de una reforma electoral y política que sigue estando en la agenda pendiente del país.

La tutela procesal penal de altos dignatarios por la comisión de delitos comunes: De la inmunidad parlamentaria al fuero privilegiado

Daniel O. Huamán Castellares*

Resumen. - El presente artículo analiza la legitimidad de las prerrogativas procesales-penales de los altos dignatarios del estado peruano para determinar la pertinencia de una reforma en dicho ámbito. De forma particular, se desarrolla el concepto de inmunidad parlamentaria, junto a su reciente sustitución por el sistema de fuero privilegiado.

Abstract. - The following paper analyzes the legitimacy of the procedural-criminal prerogatives of peruvian high dignitaries to determine the relevance of a reform in this area. In particular, it develops the concept of parliamentary immunity, together with its recent replacement by the system of privileged immunity.

Palabras claves. - Tutela Procesal Penal - Derechos Fundamentales - Altos Dignatarios - Inmunidad Parlamentaria - Reforma Constitucional.

Keywords. - Criminal Procedural Protection - Fundamental Rights - High Dignitaries - Parliamentary Immunity - Constitutional Reform.

* Magíster en Derecho por la Freiburg Universität (LL.M.). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Consultor jurídico y profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad del Pacífico.

I. Preliminares

Hemos iniciado el bicentenario de nuestro país con la supresión de una histórica prerrogativa procesal-penal (la inmunidad parlamentaria), a la cual seguramente le seguirá la supresión o al menos la modificación de las otras restantes (el antejudio político y la inmunidad especial del presidente de la República).

El 05 de febrero de 2021 se publicó la Ley 31118, que modificó el artículo 93° de la Constitución Política del Estado. La reforma constitucional en mención alteró significativamente el status quo de las prerrogativas procesales-penales de los altos dignatarios¹. En dicha reforma se eliminó la impopular, pero ciertamente histórica², garantía constitucional: una inmunidad parlamentaria. En consecuencia, el Congreso de la República eliminó las existentes barreras para el arresto y procesamiento directo que beneficiaban a los parlamentarios y otros altos dignatarios, cambiando la figura hacia un fuero privilegiado³.

La percepción sobre la inmunidad parlamentaria no era positiva. Si bien dicha institución tenía la loable finalidad histórica de evitar la persecución de los representantes del pueblo, su uso -al menos en nuestro Congreso de la República- distaba mucho de dicha finalidad. Aprovechando la imposibilidad de procesamiento directo, un grupo de congresistas se valió de esta garantía para evitar la ejecución de las sentencias penales y su arresto directo⁴. Ergo, en la

¹ Texto de la reforma introducido por la Ley 31118: "Artículo 93.- Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. Los magistrados del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo gozan de las mismas prerrogativas que los congresistas.

El procesamiento por la comisión de delitos comunes imputados a congresistas de la República durante el ejercicio de su mandato es de competencia de la Corte Suprema de Justicia.

En caso de comisión de delitos antes de asumir el mandato, es competente el juez penal ordinario". (Resaltado nuestro)

² Para una excelente revisión histórica puede verse: ZAGREBELSKY, Gustavo, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Giulio Eiuadi, Torino 1979, passim.

³ Hace 10 años ya nos adelantábamos a este escenario y pronosticamos la desaparición de la inmunidad y su tránsito hacia un sistema de fuero privilegiado, pues la tendencia es a reducir las prerrogativas y no a maximizarlas. Véase: CARO JOHN, José Antonio y HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, "Notas sobre el procesamiento penal de altos dignatarios por la comisión de delitos comunes. Pasado, presente y futuro de la inmunidad". En: *Derecho y Sociedad*, N° 34, Derecho y Sociedad, Lima, p. 34.

⁴ Vid. ROSALES ZAVALA, Leonardo, *La inmunidad parlamentaria como mecanismo de impunidad y riesgo de corrupción en el congreso peruano*. En: <https://core.ac.uk/download/pdf/196533983.pdf>, p. 19 - 22; MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, *La infracción constitucional*, Palestra, Lima, 2005, p. 619. Incluso el propio Tribunal Constitucional ha ido en esa línea interpretativa en contra de esta institución al señalar que: "La prerrogativa de la inmunidad está en franca obsolescencia. Cada vez con mayor fuerza se impone la idea de que es una institución que no cumple con los fines señalados, sino que es escudo de la impunidad. De ahí que sea imperativo una interpretación de sus alcances frente a la necesidad de legitimarla ante la opinión pública. Pero también para devolverle al Ministerio Público y al Poder Judicial su cabal participación en el juzgamiento de los alto funcionarios, entendidos como órganos autónomos e independientes y no como simples mesas 'de parte' de la voluntad del Congreso" (STC. Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, caso César Humberto Tineo Cabrera, fundamento jurídico N° 39)

práctica, se había creado un incentivo perverso: acceder a una curul en el congreso, para alcanzar la impunidad al menos por un lapso de 5 años.

Si bien la atención de la reforma constitucional se centró en la inmunidad parlamentaria, la mirada pública no fue enfocada por el promotor de la reforma política, el ex Presidente Martín Vizcarra Cornejo, en otro gran sector no abordado de las prerrogativas procesales- penales: el antejuicio político y la inmunidad especial del Presidente de la República.

La presente reforma tuvo como objetivo el reducir los espacios de impunidad. En consecuencia, fue el espacio perfecto para que otros espacios de impunidad generados por las prerrogativas procesales penales de los altos dignatarios fueran discutidos. Gráficamente: si se desea procesar a un alto dignatario por un delito en el ejercicio de sus funciones, los hechos a investigar son fijados por el Congreso de la República, lo que impide al Ministerio Público tener la libertad para agregar otros hechos que pudieran surgir sin previa autorización del Poder Legislativo⁵; o, incluso frente a casos claros y flagrantes de corrupción. De igual manera, Actualmente no es posible procesar al Presidente de la República, cómo sí es posible en otros países de la región (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, entre otros) en la medida que tiene una inmunidad especial que impide ser acusado por actos de función e incluso por delitos comunes durante el ejercicio de su cargo⁶. En todos los casos antes mencionados, resulta clara la existencia de espacios de impunidad generados por las prerrogativas procesales-penales en mención. De ahí que, al igual que la inmunidad parlamentaria, tanto el antejuicio político, como la inmunidad especial del Presidente de la República, deben ser analizados y discutirse su legitimidad, a efectos de determinar si deben o no seguir en vigor en nuestro sistema jurídico.

En la presente contribución analizaremos la legitimidad de las prerrogativas procesales- penales de los altos dignatarios en el contexto actual, para verificar si se justifica o no su existencia o, por el contrario, se requiere una reformarlas. Luego de este análisis abstracto, nos avocaremos al estudio concreto de una de ellas: la inmunidad y su reciente sustitución por el sistema de fuero privilegiado, poniendo un especial énfasis en las necesidades normativas que es necesario prever para que la norma pueda ser aplicada.

⁵ El presente problema del antejuicio político incluso fue advertido por el Tribunal Constitucional, el cual hace 16 años en la STC. Exp. 00006-2003-AI/TC, fundamento jurídico 17. Fue el propio máximo intérprete de la Constitución quien pide una reforma a la Constitución, pues ella -en los términos actuales- afecta la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público. Desde nuestra modesta opinión, el antejuicio político también debe ser suprimido, debiendo ser reemplazado por el sistema de fuero privilegiado. Los mismos fundamentos que desarrollamos en el presente aporte a favor del fuero privilegiado, son los mismos que son aplicables al antejuicio: si se tiene un Poder Judicial y un Ministerio Público autónomos, no resulta necesaria la existencia de un mecanismo de protección frente a actuaciones de corte político. La independencia de ambas instituciones es la mejor garantía que puede tener un alto dignatario.

⁶ En la misma línea de ampliar los supuestos en los cuales puede acusarse al Presidente de la República: EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *La responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional*, PUCP, Lima, 2007, p. 258. Desde nuestra perspectiva, al igual que en el antejuicio y la suprimida inmunidad parlamentaria, es la independencia de las instituciones del sistema procesal penal la que garantiza un juicio justo a favor del alto dignatario.

Desde ya anunciamos que consideramos legítimo que se dé un trato diferenciado a favor de los altos dignatarios; sin embargo, no en los términos anteriores, al dejar en manos de un órgano político una decisión exclusivamente jurídica (el arresto y procesamiento de un alto dignatario). Por ello, consideramos apropiado el actual sistema de fuero privilegiado, el cual permite al Ministerio Público y Poder Judicial dilucidar la situación jurídica-penal del alto dignatario sin una autorización previa; y que, al tratarse de los más altos órganos de persecución penal y administración de justicia quienes se encargarían de él, se garantiza un proceso penal con mayores garantías al existir menos presiones sobre Jueces y Fiscales Supremos.

II. Las prerrogativas constitucionales y el principio de igualdad ante la ley

Uno de los principios legitimadores de nuestro sistema jurídico es el principio de igualdad ante la Ley. Conforme lo dispone el art. 2, numeral 2, de la Carta Magna, "Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley". En virtud de dicho principio, todos los ciudadanos tenemos el derecho a que la norma no haga distinciones entre nosotros, salvo que exista una razón que justifique un trato diferenciado. De no ser el caso, y darse un trato distinto sin que medie una razón válida de diferenciación, conforme claramente lo establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷, estaríamos frente a un supuesto de discriminación.

La igualdad ante la Ley se extiende al plano procesal incluso. Consecuentemente, la norma no puede hacer distinciones entre los ciudadanos, salvo que exista una razón justificada. Una rápida revisión a las normas procesales de nuestro ordenamiento jurídico nos demuestra que existen supuestos en los cuales se da un trato diferenciado, tales como los procesos constitucionales. Dada la urgencia en la tutela y la especial importancia de los derechos fundamentales, la tramitación de un proceso constitucional puede ser realizada con especial premura⁸ y se pueden -tal como sucede en el hábeas corpus- prescindir de ciertas formalidades que no podrían dejarse de lado en los procesos ordinarios (Vgr. La innecesariedad de la firma de abogado en un proceso de hábeas corpus o la posibilidad de plantear este recurso directamente a un juzgado, sin necesidad de respetar el sistema de turnos).

El proceso penal no es la excepción a esta regla y permite excepciones al principio de igualdad ante la Ley, para los funcionarios públicos. Por un lado, el Código procesal penal de 2004 desarrolla el mandato constitucional de procesamiento especial para altos dignatarios⁹ derivados del antejuzicio político (arts. 449-451) y de la extinta inmunidad parlamentaria (arts. 452-453). Por otro lado, prevé el procesamiento especial sui generis de otro grupo de funcionarios públicos (Jueces y Fiscales superiores, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, el

⁷ Claramente: STC. Exp. 018-2003-AI/TC.

⁸ Gráficamente: Cairo Roldán, Omar, "La tutela de urgencia y el proceso de amparo". En: *Themis*, N° 43, Themis, Lima, 2001, pp. 131-133.

⁹ Vid. SAN MARTIN CASTRO, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, 2ª ed., INPECCP, Lima, 2020, pp. 1180 - 1188.

Procurador Público, y Jueces y Fiscales de todo el Perú), por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. En ambos casos se sigue una constante: existen reglas de procesamiento que son aplicables a todos los ciudadanos, pero estas no son aplicables -en razón de su investidura- a estos funcionarios, dándoles ciertas prerrogativas. En la presente investigación sólo se hará referencia al primer grupo, esto es, al análisis de la legitimidad de un sistema de reglas diferenciadas a favor de los altos dignatarios.

La base legal de las prerrogativas procesales-penales de los altos dignatarios es la propia Constitución Política del Perú. Para aquellos delitos en los que no existe una relación directa con el cargo del alto dignatario, pero su función resulta de especial importancia para la nación, ha optado recientemente por aplicar el sistema de fuero privilegiado. Cuando se pretenda el procesamiento penal de un alto dignatario por un hecho que haya sido cometido ejerciendo la función pública a él encomendada, entonces se aplicará el procedimiento del antejuicio político. Finalmente, una última prerrogativa procesal- penal es la que favorece al Presidente de la República, a la que hemos denominado inmunidad presidencial, en virtud de la cual el Presidente de la República no puede ser acusado por ningún delito durante el lapso que ejerza este cargo, salvo puntuales excepciones¹⁰; y, en razón del tipo de delito, hasta por cinco años después de que culminara el mandato presidencial. Un mayor detalle puede encontrarse en el presente gráfico:

Prerrogativa procesales-penales de los altos dignatarios en función al cargo y tipo de delito

Funcionario/Tipo de delito	Fuero privilegiado (delito común)	Antejuicio Político (delito en ejercicio de la función)	Inmunidad presidencial
Presidente de la República		X (Cuándo deje el cargo)	X
Congresista	X	X	
Juez del Tribunal Constitucional	X	X	
Defensor del Pueblo	X	X	

¹⁰ Este punto es especialmente interesante, pues el art. 117 de la Constitución Política del Perú sólo impide la acusación, mas no dice absolutamente nada de la investigación del Presidente de la República por un hecho acaecido durante su mandato. Sobre el punto existen dos interpretaciones posibles: que la investigación espere a que el Presidente termine su mandato o que la investigación continúe pero sólo a nivel preliminar. Desde nuestra perspectiva es la segunda alternativa resulta acorde con el deseo de reducir las brechas de impunidad, pues permite al Ministerio Público realizar actos de indagación de forma pronta y no esperar hasta la culminación del periodo presidencial.

La tutela procesal penal de altos dignatarios por la comisión de delitos comunes: De la inmunidad parlamentaria al fuero privilegiado

Jueces de la Corte Suprema		X	
Fiscales Supremos		X	
Ministros de Estado		X	
Miembros de la Junta Nacional de Justicia		X	
Contralor General		X	

Elaboración: Propia

La legitimidad de las prerrogativas procesales-penales, a entender de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, reposaría en la necesidad de reforzar las instituciones a las que representan los funcionarios públicos que detentan estas prerrogativas¹¹. Así, por ejemplo, en el caso de la sustituida inmunidad parlamentaria se procuraba que el parlamento pueda desempeñar mejor sus funciones, sin el riesgo de que sus miembros sean sometidos a una persecución política. De la misma manera, el antejuicio protege a los altos dignatarios y se aduce que evitaría su persecución política, delegando al Congreso de la República la labor de filtrar las denuncias contra ellos. Por último, dada la alta responsabilidad que implica el ejercicio de la Presidencia de la República, se habría optado por impedir su procesamiento mientras él ejerza el cargo, a efectos de que pueda concentrarse en su alta función.

En síntesis, las prerrogativas procesales-penales son una clara afectación del mandato de igualdad ante la Ley. Sin embargo, al existir una finalidad mayor que justifica el trato diferenciado, son afectaciones válidas a dicho principio.

III. Del sistema de inmunidad parlamentaria al sistema del fuero privilegiado

La tutela jurídico procesal penal de los altos dignatarios se basaba en el sistema de inmunidad parlamentaria. Por ende, si se quería arrestar, procesar o ejecutar la pena contra un alto dignatario por delitos comunes cometidos antes y durante el ejercicio de su cargo, debía ser solicitada la autorización a sus pares: los otros Congresistas de la República, quienes determinaban si en la causa existía o no una finalidad política.

En la actualidad, la tutela jurídica procesal penal se fundamenta en el sistema de

¹¹ STC. Exp. 00026-2006-AI/TC; STC. Exp. 00013-2009-AI/TC, fundamento jurídico N° 29.

fuero privilegiado. Se denomina así porque no es un órgano común el que se encarga del procesamiento penal del alto dignatario, sino es el máximo órgano del sistema de justicia penal: la Corte Suprema de la República, quien se avoca al conocimiento de la causa instaurada contra el alto dignatario, por la atribuida comisión de delitos sin ejercer la función pública durante el tiempo que ejerce la función pública. Asimismo, en este sistema, a diferencia de lo que sucede en el antejuicio político (diseñado para casos donde se impute al alto dignatario la comisión de un delito valiéndose de la función pública que detenta), no se requiere de una autorización previa del Congreso de la República, ni tampoco la imputación se encuentra delimitada por la institución en mención. En su lugar, la imputación formulada por el Ministerio Público va directamente al Juez penal encargado de la Corte Suprema.

En este nuevo sistema, la determinación de si la causa penal tiene o no una motivación política queda en mano de los operadores del sistema de justicia penal y no del Congreso de la República. Así, el Ministerio Público determina los hechos a imputar y propone su calificación jurídica de forma autónoma. De igual manera, la Corte Suprema de la República tiene plena autonomía para decidir si los hechos imputados pueden o no ser subsumidos en un tipo penal. En buena cuenta, se suprime el filtro político, porque se cree en la independencia de las autoridades encargadas de la investigación del delito y de su juzgamiento.

i. ¿Resulta legítimo el cambio de sistema?

En la actualidad no podemos hablar de una modificación o reducción de la inmunidad parlamentaria. Somos categóricos al afirmar que tal inmunidad ya fue eliminada de nuestro sistema jurídico, siendo sustituida por el sistema de fuero privilegiado.

Sustentamos nuestra opinión en la supresión del contenido esencial que históricamente ha definido a la inmunidad parlamentaria, nos referimos al impedimento de arresto y procesamiento de un parlamentario sin la previa autorización de sus pares. En su lugar, lo que se ha establecido -a semejanza de lo previsto en la Constitución Política de Colombia- es un sistema de fuero privilegiado. Ergo, desde el 05 de febrero de 2021, ni el procesamiento, ni el arresto de Congresistas de la República, miembros del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo, por delitos comunes cometidos durante el ejercicio de sus funciones, requieren de autorización previa. La competencia para el procesamiento de estas causas ahora pertenece a la Corte Suprema de la República.

La razón de ser de la inmunidad, como prerrogativa procesal-penal, tiene su origen en la institución propia del Derecho inglés denominada *freedom of arrest*¹². En virtud de dicha institución no podía impedirse a un parlamentario acudir a su correspondiente cámara, cuando la causa del arresto tuviera su origen en una

¹² Cfr. MAY, Thomas Erskine, Erskine May's Treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament, 21^a ed., Butterworths, London 1989, p. 74 y ss.

razón civil (fundamentalmente deudas)¹³. Para evitar dicha obstrucción, la Cámara de los Comunes decretó la imposibilidad de arrestar a sus integrantes, mientras ellos se encontraran en el ejercicio de su cargo.

Sobre la base del freedom of arrest, en la Francia revolucionaria se definieron los contornos concretos de lo que actualmente conocemos como inmunidad parlamentaria. Dadas las manifiestas tensiones entre el Rey y los asambleístas, existía un fundado temo de los últimos de ser objeto de una persecución jurídica-penal basada en motivos políticos, si es que sus decisiones contradecían los deseos del Rey.

El origen de este temor era real, pues el equilibrio de poderes en dicho momento era sólo una aspiración. Por el contrario, el Rey tenía injerencia sobre la persecución y procesamiento penal de todo ciudadano, incluso de los propios asambleístas. De ahí que, para que no se interrumpieran las funciones de la Asamblea Nacional francesa, se prohibiera el arresto y persecución de los asambleístas, sin una aprobación previa de sus pares¹⁴.

Tal como podemos ver, en atención a su origen histórico, la razón de ser de la existencia de la inmunidad parlamentaria fue evitar la persecución política en contra de los representantes directos del pueblo: los congresistas. Específicamente, se deseaba evitar el arresto de los parlamentarios por razones políticas. Para que esta premisa pudiera seguir teniendo vigor, entonces debería aseverarse la existencia probable de una influencia del Poder Ejecutivo, u de otro sector, sobre el Poder Judicial y el Ministerio Público, los cuales permitieran afirmar que el Poder Ejecutivo pudiera influir en las dos instituciones encargadas de la investigación y juzgamiento penal, lo suficiente como para que se pueda arrestar o procesar por razones políticas al alto dignatario.

Ergo, aceptar la existencia de la inmunidad implica aceptar la falta de independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público, a quienes - implícita e indebidamente- se les quitaría la confianza como órganos capaces de dilucidar si existe o no una persecución política en contra del alto dignatario. De ahí que, para garantizar la seguridad de los parlamentarios y en atención a la alta función que realizan, sólo ellos podrían decidir si existe o no un motivo político detrás de las causas jurídicas-penales instauradas en su contra.

En nuestro país el arresto de una persona, sea quien ella fuere, sólo puede ser posible en dos supuestos: como consecuencia de la existencia de flagrancia delictiva o por una decisión judicial, la que -a su vez y en su mayoría- se origina por la imposición de medida cautelar, la comparecencia compulsiva y la ejecución de una sentencia condenatoria.

¹³ La protección inicial no impedía la protección por hechos derivados de causas penales, sino civiles estrictamente. Vid.. MAY, *Erskine May's Treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*, cit., p. 74.

¹⁴ Para un mayor desarrollo de cómo se produjo este proceso de adaptación de las garantías inglesas al sistema jurídico francés, puede verse: ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, cit., pp. 1 - 20.

El Poder Ejecutivo sólo podría tener algún tipo de injerencia directa sobre el primer supuesto, el arresto en flagrancia, porque orgánicamente la Policía Nacional del Perú depende de él. No obstante, la Policía Nacional del Perú, jurídicamente, se encuentra sujeta directamente a la Constitución y la Ley. Por ende, la existencia de un supuesto de detención en flagrancia que no cumpla los requisitos legalmente exigidos para ello (inmediatez temporal y personal), sería muy difícil de darse en la práctica. Asimismo, dicha detención debe ser convalidada por un órgano que se encuentra por encima de la Policía Nacional del Perú en la persecución del delito: el Ministerio Público. Ergo, así estuviéramos en el supuesto muy difícil de que la detención de un alto dignatario sea el producto de un acto de persecución política y no de un real caso de flagrancia, la legalidad de la detención será controlada en primer lugar por el Ministerio Público, a quién se le asigna un plazo máximo de detención (48 horas por regla general y excepcionalmente -terrorismo, tráfico de drogas y organización criminal- por 15 días naturales). Y, posteriormente, será un Juez, previo pedido del Ministerio Público, quién decida si impone o no una medida cautelar en contra del detenido.

Si lo que se requiere es una medida cautelar que habilite el arresto como la detención preliminar o la prisión preventiva, el primer filtro es el Ministerio Público, pues el Código procesal penal establece claramente que sólo él tiene la legitimidad para solicitar este tipo de medidas cautelares personales¹⁵. Consecuentemente, otros sujetos procesales que dependen del Ejecutivo funcionalmente, como la Policía Nacional del Perú o la Procuraduría Pública, tampoco tienen la posibilidad de incoar la detención preliminar o la prisión preventiva ante un Juez penal.

De otro lado, la actuación del Ministerio Público es meramente postulatoria¹⁶. Ergo, él no adopta una decisión que limite de forma grave la libertad personal de un alto dignatario. Para que una medida cautelar sea impuesta o para que se emita una sentencia condenatoria, nuestro sistema jurídico procesal penal exige que sea un Juez quién decida si, en el caso concreto, se dan los supuestos legalmente exigidos para imponer una medida cautelar o para condenar a una persona¹⁷.

El Juez es el más importante garante de los derechos fundamentales del imputado y la sociedad al interior de un proceso penal. Nuestra Constitución lo ha dotado de la potestad de administrar justicia, por lo que es quien finalmente concreta la

¹⁵ La razón de ello es que, en el nuevo modelo procesal penal, al ser el Ministerio Público el titular de la acción penal, sólo él tiene legitimidad para solicitar medidas cautelares que tengan relación con las consecuencias jurídico-penales. *Cfr.* SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, "La prisión preventiva en el Código procesal penal de 2004". En: HURTADO POZO, José (Dir.), *Anuario de Derecho penal*, Universidad de Friburgo-PUCP, Lima, 2009, pp. 103 - 104.

¹⁶ De esta postura es el Tribunal Constitucional, el cual se ha pronunciado sobre ello en: STC. Exp. N° 00680- 2019-PA/TC, fundamento jurídico 6, con referencias al STc. Exp. N° 02430-2013-PHC/TC, fundamento jurídico 4.

¹⁷ La prisión preventiva implica una grave afectación al derecho fundamental a la libertad personal. Por ello, la legitimidad de su imposición reposa en requisitos de fondo, como son los presupuestos procesales por los que es otorgada, así como en la legitimidad del órgano encargado de impartirla. Sólo el Poder Judicial, que se encuentra ajeno a las partes, tiene la capacidad de limitar este derecho fundamental.

abstracción de la norma en una decisión que surtirá un efecto sobre una persona concreta. En consecuencia, su decisión no se ampara en lo que es políticamente conveniente, sino en lo que la legalidad vigente (entendida no sólo como Ley, sino también abarcando a la Constitución y Tratados de Derechos Humanos) determina.

Si estuviéramos en la Francia del siglo XVIII, en la cual el nombramiento de un Fiscal o de un Juez era realizado por el propio monarca, sí se justificaría un temor fundado a una injerencia posible del Rey en contra de aquella persona que -como los parlamentarios- podría resultarle incómoda. Consecuentemente, sí sería posible constatar un riesgo de injerencia política en un acto procesal penal. No obstante, la situación del Perú actual dista mucho de la situación antes descrita.

En el Perú, el nombramiento de Jueces y Fiscales no emana del Poder Ejecutivo. En la Constitución Política del Perú se ha creado un órgano independiente, recientemente reconfigurado para encargarse de dicha función: la Junta Nacional de Justicia. La razón de su existencia es precisamente despolitizar el nombramiento de tan importantes funcionarios. De esa forma, al tener independencia con respecto al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, los Jueces y Fiscales son autónomos en las decisiones que tomen contra los miembros de ambos poderes, lo que contribuye a debilitar la hipótesis de la persecución política.

En esa línea argumentativa, si la decisión de privar de la libertad personal a un ciudadano depende de dos instituciones cuya independencia se encuentra constitucionalmente garantizada, entonces se reduce sensiblemente el riesgo de que el Poder ejecutivo, u otro sector, pueda influir en la decisión que tomen un Fiscal o un Juez de privar de la libertad a un alto dignatario. De ahí que, evidenciamos la gran diferencia contextual entre la situación de un asambleísta francés en el seno de un Estado absolutista, con el riesgo real que corre un alto dignatario (congresista, defensor del pueblo o magistrado del Tribunal Constitucional) en la actualidad. Coherentemente, el riesgo se ha reducido muy sensiblemente, lo que hace legítima la supresión del impedimento de arresto directo y procesamiento a favor del alto dignatario.

Finalmente, con respecto al fuero privilegiado, es necesario precisar que su legitimidad reposa en la idea de que el más alto órgano de administración de justicia puede brindar una mayor garantía de impedir que la persecución se fundamente en razones políticas.

En la medida que el desempeño de la alta función pública todavía debe ser protegido, es que el legislador optó por la sustitución de la prerrogativa procesal y no por su supresión. No obstante, tal como va evolucionando el sistema jurídico constitucional y su deseo de limitar los potenciales espacios de impunidad o suprimir prerrogativas procesales-penales otorgadas a altos dignatarios, es posible que -en un futuro no muy lejano- incluso la garantía de fuero privilegiado sea eliminada, dando pase a un juzgamiento penal por los tribunales ordinarios de ciertos altos dignatarios por la comisión de delitos sin ejercer la función pública.

ii. Tarea pendiente: la modificación del Código procesal penal para preveer el sistema de fuero privilegiado

El actual sistema de fuero privilegiado ya no requiere de un pronunciamiento o autorización previa de parte de los pares del alto dignatario para el arresto o procesamiento. Si bien es un gran avance, todavía se trata de un sistema que establece una prerrogativa procesal-penal: el procesamiento de los hechos imputados a un alto dignatario en funciones a cargo de la Corte Suprema de la República. No obstante, la sustitución a nivel constitucional de la prerrogativa no había ido a la par con las modificaciones necesarias para su operatividad, pues aún existían vacíos en la norma procesal penal para que la reforma tenga una eficacia real y, sobretodo, se pueda superar distintos problemas que en la práctica dificultarían la persecución penal contra un alto dignatario.

El día 24 de julio del presente año se ha publicado la Ley 31308 ha modificado los artículos 450, 453, 453 y 454 del Código procesal penal, modificaciones que analizaremos críticamente a continuación:

1. La competencia de la Fiscalía

Tradicionalmente el procesamiento penal de un alto dignatario por la comisión de un delito común, cuando él se encontraba en el ejercicio de sus funciones, seguía las reglas procedimentales aplicables a cualquier otro ciudadano. Por ende, la competencia de la Fiscalía correspondía a un Fiscal provincial penal corporativo, para casos cometidos en distritos judiciales donde se encontraba vigente el Código procesal penal de 2004; y, para aquellos casos donde se encontraba vigente el Código de procedimientos de 1939, la competencia la tenía el Fiscal provincial penal corporativo.

Con la reforma constitucional bajo análisis quedaba un enorme vacío al no determinarse en la propia Constitución Política del Perú cuál era el Fiscal competente para conocer la causa penal, pues la reforma constitucional establece únicamente que el juzgamiento será ante la Corte Suprema, dejando la aparente incógnita sobre el Fiscal Competente para ejercer la acción penal.

En el sistema jurídico colombiano, de donde tiene su origen la actual reforma, este problema no existe, pues la competencia para este tipo de casos se encuentra expresamente designada a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema¹⁸. No obstante, en nuestro país dicha competencia no había sido asignada, conforme se aprecia de una lectura completa de la Ley Orgánica del Ministerio Público o del Código procesal penal antes del 24 de julio de 2021. Tan sólo se encontraba regulada la competencia para casos donde estén involucrados los altos dignatarios con la garantía del antejuicio político, la cual es asignada al Fiscal de la Nación.

¹⁸ En virtud del Decreto Ley N° 016-2014, artículo 5, numeral 1, la competencia por la investigación y pronunciamiento a favor de funcionarios con fuero constitucional es de competencia de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de la República.

Si se atiende a la finalidad de encargar el juzgamiento de estos casos a la Corte Suprema de la República, entonces la reforma –sea al Código procesal penal o a la Ley Orgánica del Ministerio Público- debía asignar la competencia a un Fiscal Supremo especializado en lo penal, para que se encargue –en primera instancia- del Juzgamiento del alto dignatario. Consideramos este sistema más idóneo que el encargar directamente la investigación y acusación al Fiscal de la Nación, pues así reserva la competencia del Fiscal de la Nación para los recursos como de consulta, para la participación en la apelación y en general para todo acto que requiera un segundo análisis de la causa penal.

Antes del 24 de julio de 2021, si se pretendiera procesar a un alto dignatario aparentemente el ejercicio de la acción penal habría estado reservado al Fiscal de la Nación, conclusión que podría encontrarse en el art. 66, numeral 2, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual le otorga la capacidad de actuar ante la Corte Suprema para el procesamiento de casos contra altos dignatarios. No obstante, tal como la propia norma lo establece, se refiere a casos donde el Congreso hubiera aprobado el procesamiento, esto es, para los funcionarios y casos previstos en el art. 99 de la Constitución Política del Perú. Ergo, la competencia del Fiscal de la Nación para el ejercicio de la acción penal ha sido limitada a funcionarios con la prerrogativa procesal-penal del antejuicio político.

Por ello, al no existir una norma especial que designe la competencia de la investigación al Fiscal de la Nación o a un Fiscal Supremo, el fiscal competente para conocer la causa habría sido un Fiscal Provincial penal (casos del Código de procedimientos de 1939) o un Fiscal Provincial Penal Corporativo (Código procesal penal de 2004). Naturalmente, esto podría conllevar muchos problemas de orden logístico, los cuales serían más visibles en casos iniciados contra el congresista fuera de Lima, pues obligaría a que la investigación sea realizada en un distrito judicial distinto al lugar donde el procesamiento será realizado. Salvo que la informática avance lo suficiente y la virtualidad se vuelva la regla en los actuales procesos penales, esta diferencia de lugares conllevaría a problemas en el desplazamiento del Fiscal de origen a la capital cada oportunidad que fuera necesaria su presencia para una posible audiencia de tutela, el control de acusación, el juicio oral, entre otros.

En la actualidad, a raíz de la Ley 31308, la competencia de la Fiscalía queda expresamente designada a favor de un Fiscal supremo, de acuerdo al art. 452, numeral 1¹⁹. Podría existir una polémica en torno a cuál de todas las Fiscalías Supremas sería la competente para analizar la causa. No obstante, resulta meridianamente claro que sólo podrían ser competentes la Primera y la Segunda Fiscalía Supremas, pues ellas se avocan a casos de delitos comunes. Consecuentemente, ellas tendrían competencia para analizar estas causas.

¹⁹ “La investigación y juzgamiento, en los supuestos del numeral 1 del artículo anterior, están a cargo de la Fiscalía Suprema y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente”.

Un hecho que llama poderosamente la atención es la mala redacción de la Ley 31308, pues el art. 453, numeral 2^o, induce al error de considerar las etapas de investigación preparatoria y de enjuiciamiento se nombrarán a dos fiscales distintos: uno para la etapa de investigación preparatoria y otro para el juzgamiento del alto dignatario. Consideramos esta redacción un error, pues en el actual proceso penal el Fiscal encargado de seguir la investigación preparatoria es el mismo que se encarga de sustentar su acusación en el juicio oral. Consideramos que la razón más importante por la que sólo un fiscal debe encargarse de la investigación y del enjuiciamiento reside en el conocimiento de la causa. Aquel fiscal que se encarga de la investigación preparatoria tiene un amplio conocimiento sobre el caso, sobre los medios de prueba que se actuarán en el juicio oral, sobre los argumentos de las partes, entre otros. De ahí que optar por un nuevo Fiscal que se encargue de esta etapa podría significar en un retroceso para la causa. Si bien el nuevo fiscal podría prepararse y asumir correctamente el nuevo caso en un juicio oral, pero el tiempo que ello demoraría prolongaría la duración del proceso de forma innecesaria.

2. La competencia en caso de cese de funciones del alto dignatario

Antes de la reforma constitucional, el procesamiento del alto dignatario al que se levantaba la inmunidad correspondía a un fuero ordinario, siguiendo las reglas previstas en el Código procesal penal de 2004 o del Código de procedimientos penales de 1939. No obstante, la reforma constitucional en comentario cambia radicalmente el supuesto anterior y establece un sistema diferenciado. Para los casos donde la imputación sea el cometer un delito sin ejercicio de la función pública (delitos comunes), los cuales fueran imputados con anterioridad al ejercicio de la función del alto dignatario, la reforma constitucional ha previsto que el procesamiento siga a cargo de un juez penal ordinario. Para los casos en los que la imputación surja cuando el alto dignatario se encuentre en ejercicio del cargo, por hechos sin ejercer la función pública, la competencia del procesamiento la tendrá la Corte Suprema de la República.

Existen distintos problemas prácticos que este doble sistema no ha previsto, como la competencia de un caso tramitado ante la Corte Suprema en contra de un alto dignatario, luego de que él haya dejado el cargo ¿Debería automáticamente volver a ser de competencia de un juez penal ordinario o debería mantenerse en el fuero de la Corte Suprema de la República? Si atendemos al principio de economía procesal, podríamos entender que la competencia por estos delitos correspondería aún a la Corte Suprema de la República, al haber ella adquirido la competencia y para evitar la realización de actos procesales que ya habrían sido realizados.

²⁰ “Ante la disposición de formalización de la investigación preparatoria u otros requerimientos fiscales a nivel de diligencias preliminares, la Sala Penal de la Corte Suprema designará, entre sus miembros, al Juez Supremo de Investigación Preparatoria y a los integrantes de la Sala Penal Especial Suprema, que se encargará del juzgamiento; y, Fiscal de la Nación hará lo propio respecto a los Fiscales Supremos que conocerán de las etapas de investigación preparatoria y de enjuiciamiento.”

El problema es resuelto por el art. 452, numeral 1²¹, del Código procesal penal de 2004, el que opta porque los procesos iniciados en el fuero privilegiado se mantengan, incluso cuando el alto dignatario haya cesado su función. De esa opinión somos al interpretar que la norma en comentario sólo hace referencia a la competencia para el conocimiento de estos casos, sin establecer un límite que restrinja la competencia a un momento determinado.

Otro punto interesante, no resuelto expresamente, es el referido a la situación de una imputación en la cual el alto dignatario se encuentre procesado con personas no aforadas. ¿Debería tener competencia la Corte Suprema para el juzgamiento de todos los imputados o debería partirse la investigación y encargar el juzgamiento de los no aforados al juez penal competente? Desde nuestra perspectiva, nuevamente sobre la base del principio de economía procesal, es preferible tener una sola investigación y no dos en paralelo. De ahí que, el procesamiento de los no aforados debería seguir la suerte del parlamentario, defensor del pueblo o del integrante del Tribunal Constitucional, ergo, todo el caso debería ser analizado en la Corte Suprema de la República.

IV. Conclusiones

En primer lugar, las prerrogativas procesales-penales de los altos dignatarios significan una afectación al principio de la igualdad ante la Ley, pues implican dar a los altos dignatarios un trato distinto al que reciben el resto de ciudadanos. No obstante, en atención a la importancia de las funciones que ellos realizan, se ha optado por dotarlos de prerrogativas procesales-penales, las que -conforme los tiempos van cambiando y se da mayor independencia del sistema de persecución penal- se encuentran en proceso de reducción.

En segundo lugar, la inmunidad de arresto es históricamente una de las garantías más importantes, cuyas bases históricas se remontan a la Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII. La inmunidad era necesaria en un momento histórico en el que el Rey podía ingerir en la persecución penal del asambleísta. Por ello, la Asamblea Nacional decidió la imposibilidad de arresto del asambleísta por causas penales, sin previa aprobación de sus pares.

En un contexto como el actual, en el que la injerencia directa que puede tener el Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial o el Ministerio Público es poca o nula, no se legitimaba la existencia de la inmunidad parlamentaria. Por ello, fue atinada la reforma constitucional de febrero de este año, la cual eliminó el contenido esencial de la inmunidad parlamentaria y la reemplazó por un sistema de fuero privilegiado.

En tercer lugar, luego de la modificatoria del Código procesal penal de 2004, realizada el 24 de julio de 2021, quedan más claros los contornos legales del sistema

²¹ “El procesamiento por la comisión de delitos comunes imputados a los Congresistas de la República, el Defensor del Pueblo y los miembros del Tribunal Constitucional durante el ejercicio de su mandato es de competencia de la Corte Suprema de Justicia de la República y se rigen por las reglas del proceso común, así como por lo establecido en el presente Título.”

de fuero privilegiado. Aspectos tales como el fiscal competente para la investigación, la competencia para investigaciones en trámite, entre otros supuestos, ahora ya fueron abordados.

Si bien el actual sistema de fuero privilegiado es un interesante avance, el futuro debería avizorar la supresión de las prerrogativas procesales-penales de todos los altos dignatarios, tanto por delitos cometidos en el ejercicio de la función pública o sin él.

Asimismo, esta reforma no sólo debería incluir a la inmunidad parlamentaria y al antejuicio político, sino que debería también ser extensible a la inmunidad presidencial. La reforma constitucional de las prerrogativas procesales-penales no eliminará la corrupción u otro problema endémico de la alta función pública, pero contribuirá sensiblemente a poder combatirla.

Propuestas para una agenda en materia de derechos de propiedad rumbo al Bicentenario

Raúl Ravina* **

Resumen. - El presente trabajo tiene como finalidad transmitir la importancia de la regulación de los derechos de propiedad en el Perú en los diferentes tipos de actividades por parte de personas naturales y jurídicas para el desarrollo de sus proyectos. En ese sentido, el lector podrá apreciar las principales críticas y oportunidades de mejora respecto a la regulación actual en nuestro país para lo cual se intentará detallar de forma didáctica y breve el “diagnóstico” de las principales instituciones para garantizar el acceso a los predios y cuál debiera ser su correcta interpretación en beneficio de la sociedad en general.

Abstract. - The purpose of this work is to convey the importance of the regulation of property rights in Peru at different levels of activities by natural and legal persons for the development of their projects. In this respect, the reader will be able to appreciate the main criticisms and opportunities for improvement regarding the current regulation in our country; for this, we will try to briefly and didactically detail the "diagnosis" of the main institutions to guarantee access to the properties and what should be its correct interpretation for the benefit of society in general.

Palabras claves. - Derecho de Propiedad - Acceso a predios - Regulación - Propiedad Privada - Propiedad Estatal.

Keywords. - Property Law - Access to land - Regulation - Private Property - State Property.

* Socio del área de Derecho Inmobiliario y Construcción de CMS - Grau, es actualmente profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad del Pacífico y ha sido profesor en la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Quiero agradecer muy especialmente a Luis Felipe Pajuelo y a Fernando Reyes Meléndez, por su colaboración en la elaboración de este artículo.

“El poder supremo no puede apoderarse de parte alguna de la propiedad de un hombre, sin el consentimiento de éste; pues como el fin del gobierno es la preservación de la propiedad, y esa es la razón por la que los hombres entran en sociedad, ello implica necesariamente que al pueblo ha de permitírsele tener propiedades [...] Si bien tienen el poder de hacer leyes para regular la propiedad entre los súbditos, nunca pueden tener el poder de tomar para sí mismos, ni total ni parcialmente, la propiedad de los súbditos sin el consentimiento de éstos.”

John Locke¹

I. Introducción

El derecho de propiedad constituye una de las bases fundamentales para el desarrollo económico y social de una sociedad, pues determina las reglas de juego en relación a los bienes. Así, el derecho de propiedad regula a quién pertenece un bien, qué se puede y qué no se puede hacer con él y cómo se puede protegerlo.

Se ha escrito mucho en relación a la importancia del buen funcionamiento del marco institucional relativo al derecho de propiedad para promover el desarrollo económico. Autores como Ronald Coase, en su obra “El Problema del Costo Social”, en el cual detalla las consecuencias de una determinada regulación del derecho de propiedad en las transacciones para maximizar o minimizar la productividad y sus costos; Guido Calabresi y Douglas Melamed quienes en su obra “Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad y de Inalienabilidad: Una Vista de la Catedral” determinan reglas de responsabilidad para la mejor asignación y valor del derecho de propiedad. Asimismo, Hernando De Soto, en su Obra “El Misterio del Capital” detalla las principales características que debe tener un ordenamiento legal para la distribución de los bienes y la regulación del derecho de propiedad dentro de un mercado global y un sistema capitalista.

Sin perjuicio de la importancia de la regulación del derecho de propiedad para facilitar el desarrollo económico, este sirve además como una herramienta de política social y promoción de las inversiones.

En ese sentido, el derecho de propiedad es parte de la infraestructura institucional con la que una sociedad cimienta su desarrollo, se relaciona con el estado y con el sector privado, con las familias del campo y de las ciudades, con la micro, mediana y gran empresa, con el agro, la industria, la infraestructura y el aprovechamiento de los recursos naturales. En general, los derechos de propiedad son claves tanto

¹ LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, pp.172-173, y p. 174.

para el desarrollo social como para el desarrollo empresarial y la economía en general.

El derecho de propiedad no supone sólo a la propiedad privada, existen diversos tipos de bienes que deben ser regulados de distintas maneras. Al respecto Elinor Ostrom², llama la atención respecto a que los bienes tienen que ser regulados mediante un régimen de propiedad privada o de propiedad estatal y propone clasificar los bienes en razón de la facilidad para excluir a los demás en su aprovechamiento y de si el consumo es de rivalidad alta o baja, es decir si el consumo debe ser netamente individual o si se puede dar de forma colectiva. Como consecuencia de la aplicación de estos criterios, Ostrom rompe la vieja dicotomía entre bienes privados y bienes públicos e identifica a los denominados bienes comunes o bienes públicos impuros. Los bienes comunes comparten con los bienes públicos la condición de que la exclusión para su explotación es difícil, pero comparten con los bienes privados el hecho de que la explotación es básicamente individual (rivalidad alta).

Tipología de los bienes

	Rivalidad Baja	Rivalidad Alta
Exclusión difícil	Bienes públicos puros <i>Puestas de sol</i> <i>Conocimientos acumulados</i>	Bienes públicos impuros o bienes comunes <i>Bibliotecas</i> <i>Sistemas de regadío</i>
Exclusión fácil	Bienes privados impuros, de club o de peaje <i>Televisión por cable</i> <i>Guaderías infantiles</i>	Bienes privados puros <i>Ordenadores personales</i> <i>Ropa y alimentación</i>

Fuente: Elinor Ostrom (2006) adaptado por Alvaro Ramis (2013; p.118)

A partir de los criterios establecidos por Ostrom sugerimos el siguiente esquema para la distribución de los tipos de derecho de propiedad (privada, estatal y común o comunal) de acuerdo a criterios de exclusión y consumo.

² RAMIS, A. *El concepto de los bienes comunes en la obra de Elinor Ostrom. Revista Ecología Política*, (45) 116-121, 2013.

	Exclusión		
		Posible	No posible
Consumo	Individual	Propiedad privada	Propiedad comunal de libre acceso/Propiedad estatal con libre acceso
	Colectivo	Propiedad privada/ Propiedad estatal con exclusiones	Propiedad estatal

Fuente: Elaboración propia³

En consecuencia, a efectos de regular adecuadamente los bienes escasos en la sociedad y recurriendo a las diversas características que estos pueden tener, se han generado tres tipos de derechos de propiedad; el derecho de propiedad privada, el derecho de propiedad estatal y el derecho propiedad común o comunal. Cada uno de ellos pone un énfasis distinto en la forma en que se ejercen los atributos de la propiedad y, por lo tanto, tratan el problema de la escasez con formas y resultados diferentes⁴.

La propiedad privada supone que el titular del bien tiene un derecho exclusivo respecto al mismo y puede excluir al resto de la sociedad respecto de éste. En contraparte, el titular se hace responsable de los costos que involucre su bien. Al concentrar tanto los costos y los beneficios que genera el bien en su titular, se entiende que se generan los incentivos adecuados para la adecuada explotación y mantenimiento del bien.

Con la propiedad estatal es el Estado quien asume la titularidad del bien y quien debe determinar la forma en que este se explotará.

Finalmente, en la propiedad común el bien pertenece a un grupo determinado de personas que comparten los derechos y obligaciones relativos a este. La propiedad común o comunal se da normalmente al interior de grupos que comparten un espacio físico, una historia y una cultura. La Constitución de 1993 reconoce la existencia de estos tres tipos de derechos de propiedad, sin privilegiar uno respecto a otro. Esto es coherente en tanto, como hemos indicado, los tipos de derechos de propiedad tienen distinto contenido y deben responder a las características de los bienes y los objetivos que se quieren alcanzar.

³ En base al cuadro elaborado por ELINOR OSTROM (2006) adaptado por Alvaro Ramis (2013; p.118).

⁴ DEMSETZ, Harold, "Hacia una Teoría de los Derechos de Propiedad". Publicado en la American Economic Review en Mayo de 1967.

La protección constitucional del derecho de propiedad incluye una serie de condiciones que buscan garantizar su debido ejercicio, entre las que se destacan:

- Se declara su inviolabilidad, salvo en casos de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley y previo pago de indemnización justipreciada (artículo 70°).
- Se establece que nacionales extranjeros (personas naturales o jurídicas) reciben el mismo trato en cuanto a sus derechos de propiedad, con excepción de los bienes inmuebles ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras (artículo 71°).
- Se restringen las restricciones y prohibiciones temporales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes a causas de seguridad nacional justipreciada (artículo 72°).
- Se establece que los bienes de dominio público (propiedad estatal) son inalienables e imprescriptibles y que los bienes de uso público pueden ser cedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico (artículo 73°).
- En relación al agro, el Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. También se establece que la ley puede establecer límites a la extensión de las tierras y que las tierras abandonadas, pasan a dominio del Estado para su adjudicación en venta (artículo 88°).
- La propiedad comunal es imprescriptible, salvo en el caso de abandono (artículo 89°).

Sin embargo, planteada la importancia y lo esencial de la regulación del derecho de propiedad, no basta con plasmar estos conceptos ideales en la constitución o en las leyes. Para que el derecho de propiedad logre facilitar el desarrollo, es necesario que su marco regulatorio e institucional brinde las condiciones adecuadas para su mejor funcionamiento.

En el Perú, el marco normativo e institucional relativo a los derechos de propiedad no cumple adecuadamente con este objetivo, lo que conlleva, entre otros problemas, a altos índices de informalidad y desorden entre los predios urbanos, rurales y eriazos del país.

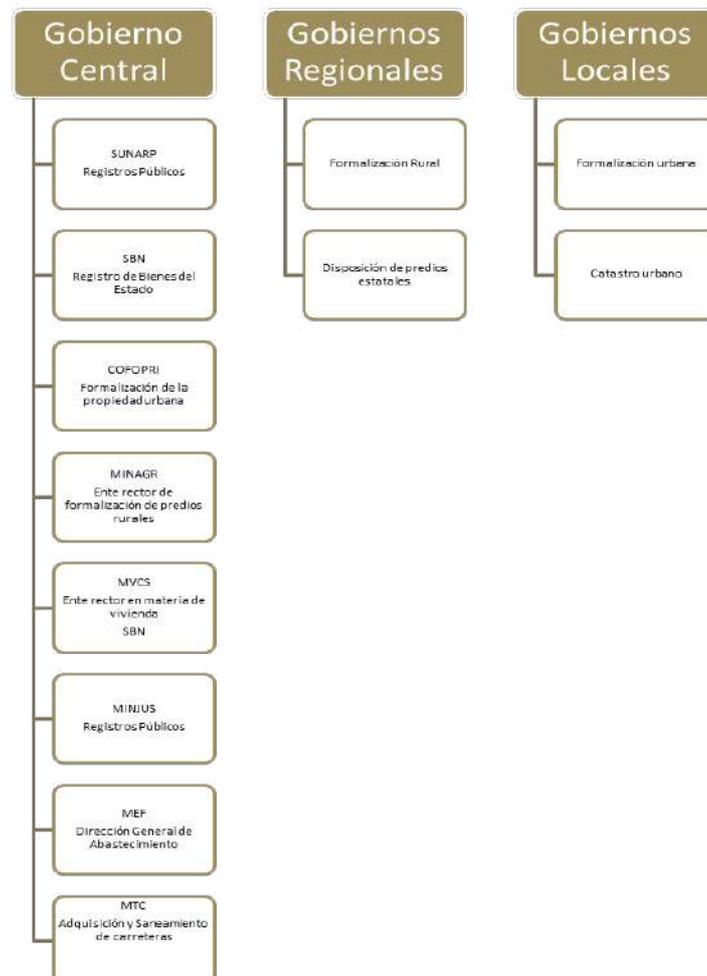
En nuestra opinión, lo que falla en el Perú es la falta de una visión integral del manejo del derecho de propiedad y, a partir de ello, establecer un camino coherente que aborde sus diversos aspectos.

En esa línea, queremos plantear algunos temas que consideramos que deben ser abordados como parte de una agenda en materia de derechos de propiedad en el Perú. Adicionalmente, haremos referencia a el próximo cambio de gobierno y como podría impactar esto en relación a los derechos de propiedad.

II. El diagnóstico

i. Dispersión institucional y normativa

En el Perú tenemos una amplia distribución de competencias en relación a los derechos de propiedad. Entidades como el Ministerio de Vivienda Saneamiento y Construcción (MVSC), Ministerio de Agricultura (MINAGRI), Ministerio de Justicia (MINJUS), Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), Ministerio de Justicia, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN), Organismos de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), Gobiernos Regionales, Municipalidades, entre otras, tienen atribuciones relevantes en materia de derechos de propiedad pero actúan de manera disgregada sesgando sus políticas de acuerdo a visiones fraccionadas. En el siguiente cuadro se puede apreciar la distribución de entidades involucradas en temas relacionados con derechos de propiedad en el país.



Fuente: Elaboración propia

Se podría pensar que el desalineamiento institucional se da básicamente entre los distintos niveles institucionales (Gobierno Central, Gobiernos Regionales y Gobiernos locales), sin embargo, a nivel de las entidades del gobierno central existen visiones e intereses que no coinciden y que mucho menos priorizan los intereses de los ciudadanos y el desarrollo económico del país. En efecto, a nivel de las entidades que dependen del gobierno central se nota que, al formar parte de diferentes sectores, las entidades enfrentan los temas relativos a los derechos de propiedad con visiones distintas, lo que se traduce en problemas de coordinación que traban o alargan innecesariamente los procesos relacionados con los derechos de propiedad.

Por ejemplo, una entidad sectorial puede estar interesada en el desarrollo de un proyecto de inversión (infraestructura, minería, energía, etc) y busca que este proyecto tenga un acceso directo y rápido a las tierras estatales necesarias para su desarrollo, sin embargo, la entidad titular de estas tierras puede estar interesado en que esas tierras se utilicen para otra actividad, por la compensación económica que deben recibir a cambio de la tierra, en el mero mantenimiento de las tierras en su titularidad o simplemente puede ser un tema que no les genera interés para “acelerar” el proceso.

En otras ocasiones, más de una entidad se encuentra interesada en realizar cierta función y “compiten” por ver quien se hace cargo. Esto pasó hace unos años entre el PETT y COFOPRI, con respecto a qué ente debería liderar el proceso de formalización integrado a nivel urbano y rural. Esta suerte de “competencia” entre entidades no redundan en mayores eficiencias que favorecen a los usuarios, al contrario, se traduce en trabas y baja coordinación que terminan generando demoras y afectando los derechos de los ciudadanos.

Un ejemplo de esta dispersión institucional lo encontramos en relación al tema de los catastros. En el año 2004, se promulgó la Ley N° 28294, que creó el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios, entre los objetivos de este sistema se encuentran; regular la integración y unificación de los estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro en el país. El referido sistema está integrado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP, los gobiernos regionales, las municipalidades provinciales, distritales, el Instituto Geográfico Nacional (IGN), el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC).

Sin embargo, dieciséis años después, no contamos aún con un sistema integrado de catastro, las entidades siguen manejando procesos técnicos dispares, los registros públicos no cuentan con un sistema de catastro que brinden seguridad jurídica y no existe un mecanismo integrado de acceso a la información predial que permita que los agentes económicos y el propio estado pueda acceder a información integrada para la toma de decisiones de inversión con relación a los predios. El motivo, cada una de estas entidades sigue operando de manera autónoma y desintegrada, sin manejar una sola visión estratégica y, en algunos

casos, compitiendo entre ellas por el protagonismo y liderazgo al interior del sistema.

Un problema relacionado con la dispersión institucional se relaciona con el proceso de descentralización de facultades que se realizaron de entidades del gobierno central que tenían competencias nacionales y que se han disgregado a nivel de los gobiernos regionales y los gobiernos locales. Por ejemplo, COFOPRI, que en algún corto periodo concentró las funciones de formalización de la propiedad urbana y rural, perdió sus competencias en favor de los gobiernos regionales (formalización de la propiedad rural) y de los gobiernos locales (formalización de la propiedad urbana).

Otro problema que se presenta es que, al estar las competencias tan dispersas, el presupuesto y el personal calificado tiene que dividirse entre múltiples entidades. Por ejemplo, entidades como COFOPRI y la SBN carecen de personal suficiente para satisfacer en plazos razonables solicitudes de los usuarios. Lo mismo ocurre a nivel de regiones y municipios. Este problema se hace más agudo cuando hablamos del personal más calificado pues es muy escaso y termina siendo "completado" por funcionarios que carecen de la formación adecuada y de la visión necesaria. Esto se traduce en que la mejora regulatoria relativa a los procedimientos relacionados con los derechos de propiedad se encuentra básicamente detenida a pesar que aún se mantienen muchas trabas que afectan a los usuarios. Por ejemplo, el limitado acceso de los ciudadanos a información de las entidades (SBN, COFOPRI, RRPP, etc), las demoras en los procedimientos (Catastro rural, adjudicaciones, servidumbres, etc), la interpretación normativa se hace de la firma más restrictiva posible, por no incurrir en responsabilidad e incluso se emiten normas que restringen las propias competencias de las entidades. También podemos citar el caso del otorgamiento de derechos de servidumbre con fines de inversión en el sector eléctrico, en el que el Ministerio de Energía y Minas (MEM) se autoimpuso como requisito que el proyecto cuente con concesión definitiva, haciendo que en la práctica esta alternativa sea básicamente inútil⁵.

En consecuencia, sugerimos rediseñar el marco institucional relativo a los derechos de propiedad y contar con una instancia al más alto nivel que asuma las competencias disgregadas que puedan consolidarse y que concentre la función regulatoria en materia de derechos de propiedad.

En las siguientes paginas desarrollaremos otros problemas prácticos que nuestro sistema genera para los agentes económicos y el propio estado y expondremos como la falta de unidad de visión y criterios al interior del estado es muchas veces el origen de estos problemas.

⁵ En estos casos el acceso a la tierra se requiere inicialmente para realizar los estudios necesarios para obtener la concesión definitiva. Cuando ya se cuenta con la concesión definitiva, el concesionario puede acceder a una servidumbre sectorial que en muchos casos será gratuita a diferencia de los que sucede con la citada servidumbre que en todos los casos es onerosa.

ii. Informalidad

Por diversas razones, la informalidad predial es un fenómeno extendido tanto en el ámbito urbano como el rural. Frente a ello, desde la década del noventa del siglo pasado se desarrollaron dos importantes programas masivos de titulación y formalización de la propiedad.

En el ámbito urbano, se creó la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal⁶ (COFOPRI) que tenía entre sus funciones desarrollar un programa destinado a lograr la titulación y formalización de la propiedad urbana en el Perú con el objetivo de brindar seguridad jurídica a las viviendas y facilitar la capitalización y el acceso al crédito de los peruanos. El programa de formalización desarrollado por COFOPRI se basó inicialmente en un proceso de mejora regulatoria y de procesos permanente, lo que permitió reducir los costos y los tiempos de titulación de 6 años a 45 días a un costo promedio de USD 68.00 contra los USD 3,500 en la Favela Barrio, en Río de Janeiro, Brazil⁷.

Posteriormente, COFOPRI perdió la competencia de formalización que fue transferida a los gobiernos locales. Sin embargo, COFOPRI se ha adaptado a esta realidad ofreciendo sus servicios como entidad técnica de apoyo de dichos gobiernos, adicionalmente, se reenfocó en el desarrollo de catastros urbanos a nivel nacional.

En el ámbito rural, se creó el Programa Especial de Titulación de Tierras (PETT) que se encargaba de la titulación de predios rurales y de comunidades a nivel nacional. En nuestra opinión, este proceso no se realizó siguiendo criterios técnicos sino más bien guiado por objetivos políticos que no necesariamente reditúan en el bienestar de los ciudadanos⁸.

En general, la formalización de la propiedad es una función que debe entenderse, al menos en su etapa masiva, como una función temporal y, como tal, es más eficiente implementar un programa a nivel nacional que cuente con el personal y equipos necesarios para esta labor. Luego, una vez concluida la etapa masiva, es más lógico descentralizar la ejecución de los procesos de formalización, dejando la parte regulatoria y de seguimiento y control en manos de un ente central, una suerte de superintendencia en materia de formalización de la propiedad, que de unidad y coherencia a la ejecución de estos procesos descentralizados.

Proponemos repensar la formalización de los derechos de propiedad de manera que se organicen considerando los siguientes elementos:

⁶ Hoy Organismo de Formalización de la Propiedad Informal.

⁷ CALDERÓN COCKBURN, Julio. Profesor de la Universidad Nacional de Ingeniería, Maestría FAUA *POLÍTICA DE FORMALIZACIÓN. COMO INSTRUMENTO DE INCLUSIÓN SOCIAL*. <https://www.sunarp.gob.pe/ECR/PPT-XIIcongresoNacional-exponentes/Julio%20Calder%C3%B3n.pdf>

⁸ Por ejemplo, de acuerdo con COFOPRI, el 61.5% de las comunidades campesinas tituladas no se encuentran geo-referenciadas. Al respecto se puede consultar el informe de la Defensoría del Pueblo N° 002-2014-DP/AMAPPI-PPI.

- A. Enfocar la formalización de la propiedad como un proceso permanente de mejora regulatoria. En ese sentido, debe ponerse énfasis a la identificación y eliminación de costos de transacción para el acceso y el mantenimiento de los derechos de propiedad en la formalidad.
- B. Debe entenderse que lo más importante en el tema formalización de la propiedad es el proceso de mejora regulatoria permanente y no las tareas específicas de formalización que pueden ser perfectamente descentralizadas e incluso tercerizadas. Durante los primeros años de trabajo de COFOPRI esta entidad promovió diversos cambios normativos y procedimentales dirigidos a romper con los “cuellos de botella” que complicaban el acceso a la propiedad formal, sin embargo, luego de esta etapa inicial, esta entidad dejó de ser un verdadero promotor de reformas, convirtiéndose más bien en una entidad ejecutora.
- C. Entender las razones de la proliferación del acceso a la tierra tanto a nivel urbano como rural.
- D. Promover reformas del marco normativo e institucional que ataque las causas que generan la proliferación del acceso informal a la tierra y que estén destinadas al mejor funcionamiento de los derechos de propiedad.
- E. La formalización de la propiedad, entendida en su sentido más amplio, justifica un trabajo permanente pues incluye mucho más supuestos que el de las invasiones de tierras (urbanas y rurales). En ese sentido, más allá de generarse programas temporales de formalización (como fue el caso del PETT y COFOPRI) se requiere un arreglo institucional permanente y unificado en esta materia.
- F. Al respecto, el congreso acaba de aprobar la nueva Ley de Saneamiento Físico legal y Formalización de Predios Rurales (pendiente de su promulgación por el Poder Ejecutivo) y la Ley N° 31056, que amplía los plazos de la titulación de terrenos ocupados por posesiones informales y dicta medidas para su formalización. En ambos casos, estas normas amplían los plazos de formalización de predios urbanos y rurales, sin atacar las causas por las que estas ocupaciones informales se vienen produciendo. Han habido varios pronunciamientos en contra de esta ampliación de los plazos (básicamente en lo que se trata de las posesiones informales urbanas) que por lo demás se vienen produciendo de manera reiterada desde las primeras normas que regularon la formalización de la propiedad. En nuestra opinión, la ampliación de estos plazos es la consecuencia de no atacar el problema en su origen y que, más allá de que en un futuro se volverán a repetir los mismos argumentos en su contra, en tanto no enfrentemos los problemas que originan la informalidad, nos vamos a ver en la obligación de optar nuevamente por una ampliación de plazos. En ese sentido, o trabajamos en

la “vacuna”⁹ o siempre tendremos que aplicar la “medicina” de la formalización.

- G. Incluir alternativas de formalización para todos los supuestos de informalidad existentes. Esto implica poner énfasis no sólo en el fenómeno de la ocupación ilegal (invasión urbana o rural) y atacar casos de informalidad parcial (donde no hay invasión, por ejemplo, en la habilitación urbana informal) y de informalidad sobrevenida (por ejemplo, problemas de actualización sucesoria y catastral, tugurización, etc).
- H. Hacer un seguimiento permanente de las actuaciones de las diversas instancias del Estado buscando determinar los efectos que se generarían en relación a los derechos de propiedad.
- I. Deben generarse alternativas efectivas para la formalización de toda clase de predio a nivel nacional. Esto implicaría:
 - a. Generar alternativas y mejorar el marco regulatorio referido a la formalización de la propiedad de predios estatales y comunales que involucran un gran porcentaje los predios del país y cuya formalización ha avanzado poco o adolece de defectos de titulación, catastro, etc.
 - b. Promover un procedimiento destinado a la formalización de predios rústicos sin uso agropecuario. Actualmente, la formalización de la propiedad no urbana se restringe a la formalización de predios con uso agropecuario, lo que planteamos es que se formalicen también los predios eriazos y aquellos dedicados a uso distintos (infraestructura pública, explotación de recursos naturales, etc).

iii. Seguridad jurídica

SUNARP, como cabeza del sistema registral, es una entidad que se relaciona estrechamente con todo el sistema de derechos de propiedad y cumple la importante función de generar oponibilidad y seguridad jurídica a los usuarios. La seguridad jurídica implica varias aristas que incluyen contar con funcionarios que actúen de acuerdo a ley y con un sistema de inscripción que garantice la invulnerabilidad de los derechos inscritos.

En cuanto al comportamiento de los funcionarios (registradores) creemos que es importante que su actuar sea previsible y que esté exento de arbitrariedades. Respecto a la previsibilidad, es importante fortalecer el trabajo de unificación de criterios que realizan los tribunales registrales, sin que eso signifique que se afecte la autonomía de los registradores. El otro elemento que creemos que se debe

⁹ Facilitar el acceso formal a la tierra.

trabajar es la estandarización de los títulos que permitan una calificación simplificada y ágil con la finalidad de promover las inscripciones y se facilite el uso del registro, en especial para los segundos actos y el mantenimiento en la formalidad.

En esa línea con la finalidad de involucrar a los Registros Públicos en la política de manejo integrado de los derechos de propiedad, proponemos:

- A. Revisar los procedimientos de inscripción registral poniendo énfasis en la simplificación, estandarización y automatización de los procesos. Para ello debe tenerse en cuenta experiencias exitosas como las de los procesos de inscripción generados por el PETT y COFOPRI.
- B. Establecer mecanismos que promuevan el uso del sistema registral por toda la población y así evitar la re-informalización de los derechos de propiedad.
- C. Es necesario revisar los costos de los servicios que brinda registros públicos con la finalidad de hacerlos más accesibles a toda la población.
- D. Mejorar el sistema catastral de las oficinas registrales con la finalidad de otorgar mayor seguridad jurídica a los derechos inscritos en el registro. Esta es una tarea urgente que creemos que debería abordarse teniendo en cuenta los siguientes criterios:
 - a. La falta de un catastro que se vincule con cada una de las partidas registrales genera en la práctica inseguridad en todo el sistema.
 - b. En su oportunidad, el Registro Predial Urbano generó un sistema que relacionaba las partidas registrales con su catastro. Esto debe extenderse a todos los predios inscritos a nivel nacional.
 - c. La implementación de un sistema de catastro que se relacione con las partidas registrales dará lugar a la identificación de diversos problemas de desplazamiento físico, superposiciones y falta de antecedentes que debería ser abordado. En ese sentido, debería generarse un procedimiento administrativo que permita resolver estos problemas de manera masiva para aquellos casos en que no se presente la oposición de terceros.
 - d. Debe generarse un mecanismo administrativo para la inmatriculación de predios de manera análoga a lo que se realiza en los procedimientos de formalización. La idea es evitar los casos en que se debe acudir al poder judicial (proceso de título posesorio) en los casos que no exista oposición de terceros.

iv. Falta de visión pro ciudadano

En nuestra opinión, este es uno de los problemas transversales que están presentes en las distintas entidades que tienen competencias vinculadas con los derechos de propiedad. Por ejemplo, en entidades como la SBN, COFOPRI y en los Registros Públicos, entidades estrechamente ligadas al acceso al derecho de propiedad, nos encontramos con funcionarios que tienen pocos incentivos para acceder a las solicitudes de los usuarios y tienden a denegarlas para evitar incurrir en algún tipo de responsabilidad.

En esa misma línea, se modifican algunos procedimientos, tanto formalmente como en la práctica, con la finalidad de “proteger” a los funcionarios agregando pasos y plazos a procedimientos que podrían ser mucho más simples, siempre en desmedro de los intereses de los ciudadanos.

Luego tenemos los temas vinculados a los costos de los servicios, en algunos casos, a pesar que las tasas administrativas deben limitarse a cubrir el costo efectivo del servicio prestado por la entidad, tenemos casos en que esto no se cumple. Por ejemplo, en el caso de SUNARP, las tasas registrales se establecen no en razón del costo del servicio sino del monto de la operación.

Otro ejemplo de la falta de enfoque en el ciudadano es el relacionado con la visación de planos en el ámbito rural. Este es un procedimiento necesario para acumular o subdividir predios, así como para presentar planos en procesos judiciales y está a cargo de los gobiernos regionales. A pesar de tratarse de un servicio que es fundamental para que la realidad de los predios pueda concordar con la información catastral y registral y para proteger el derecho de los usuarios ante el Poder Judicial, los gobiernos regionales ponen poco interés en atender estos servicios, en especial por temas de falta de personal y presupuesto. Como consecuencia, muchas solicitudes llegan a estar años sin ser atendidas, cuando no se llegan a extravíar los expedientes.

En ese sentido, proponemos iniciar un proceso intenso de mejora regulatoria y simplificación administrativa que ponga el foco en que los ciudadanos puedan acceder de manera expeditiva y económica al derecho de propiedad y a la seguridad jurídica, algunas reformas que se pueden plantear son:

- A. Más allá de que se logre concentrar las competencias relacionadas con los derechos de propiedad en un sistema con una dirección común, es necesario hacer una revisión del funcionamiento real de los procedimientos más relevantes para los ciudadanos con la finalidad de identificar las oportunidades de mejora regulatoria y simplificación.
- B. Alinear los incentivos de los funcionarios con los intereses de los usuarios, para ello se debe hacer una revisión de los procedimientos simplificándolos y reduciendo la discrecionalidad. Además, se debe evaluar la contratación de un seguro que proteja a los funcionarios que, actuando de acuerdo al

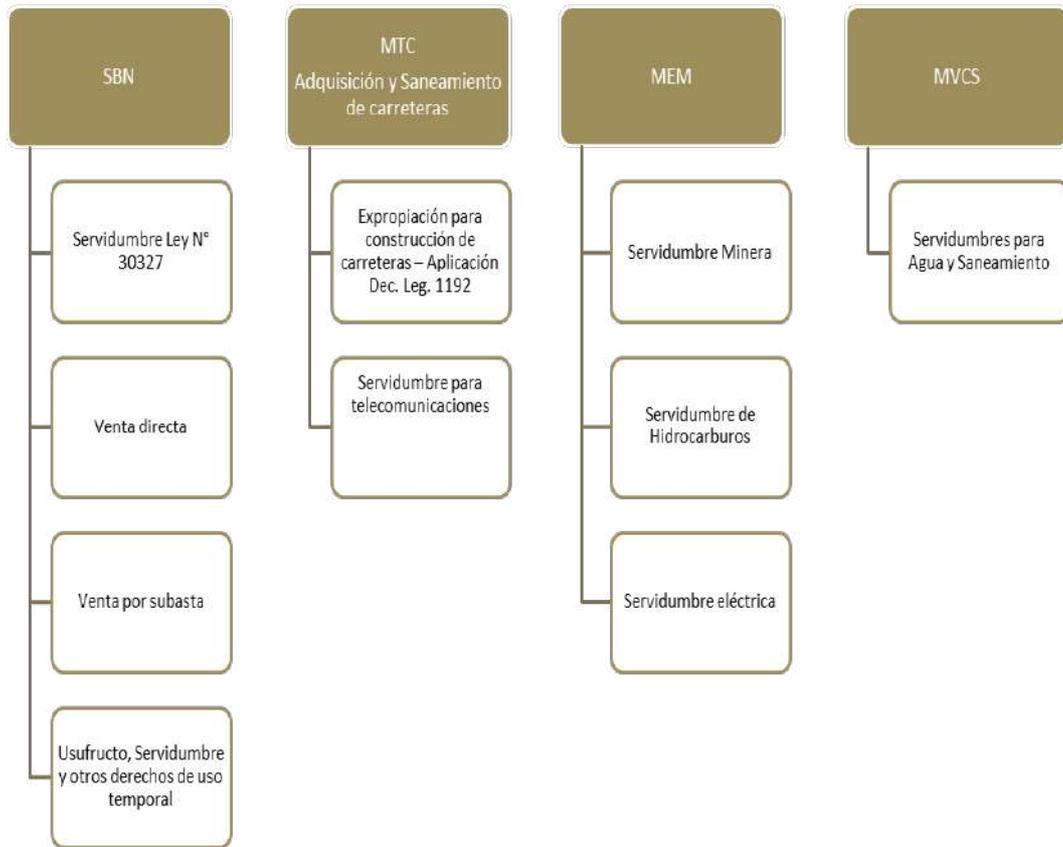
marco normativo, generen un daño que deba ser resarcido, esto por supuesto no cubriría lo actos realizados de forma dolosa.

- C. Establecer un control permanente de los cambios normativos y fácticos de los procedimientos que se vayan generando, con la finalidad de evitar que estos afecten los intereses ciudadanos y que los requisitos sean proporcionales y justificados.
- D. Identificar los casos de tasas administrativas que exceden los costos reales del servicio y ajustarlas a este criterio.
- E. Identificar los procedimientos que vienen realizándose en plazos excesivos y evaluar la forma de corregir esos excesos.

v. Falta de visión pro inversión

El otro problema transversal que está presente en el tratamiento de los temas relativos al derecho de propiedad es que no existe una política consistente que facilite el acceso a las tierras necesarias para el desarrollo de las inversiones que tienen como un componente necesario el acceso a predios. Proyectos de infraestructura, agroindustria, energía, minería, y otros, requieren el acceso a importantes extensiones de predios privados y estatales para su desarrollo.

Contradictoriamente, existen múltiples mecanismos regulados para facilitar el acceso a tierras para el desarrollo de proyectos de inversión. En el siguiente cuadro pueden apreciarse los procedimientos más destacados.



Fuente: Elaboración propia

A pesar de la gran variedad de alternativas existentes para que los proyectos de inversión obtengan los derechos prediales necesarios para su desarrollo, en la práctica la aplicación de estos procedimientos se hace lenta producto de decisiones y trámites que en muchos casos exceden o trastocan los procedimientos reglados.

Por ejemplo, en el año 2012 al interior de la SBN se decidió que, dado que el mercado predial empujaba los precios de los inmuebles al alza, no era conveniente vender inmuebles estatales pues era más conveniente otorgar derechos de uso temporal para después, una vez valorizados los predios, venderlos¹⁰. Esta lectura, más propia de un inversionista inmobiliario que de una entidad pública interesada en la promoción de la inversión, generó que durante mucho tiempo se suspendieron las ventas de inmuebles, lo que truncó el desarrollo de gran número de proyectos de inversión que se detuvieron o simplemente se dejaron de lado. Cabe agregar que, a esa fecha la compraventa de inmuebles estatales era el procedimiento más importante que manejaba la SBN para ceder predios para el desarrollo de proyectos privados y que la cesión temporal de derechos sobre

¹⁰ Ver entrevista a Sonia Cordero ex Superintendente de la SBN en el diario Gestión del 17/09/2012. Cabe comentar, que esa tendencia alcista en los precios de los inmuebles se detuvo y que es bien cuestionable si ese fenómeno se daba respecto a los predios que eran solicitados ante la SBN y no era más propio de zonas urbanas consolidadas y de expansión agroindustrial.

inmuebles casi no se usaba¹¹. Finalmente, cabe comentar que posteriormente la SBN hizo muy poco para hacer más accesible el otorgamiento de derechos de uso temporal para el desarrollo de proyectos, en consecuencia, lo único que se hizo fue postergar y frustrar diversos proyectos de inversión que hubiesen generado empleo, impuestos y demás beneficios para la sociedad.

De los problemas para el acceso a tierras para el desarrollo no se escapa ni el propio estado. En efecto, cuándo se requiere adquirir un predio privado para el desarrollo de algún proyecto estatal o concesionado al sector privado, se aplicará el Decreto Legislativo N° 1192¹² para realizar una adquisición convencional o forzosa (vía expropiatoria). A pesar de las diversas mejoras que esta norma trajo a la adquisición de predios por parte del estado (posibilidad de adquisición directa, bono especial por pronta entrega, mecanismos de saneamiento, ejecución coactiva, liberación de interferencias), la ejecución de estos procesos sigue siendo engorrosa. En nuestra opinión, esto es así básicamente por los problemas de interacción y de acceso a la información de las diversas entidades que participan en el proceso que, como hemos señalado anteriormente, dependen de sectores distintos, con prioridades muy diferentes.

Al respecto, hemos hecho una breve revisión de los tiempos normados del proceso normado en el Decreto Legislativo N° 1192 y lo hemos comparado con los tiempos aplicables a los procedimientos que se siguen en los otros países que conforman la denominada Alianza del Pacífico¹³. Como se puede apreciar, el procedimiento regulado en el Perú es en general más largo que el aplicable en los otros países miembros¹⁴¹⁵:

¹¹ En sus modalidades de arrendamiento, usufructo, superficie, servidumbre y cesión en uso.

¹² Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, promulgada el 23 de agosto de 2015, a la fecha ha sido modificada en cuatro (04) ocasiones directamente a través de los Decretos Legislativos N° 1210, 1330, 1366 y 1486. Actualmente, todas las modificaciones se organizan y detallan en el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 015-2020-VIVIENDA promulgado el 26 de octubre de 2020.

¹³ Conformado por México, Colombia, Chile y Perú.

¹⁴ Esto puede variar si el proceso se judicializa, en el Perú esto se produce básicamente para cuestionar el monto indemnizatorio y se puede realizar tanto en la vía arbitral como judicial. En cualquier caso, previa consignación del monto estimado por el estado, este podrá avanzar con la liberación del predio mientras se discute en la vía arbitral o judicial.

¹⁵ Cuadros de elaboración propia. Para ello hemos contado con la colaboración de las áreas de derecho inmobiliario de las oficinas de CMS en México, Colombia y Chile.

Propuestas para una agenda en materia de derechos de propiedad rumbo al Bicentenario

Perú (T.U.O. D.L 1192 D.S. N°015-2020-VIVIENDA - TRATO DIRECTO)			Perú (T.U.O. del D.L 1192 - D.S. N°015-2020-VIVIENDA - EXPROPIACIÓN)		
Artículo	Acción	Plazo	Artículo	Acción	Plazo
Art 16	Identificación del inmueble	-	Art 16	Identificación del inmueble	-
Art 17	Elaboración del expediente técnico	4 meses	Art 17	Elaboración del expediente técnico	4 meses
Art 18	Emisión de tasación	30 días hábiles	Art 18	Emisión de tasación	30 días hábiles
Art 20	Carta de intención de adquisición al Sujeto Pasivo (Incluye incentivo del 20%)	20 días hábiles	Art 20	Carta de intención de adquisición al Sujeto Pasivo (Incluye incentivo del 20%)	20 días hábiles
Art 20	Aceptación	10 días hábiles	Art 20	No aceptación	15 días hábiles
Ar 20	Emisión de Resolución aprobando el valor de tasación y pago (incluye el 20%)	10 días hábiles	Art 27	Norma que aprueba la expropiación	15 días hábiles
Art 20	Formulario registral y pago	20 días hábiles	Art 27	Notificar al Sujeto Pasivo para que realice la entrega del Inmueble y su desocupación	Orden de notificar al Sujeto Pasivo: a) 10 días hábiles para predios libres. b) 30 días hábiles para predios ocupados.
Art 22	Solicitud de inscripción registral	5 días hábiles	Art 31	Entrega del bien	Desocupar el inmueble: a) 10 días hábiles para predios libres. b) 30 días hábiles para predios ocupados. c) 60 días hábiles para el predio que necesitan autorización o habilitación administrativa
Art 22	Inscripción	7 días hábiles	Total del Plazo aproximado*		270 días hábiles
Total del Plazo aproximado*		200 días hábiles			

Fuente: Elaboración propia

MÉXICO (Ley de expropiación del 25.11.1936, última Reforma DOF 05.06.2009)

Artículo	Acción	Plazo
Artículo 2o. I	Declaratoria de Utilidad Pública	0
Artículo 2o. III	Presentación de pruebas o derechos frente a bien afectado en la Secretaria de Estado	15 días hábiles
Artículo 2o. IV	Audiencia de pruebas	8 días hábiles
Artículo 2o. IV	Presentación de alegatos de manera escrita	3 días posteriores a la audiencia
Artículo 2o. VII	Decreto de la expropiación	30 días hábiles
Artículo 4o.	Notificación	15 días hábiles
Artículo 20	Pago de Indemnización	45 días hábiles
Artículo 20	Pago de Indemnización	45 días hábiles
	Total del plazo *	161 días hábiles

* En caso que se interponga el juicio de amparo se interrumpe el plazo de la emisión del decreto de expropiación.

CHILE (Decreto Ley 2186 del 09.06.1978, Última versión 02.10.1992)

Artículo	Acción	Plazo
Artículo 6	Declaración de la expropiación	0
Artículo 7	Publicación de acto de expropiación	95 días hábiles
Artículo 9	Reclamo ante el juez	30 días hábiles
Artículo 14	Exposición de derechos y designación de peritos	15 días hábiles
Artículo 14	Recepción de pruebas	8 días hábiles
Artículo 14	Dictado de sentencia	10 días hábiles
Artículo 21	Pago de frutos pendientes	5 días hábiles
Artículo 23	Presentación de 3eros interesados	20 días
Artículo 26	Pago íntegro al expropiado en caso no se presenten terceros	vencido el plazo del artículo 23
Artículo 27	Presentación a audiencia por parte de terceros interesados	Plazo establecido por el Juez
Artículo 28	Dictamen de sentencia	10 días hábiles
	Total del plazo *	193 días (aprox.)

*Este plazo es aproximado debido a que la programación de la "audiencia de terceros interesados" es a discreción del juez.

Fuente: Elaboración propia

COLOMBIA

(Ley 1594, del 12.06.2012)

Artículo	Acción	Plazo
Artículo 61	Inicio de Expropiación	30 días después de la oferta de compra
Artículo 62	Recurso de Reposición	15 días
Artículo 66	Determinación de expropiación	Sin plazo
Artículo 67	Indemnización y Pago	Con la notificación
Artículo 68	Decisión de la expropiación	30 días
Artículo 69	Notificación	10 días hábiles
Artículo 70	Confirmación de pago	10 días
Total del Plazo*		95 días hábiles

* Sin contar procedimientos judiciales.

Fuente: Elaboración propia

Por otro lado, en los últimos años se ha emitido un marco normativo destinado a facilitar el acceso a terrenos estatales para el desarrollo de ciertos proyectos de interés económico relevante a través de la figura del derecho de servidumbre. La norma aplicable es la Ley N° 30327¹⁶ con la que se buscaba poder proveer a los proyectos públicos y privados de los terrenos estatales necesarios para su desarrollo. Sin embargo, es necesario identificar una serie de “cuellos de botella” que se vienen presentando para su implementación, como son:

- a. Falta de determinación de cuándo procede aplicar este procedimiento especial y cuándo procede aplicar otros procedimientos alternativos regulados en las normas de diversos sectores (minería, hidrocarburos, electricidad, telecomunicaciones, etc) La SBN viene promoviendo la interpretación de que en el caso de predios eriazos sólo aplica la servidumbre de la Ley N° 30327, considerando una suerte de derogación parcial de los procedimientos sectoriales, esto a pesar de que la propia Ley N° 30327 se pronuncia expresamente en sentido contrario.

¹⁶ Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, promulgada el 20 de mayo de 2015.

- b. Interpretaciones restrictivas en cuanto a la posibilidad de usar este mecanismo.
- c. Creación de reglamentaciones e interpretaciones que limitan o complican la aplicación de esta alternativa.
- d. Los beneficiarios deben esperar a la culminación de las acciones de saneamiento para recibir el derecho definitivo y poder ejercer el uso pleno del bien. Esto debería modificarse y permitir el uso del beneficiario mientras el saneamiento se realiza de forma paralela.
- e. Es necesario regular los plazos y alcances de las consultas que se hacen a otras entidades públicas. Se ha podido apreciar que en algunas entidades pueden demorar más de un año para responder y que dan opiniones que no son relevantes para los procedimientos. Esto afecta gravemente a los plazos regulados en la presente normativa, los cuales en principio están diseñados para hacer de este procedimiento mucho más acotado y simplificado.
- f. La Ley N° 30327 se limita a los predios eriazos de propiedad estatal, consideramos que debería extenderse sus alcances a todos los predios estatales.
- g. En el caso de los procedimientos sectoriales para la imposición de servidumbres consideramos necesario mejorar los siguientes aspectos:
 - i. Agilizar la etapa de valuación de predios.
 - ii. En los casos de transporte y distribución de hidrocarburos determinar claramente qué áreas deben ser adquiridas y compensadas.
 - iii. Aclarar que estos procedimientos son alternativos al regulado en la Ley N° 30327 y que es potestad del interesado elegir la mejor alternativa, conforme está mencionado en la propia ley N° 30327.
 - iv. Tal como se ha comentado anteriormente, es necesario regular los plazos y alcances de las consultas que se hacen a otras entidades públicas y restringirlas a las estrictamente necesarias.
 - h. En los procedimientos de adjudicación en propiedad de terrenos estatales.
 - i. Agilizar la etapa de valuación de predios.
 - ii. En el caso de ciertos sectores de interés (infraestructura, minería, electricidad, hidrocarburos, etc.) volver a otorgar el derecho a la adjudicación directa.

vi. Propiedad estatal

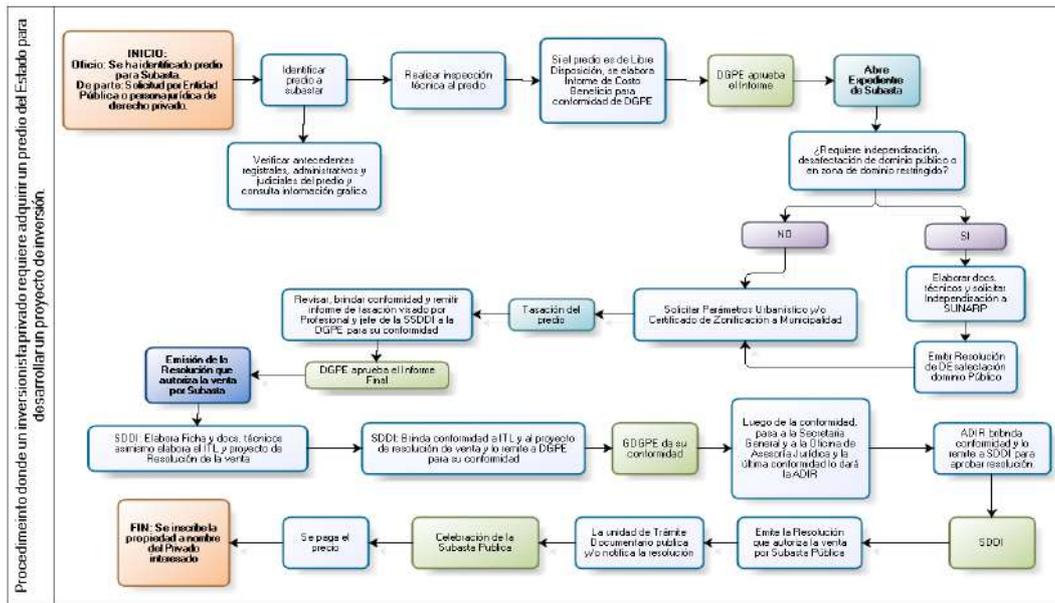
Como indicáramos anteriormente, desde nuestro punto de vista, las entidades públicas relacionadas con la administración del derecho de propiedad adolecen de

una adecuada visión pro ciudadano y pro inversión. Por ello, creemos necesario modificar la visión de la administración de las tierras del Estado priorizando lo siguiente:

- a. La administración de las tierras estatales debe enfocarse en su efectivo aprovechamiento y no en su custodia. Las tierras del estado deben cumplir con generar la mayor cantidad de réditos a la sociedad y esto debe entenderse como lograr que sean destinadas al mejor uso posible y que permitan el desarrollo de actividades económicas que a su vez generen empleo e impuestos para la sociedad.
- b. La transferencia en propiedad de tierras estatales se debe hacer contra el pago del valor comercial de los bienes. La asignación de los bienes a valor de mercado es el mejor mecanismo para determinar cuál es el uso más valioso del bien y evitar asignaciones arbitrarias. En ese sentido, cuando se ha regulado mecanismos de acceso gratuito o “barato” a la tierra, esto ha sido una puerta abierta para la corrupción y el aprovechamiento.
- c. En cualquier caso, también debe garantizarse el acceso a predios estatales para el cumplimiento de fines sociales mediante su asignación a entidades estatales y a organizaciones sin fines de lucro cuyas actividades sean debidamente acreditadas.
- d. Por excepción, se debe ceder tierras estatales de manera gratuita en aquellos casos en que las actividades que se buscan desarrollar permitan la generación de inversión relevante (proyecto de interés) y que generen un impacto mayor del de la especulación por el valor de la tierra.

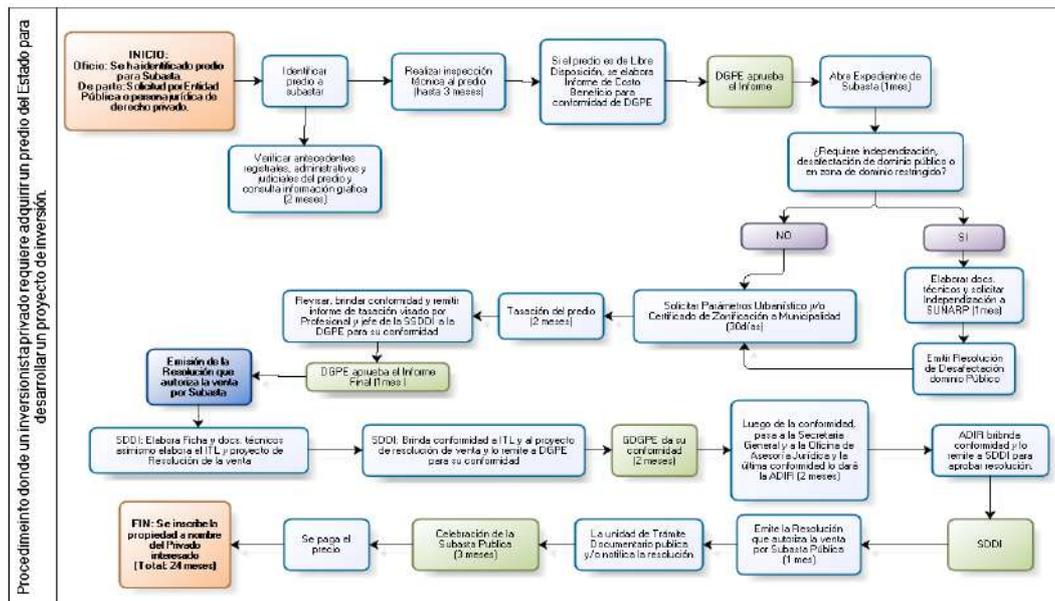
A manera de ejemplo, presentamos el flujograma correspondiente a los procedimientos de venta por subasta pública y venta directa. Como se puede apreciar son procedimientos que normativamente son bastante largos y que en la práctica se hacen aún más largos, afectando el desarrollo oportuno de los proyectos de interés del sector privado.

Procedimiento de Venta por subasta pública/caso normado (16 meses)



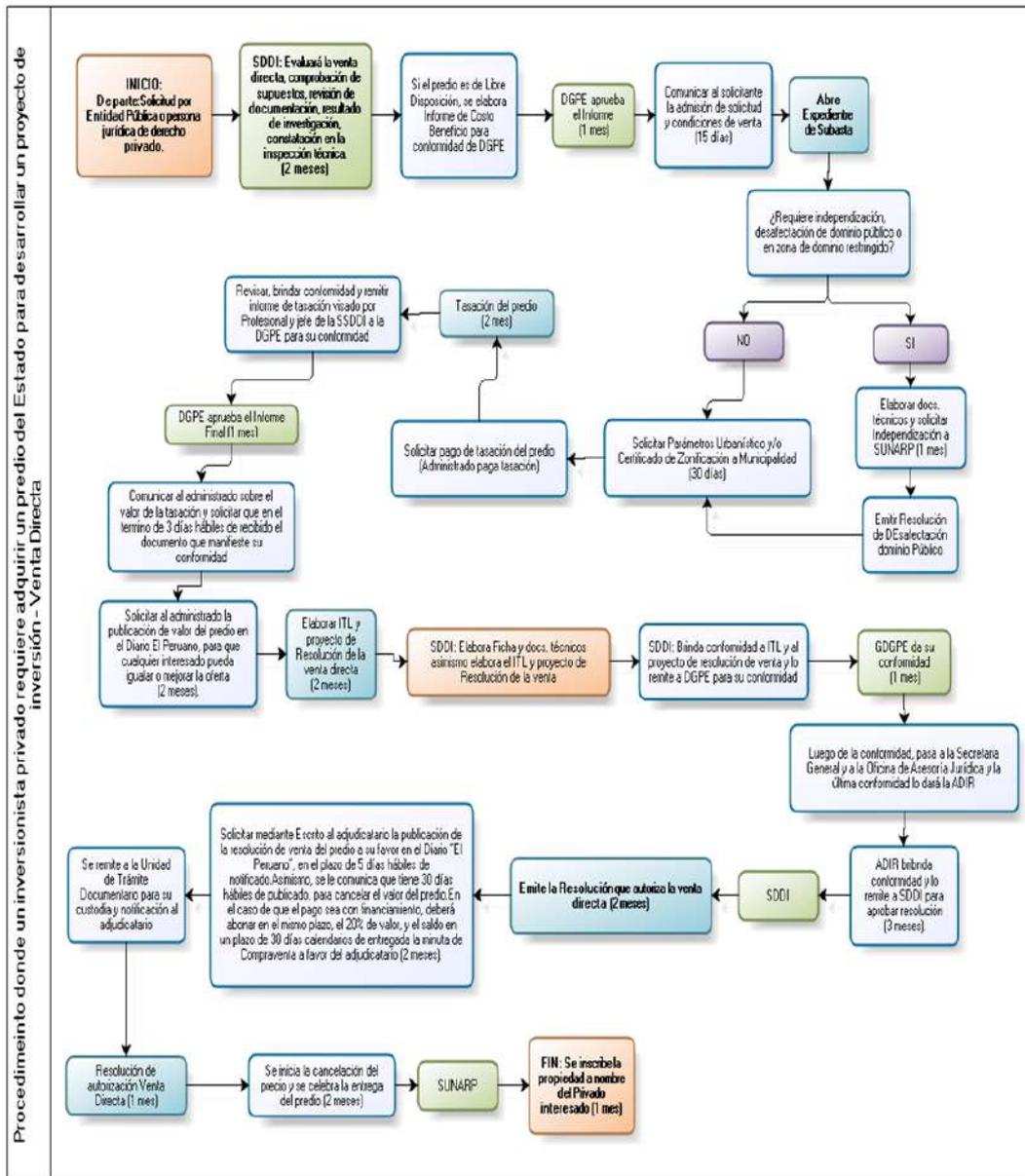
Fuente: Elaboración propia

Procedimiento de Venta por subasta pública/caso real aleatorio (24 meses)



Fuente: Elaboración propia

Procedimiento de Venta directa/caso normado (18 meses) real aleatorio (32 meses)



Fuente: Elaboración propia

vii. Propiedad comunal¹⁷

Casi la mitad del territorio nacional corresponde a comunidades¹⁸ campesinas y nativas, que coincide con parte importante de los territorios donde se realizan grandes proyectos de inversión, además de actividades agrícolas, ganaderas y forestales. Por ejemplo, de acuerdo con la ONG Cooperación, alrededor del 38%

¹⁷ RAVINA SÁNCHEZ, Raúl Fernando, *Entre lo común y lo privado: El derecho de propiedad de las comunidades campesinas, problemática y propuestas*. Lima, Pontificia Universidad Católica, tesis para optar el grado de Magister en Investigación Jurídica, 2021.

¹⁸ INSTITUTO DEL BIEN COMÚN, *El estado de las comunidades indígenas en el Perú – Informe. Tierras comunales: Más que preservar el pasado es asegurar el futuro*. Editorial ISBN, 2016.

del territorio de las comunidades campesinas cuentan con concesiones mineras adjudicadas.

El régimen de propiedad de las comunidades es un régimen especial que busca proteger la titularidad de las comunidades. En ese sentido, el artículo 89° de la Constitución declara a las tierras comunales como imprescriptibles y el artículo 7° de la Ley N° 24656¹⁹ como inembargables e inalienables. En nuestra opinión, dado que a nivel constitucional solo se mantienen la condición de imprescriptibilidad de las tierras comunales, las mayores limitaciones a la integración de las tierras de las comunidades al mercado están establecidas a nivel legal y, por lo tanto, son de menos compleja implementación. En ese sentido, creemos que es razonable que se mantenga la imprescriptibilidad de las tierras comunales²⁰ como un mecanismo de protección frente a la ocupación de terceros y paralelamente flexibilizar los mecanismos para el paso del régimen comunal al de propiedad privada, permitiendo que las comunidades que opten por esta opción puedan implementarlo sin mayores trabas.

El derecho de propiedad comunal debe conjugar la función social y la función económica, en ese sentido, consideramos que deberían evaluarse las siguientes mejoras regulatorias:

- a. Proponemos que se dicte una ley que modifique el marco legal vigente y permita regular de manera diferenciada la disposición de las tierras comunales en razón del su uso actual. En ese sentido, se promovería un tratamiento diferenciado para; i) las tierras que vienen siendo explotadas de manera individual/familiar sean tituladas como propiedad privada, ii) las tierras de pastos y de uso público, se mantendrían en titularidad de la comunidad, y, iii) las tierras de secano, también sean tituladas como propiedades privadas. Para ello, la ley permitiría que sean los estatutos de las comunidades los que regulen los casos en que esto procedería y la forma en que se aprobaría, dejando a la ley el establecimiento de quóruns y mayorías máximas que reconozcan un nivel de protección mayor para las tierras de pastos y de uso público.
- b. Excepcionalmente, proponemos que la ley establezca límites bajos al quórum y a las mayorías máximas para aquellos casos en que la disposición se realiza en favor de los miembros de la comunidad, respecto a los predios que vienen conduciendo de manera exclusiva y permanente, esto con la intención de lograr cierto equilibrio entre el grupo y los comuneros que lo conforman.

¹⁹ Ley General de Comunidades Campesinas, promulgada durante la vigencia de la constitución de 1993. En tanto la Constitución de 1993 no mantuvo el carácter inalienable e inembargable de las tierras comunales, somos de la opinión que las limitaciones de la Ley N° 24656 han sido derogadas.

²⁰ Condición que comparten con los bienes estatales.

- c. Reconocer el derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras que históricamente han ocupado, más allá de contar con títulos de propiedad que acrediten su derecho.
- d. Consideramos conveniente que se realice una modificación legal que otorgue expresamente a las asambleas de delegados la facultad de disponer de terrenos comunales, siempre que así lo prevea el estatuto de la comunidad.
- e. Proponemos regular específicamente, el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales que tradicionalmente han venido disfrutando y establecer mecanismos efectivos para otorgarles seguridad jurídica.
- f. Proponemos que una entidad centralizada se encargue de la formalización de la propiedad de comunidades campesinas. Los programas masivos de formalización/titulación son procesos que requieren de recursos y conocimientos técnicos especializados, que no necesariamente se encuentran distribuidos de manera proporcional a nivel nacional. Además, se trata de una tarea que tiene carácter temporal, al menos en su etapa masiva y que, por lo tanto, no se justifica una competencia permanente de los gobiernos regionales.
- g. A nuestro entender, no basta con que, como sucede actualmente, el gobierno central asuma una función rectora de la formalización de la propiedad a cargo de los gobiernos regionales, pues este modelo no ha mostrado funcionar adecuadamente.
- h. Proponemos fortalecer los mecanismos destinados a garantizar los derechos de las comunidades, como el deslinde y titulación y procedimientos eficaces para la resolución de conflictos sobre sus tierras, pues constituyen instrumentos necesarios para garantizar estos derechos.
- i. Debería reconocerse expresamente la posibilidad que un caserío o anexo comunal se independice de una comunidad y que la mayoría calificada que se exige sea menor a la requerida para actos de disposición en favor de personas ajenas a la comunidad.
- j. Se debe realizar un proceso especial para la georreferenciación de las tierras de las comunidades campesinas ya tituladas. Para ello, deberá generarse un marco legal especial para resolver los problemas de superposición que la falta de georreferenciación ha generado.
- k. Establecer a nivel administrativo y normativo criterios claros para dilucidar disputas de límites respecto a predios comunales y capacitar al Poder Judicial en esta temática especial.
- l. Hacer efectivo el uso de la conciliación y el arbitraje, como mecanismos alternativos de la Ley de Deslinde y Titulación de Comunidades

Campeñas, para que se resuelvan las disputas en relación con los linderos comunales.

- m. Regular un procedimiento judicial especial, para resolver los problemas de deslinde de las comunidades, con plazos recortados y jueces especializados.

Establecer lineamientos respecto a qué tipo de título es el adecuado para alegar un derecho de propiedad que pueda oponerse a la pretensión de una comunidad campesina, por ser anterior a 1920.

III. Debate electoral y derecho de propiedad

En el momento de escribir este artículo están por definirse los resultados de las elecciones presidenciales para el periodo 2021-2026, que en segunda vuelta enfrentan al señor Pedro Castillo Terrones, candidato del partido político Perú Libre y a la señora Keiko Fujimori Higushi.

El debate electoral en la segunda vuelta ha estado marcado por los cuestionamientos al modelo económico establecido en la Constitución de 1993 y por el planteamiento de una reforma integral de la constitución a través de una asamblea constituyente. En ese sentido, ha sido el candidato Pedro Castillo quien se ha mostrado más crítico del sistema económico vigente que tiene al sistema de derechos de propiedad que hemos descrito como una de sus piedras angulares.

No es del todo claro que medidas específicas podrían ser tomadas en materia de derechos de propiedad en caso se decida implementar un cambio significativo del régimen actual vigente, sin embargo, podemos comentar algunos aspectos sobre los que se podrían considerar cambios de importancia.

En primer lugar, creemos que es importante que se mantenga la existencia de los tres regímenes de derechos de propiedad pues cada uno de ellos regula bienes sujetos a situaciones distintas. En ese sentido, es un error creer que el régimen de propiedad privada es superior a la propiedad comunal o estatal, así como es un error que la propiedad comunal o la propiedad estatal son siempre mejores instrumentos que la propiedad privada. Cada sistema responde a necesidades y objetivos distintos y deberíamos mantener ese abanico de alternativas en nuestra sociedad.

En segundo lugar, nuestra Constitución actual fortaleció la protección de los derechos de propiedad declarándolos inviolables, salvo en casos de seguridad nacional y necesidad pública, en que, con autorización de ley y previo pago de una indemnización justa, se puede expropiar un bien particular. Este tratamiento es la piedra angular de la protección de la propiedad privada frente a potenciales abusos del Estado que, hasta antes de su implementación, admitía que el Poder Ejecutivo afecte la propiedad privada en mayor cantidad de casos (utilidad pública), sin necesitar la autorización del congreso ni compensar económicamente a los afectados.

En tercer lugar, nuestra constitución hace referencia a la figura del abandono de tierras agrarias de propiedad privada y comunal como causal de pérdida del derecho de propiedad en favor del Estado. Si bien este es un mecanismo de despojo del derecho de propiedad adicional a la expropiación, hay que indicar que en la práctica este no viene operando por falta de regulación. En nuestra opinión, este mecanismo de afectación al derecho de propiedad es un rezago de épocas anteriores en que privar del derecho de propiedad a los ciudadanos sin compensarlos, era una práctica aceptada. Por lo tanto, la reimplementación de este mecanismo podría generar un debilitamiento de los derechos de propiedad en el Perú.

Finalmente, en materia de propiedad comunal nuestra constitución ha restringido sus limitaciones a la imprescriptibilidad de sus tierras, dejando a la ley el mantenimiento de las condiciones de inalienabilidad e inembargabilidad que aún se mantienen vigentes. En ese sentido, es posible que se plantee un endurecimiento de estas limitaciones so pretexto de brindar mayor protección a las comunidades, pero sin tener en cuenta que estas restricciones implican limitaciones a su desarrollo económico. En nuestra opinión, si bien puede justificarse algún nivel de protección de las comunidades, es preferible que estas puedan decidir cuándo acogerse a esta protección y cuando optar por integrarse al mercado, en ese sentido, la regulación no debe ser tan rígida y debe permitir que las comunidades tomen sus propias decisiones.

IV. Conclusión

Como adelantamos en la introducción de este artículo, en el Perú, es necesario enfrentar la falta de una visión integral de los derechos de propiedad e implementar mejoras a nivel normativo e institucional que permitan facilitar nuestro desarrollo de cara al bicentenario. No obstante ello, este proceso requiere un manejo técnico del tema y que no se promuevan cambios que terminen debilitando la protección de los derechos de propiedad en el país.

Dos Siglos Sin Ti: La falta de un verdadero catastro en el Perú y sus consecuencias

Rodrigo Zaldívar Del Águila*

Valeria Duffóo Sánchez**

Resumen. - Poco se habla sobre la falta de un - verdadero - catastro predial en el Perú, aunque mucho se habla sobre la gran cantidad de problemas que tiene el país en parte causado por su ausencia: retrasos en proyectos de infraestructura, superposiciones registrales, falta de planeamiento territorial, baja recaudación tributaria municipal, entre otros. Este artículo pretende poner de relieve la situación catastral del país, a dos centenas de su independencia, y ofrecer recomendaciones para poder contar con un verdadero catastro de predios.

Abstract. - Not much is talked about the lack of a - real - land cadastre in Peru, although much is said about the problems caused by its absence: delays in infrastructure projects, registry file overlaps, lack of territorial planning, low municipal tax collection, among others. This article intends to portray the country's cadastral situation, two centuries from its independence, and offer recommendations in order to be able to count with a real land cadastre.

Palabras claves. - *Catastro* - Gestión de Predios - Propiedad Predial - Infraestructura - Registro de Predios - Gestión Pública.

Keywords. - *Cadastre* - Land Management - Real Property - Infrastructure - Land Registry - Public Administration.

* Magister en Derecho por la Universidad de Columbia (LL.M.). Abogado con mención Summa Cum Laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios en London School of Economics y la Universidad Carlos III de Madrid. Becario por la International Bar Association y profesor adjunto en la PUCP.

** Candidata al Máster en Políticas Públicas de la Universidad Nacional of Singapur. Abogada con mención Magna Cum Laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Consultora de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Becaria por Baden-Wurtemberg:Baden-Württemberg-Stipendium en Alemania y profesora adjunta en la Universidad de Piura y la PUCP.

I. Introducción

En octubre del año 2018, el Estado Peruano entregó la totalidad de terrenos (280 hectáreas) necesarios para realizar la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. A pesar de obligarse a entregarlos en el plazo de 1 año, el Estado demoró 18 años¹.

De acuerdo con la exposición de motivos del Decreto de Urgencia No. 018-2019, la causa más frecuente del retraso en proyectos de inversión está relacionada con la demora en la entrega de terrenos, incluyendo liberación de cargas, descoordinaciones con la zonificación y en general, con poder entregar al concesionario un título habilitante para poder iniciar las obras². Este retraso se traduce en una serie de laudos arbitrales en contra del Estado en arbitrajes ante el CIADI, donde se le ordena pagar una compensación al inversionista por dicho retraso, compensación que es pagada últimamente por todos los contribuyentes.

Lo anterior es un ejemplo notorio que demuestra cómo el Estado no ha sido capaz de contar con un método que le permita gestionar predios rápidamente. Ello se debe a que no cuenta con un sistema que le permita identificar los predios – y a sus propietarios – dentro del territorio nacional de manera eficiente, lo cual tiene un impacto en diversas actividades y situaciones.

Evidentemente, no se trata de una tarea de fácil solución. Cinco presidentes estuvieron al mando del país durante la demora en la entrega de terrenos para la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y ninguno pudo implementar medidas efectivas para acelerar la entrega³. En realidad, no existe una fórmula o método mágico que permita al Estado entregar terrenos rápidamente. La solución a estos problemas, y a muchos otros, reside en contar con un instrumento de gestión territorial adecuado – con un catastro.

A pesar de que existe una Ley de Catastro en el país, y un Sistema Nacional de Catastro Predial, no existe realmente un catastro a nivel nacional. Lo que hay son varios catastros, gestionados por diferentes entidades, que cumplen funciones diferentes. A la fecha, sólo cinco municipalidades cuentan con un catastro que cumpla con las actuales normas catastrales. Ello no permite al Estado contar con un instrumento capaz de identificar claramente los predios en su territorio, generando una serie de problemas de todo tipo, no limitándose a retrasos de proyectos de inversión.

¹ Redacción Gestión. “Luego de 18 años y cuatro presidentes, el Ejecutivo entrega terrenos para ampliar el Jorge Chávez”. Diario Gestión. Lima, 2018. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://gestion.pe/economia/luego-18-anos-cuatro-presidentes-ejecutivo-entrega-terrenos-ampliar-jorge-chavez-248027-noticia/>

² Exposición de motivos del Decreto de Urgencia 018-2019, pp. 34. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2019/Noviembre/28/EXP-DU-018-2019.pdf>

³ Aunque el quinto presidente, Martín Vizcarra, estuvo en el cargo tan solo 7 meses al momento de realizar la entrega de terrenos.

El 28 de julio de este año el Perú celebra el bicentenario de su independencia y como parte de este acontecimiento, es importante poner de relieve los problemas que aún aquejan al país y plantear soluciones al respecto, de modo que se pueda intentar tener un país – y un Estado – moderno y eficiente. Contar con un verdadero catastro resulta indispensable para este fin.

II. Concepto de Catastro

Antes de abordar la discusión sobre el catastro en el Perú, es conveniente establecer qué se entiende por el concepto de catastro. La palabra ‘catastro’ viene del griego ‘κατὰστίχον’ que significa “registro” o “lista”, tratándose pues de un “control administrativo en el que se registraba la riqueza de un territorio en general”⁴. Si bien de la definición no consta que se tratara de la riqueza relativa a la propiedad predial exclusivamente, debido a la importancia de mantener un registro de la tierra en comparación a otros bienes comprendidos en el patrimonio total de un estado, ya sea por razones impositivas o de soberanía, se entiende que se trataba de un registro referido a la tierra, y es así como se interpreta hasta el día de hoy⁵.

En la actualidad, la Real Academia Española (RAE) define el catastro como un “censo y padrón estadístico de las fincas rústicas y urbanas”⁶, aproximándose más a una definición que engloba la riqueza predial y basado en la estadística, yendo más allá de una simple lista o registro. A nivel normativo en Perú, en el Reglamento de la Ley No. 28294 se define al catastro como “(...) el inventario físico de todos los predios que conforman el territorio nacional, incluyendo sus características físicas, económicas, usos, infraestructura, equipamiento y derechos inscritos o no”⁷.

Una definición más completa y holística la podemos encontrar en la Edición 9a de la revista "Land", donde se define al sistema catastral como:

“El núcleo de las funciones de administración de la tierra, incluyendo la administración y gestión de la tenencia de la tierra, su valor, su uso y desarrollo. Se trata del motor de cualquier sistema de administración de tierras, que apuntala la capacidad del país de brindar desarrollo sostenible. Los sistemas catastrales producen información catastral, requerida para hacer e implementar diferentes decisiones sobre la tierra, encapsulan la ubicación de las parcelas, definen linderos y proporcionan el tamaño de las parcelas. Todo ello es pieza fundamental de información para los

⁴ NEIRA REIMER, José Antonio. “Problemática del Impuesto Predial desde la Perspectiva del Catastro en el Perú” En: Gestión Descentralizada. Lima, 2011, pp. D2. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/520637E37796ADC8052579B50063A1DF/\\$FILE/tribmuni_11_01.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/520637E37796ADC8052579B50063A1DF/$FILE/tribmuni_11_01.pdf)

⁵ *Idem.*

⁶ Definición establecida por la Real Academia Española. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://dle.rae.es/catastro>

⁷ Artículo 3e) del Decreto Supremo 005-2006-JUS

procedimientos de asignación de tierras, valuación de las propiedades y reducción de los conflictos y litigios relacionados con la tierra"⁸.

En sencillo, el catastro es un inventario de los predios que existen en el país. Permite a quien accede al mismo, un detalle sobre las características del predio en cuestión. Asimismo, con el avance de la tecnología, el catastro pasó de ser un simple registro o lista de riqueza territorial a ser una figura que más se aproxima a una cartografía digital detallada, que forma parte de un sistema de gestión administrativa.

Es importante recalcar el carácter administrativo del catastro. El catastro surge como una herramienta a disposición de la administración estatal para cuantificar la riqueza inmobiliaria de un territorio con la finalidad de facilitar la recaudación tributaria⁹. Esto es lo que se le denomina el catastro administrativo, cuya función es principalmente fiscal. Desde civilizaciones atrás, los Estados recaudan dinero del público mediante tributos a las propiedades. Para asegurar una recaudación más efectiva, es necesario contar con un catastro de modo que se pueda cuantificar la obligación tributaria en función al área y ubicación de los predios.

Distinto es el catastro visto desde su función jurídica, cuya finalidad no es asegurar una recaudación más efectiva, sino publicitar los derechos que las personas tienen sobre los predios. Con el paso del tiempo y con la sofisticación del derecho civil y el intercambio de bienes entre particulares, las administraciones estatales expandieron las funciones del catastro, transformándolo en un registro de inmuebles, una herramienta para otorgar mayor seguridad al tráfico inmobiliario¹⁰. Es así como surgen los registros de predios en todo el mundo y que, en el caso de Perú, es manejado por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP).

Así, cuando uno habla de "catastro" hoy en día, se refiere al catastro en su función administrativa o de gestión (no únicamente fiscal, sino también social, ambiental o cualquier materia que pueda ayudar al estado a planificar su territorio). Por otro lado, cuando uno quiere hablar del catastro en su función jurídica, se refiere al "registro de predios".

Si bien el catastro y el registro de predios cumplen funciones con relación a predios, se ocupan de ámbitos distintos. La abogada y ex Superintendente de SUNARP Angélica Portilla esboza la diferencia principal de la siguiente manera:

⁸ Traducción libre de Chekole, Solomon D.; de Vries, Walter T.; Shibeshi, Gebeyehu B. 2020. "An Evaluation Framework for Urban Cadastral System Policy in Ethiopia". *Land* 9, no. 2: 60. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://doi.org/10.3390/land9020060>

⁹ NEIRA REIMER, José Antonio. "Problemática del Impuesto Predial desde la Perspectiva del Catastro en el Perú". Gestión Descentralizada. Lima, 2011, pp. D2. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/520637E37796ADC8052579B50063A1DF/\\$FILE/tribmuni_11_01.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/520637E37796ADC8052579B50063A1DF/$FILE/tribmuni_11_01.pdf)

¹⁰ *Idem*.

“El Registro (de Predios) tiene como finalidad esencial garantizar la protección de los derechos reales inscritos y, por ende, brindar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario. Por su parte, el Catastro nació para suministrar al Estado información relevante sobre la localización geográfica de los inmuebles y sus características que permitiera, en muchos casos, la recaudación eficaz de los tributos inmobiliarios”¹¹.

Por tanto, no se deben confundir ambas instituciones. Si una persona adquiere un predio y desea inscribir su compra, lo va a hacer en el registro de predios, que otorga publicidad registral y es el único registro capaz de otorgar seguridad jurídica a dicha adquisición. La inscripción en algún catastro que tenga una indicación del titular catastral no provee seguridad jurídica.

La relación catastro-registro de predios no es uniforme en el mundo. Algunos países integran el catastro y el registro de predios bajo una sola entidad, mientras otros los mantienen como entidades separadas, con distintos grados de interconexión. En las siguientes secciones se tratará en mayor detalle la relación catastro-registro en el Perú.

III. Recuento histórico

Antes de realizar un recuento histórico, debemos aclarar que la historia del catastro en el Perú es compleja y particular, pues no podemos hablar de un catastro en singular, ya que no existe un solo catastro, sino varios que cumplen distintas funciones para las entidades que lo manejan. Esta pluralidad de competencias en materia catastral surgió a raíz de iniciativas y necesidades específicas de los distintos sectores económicos del país (ej. minería y agricultura), dificultando la creación de un catastro nacional, uniforme y multifuncional¹². Es por ello que este recuento histórico va a estar segmentado por tipo de catastro hasta llegar a la Ley 28294.

El catastro, al ser un inventario de la riqueza predial dentro de un territorio, cumplía una función de índole fiscal. Así, desde la época de los antiguos imperios, tanto nobles como plebeyos que eran dueños de tierras, debían de cumplir con pagar tributos al Estado, y este se medía en función a la riqueza (o patrimonio) que cada uno poseía.

Perú no fue la excepción. La existencia de un catastro en el país (posterior a la Independencia de España) se puede remontar hasta el año 1856, cuando las municipalidades de aquel entonces comienzan a recopilar datos para la formación de sus catastros. Casi un siglo después se le otorgó el manejo de la Planoteca Nacional al Departamento de Catastro Nacional de la Superintendencia General

¹¹ PORTILLO FLORES, Angélica María. *“El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión”*, Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 52.

¹² *Ibid.*, pp. 161.

de Contribuciones. La Planoteca Nacional era el conjunto de planos públicos del país, e incluía tanto los predios rústicos como los urbanos¹³.

i. Catastro rural (o de posesiones informales en zonas rurales)

Los inicios de un catastro de alcance nacional (aunque sectorial) se dan en el ámbito rural como parte de los esfuerzos de la Reforma Agraria. De acuerdo con la Primera Disposición Transitoria Decreto Ley 17716 de fecha 24 de junio de 1969, comúnmente conocido como la Ley de Reforma Agraria, se estableció que la Dirección de Catastro formará parte de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural.

La Dirección de Catastro elaboró el catastro de tierras agrícolas, que sirvió para planificar la expropiación y colectivización de parcelas agrícolas a favor de los trabajadores agrícolas. Este catastro cumplió su función administrativa, pues logró centralizar las políticas agrarias y otorgarles a los beneficiarios de las expropiaciones un “título catastral” sobre la tierra que poseían.

Cabe recalcar que dicho catastro rural no era un catastro jurídico. El Registro de Predios era en ese entonces, y lo sigue siendo hoy en día, aquel registro que podía dar fe y seguridad jurídica a las transferencias de propiedad predial otorgando publicidad, presunción de validez y oponibilidad frente a terceros. Si bien aquel título catastral (o la resolución que ordena la expropiación a favor del poseedor) podía ser usado como prueba de propiedad, al no estar inscrita en el Registro de Predios, la titularidad no estaba protegida por la publicidad que otorga el mismo. A pesar de ello, muchos de los beneficiarios de las expropiaciones no inscribieron su título en el Registro de Predios. Por tanto, quedó pendiente la “formalización” de dichas propiedades, entendiéndose formalizada una propiedad cuando además de haberla adquirido civilmente, es inscrita en el registro correspondiente.

Por ello, en 1992, mediante Decreto Ley No. 25902 se creó el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT). El PETT se encargaba de gestionar el catastro rural, y llevar a cabo el saneamiento físico-legal de tierras rústicas, eriazas y de los territorios de comunidades campesinas, con el objetivo de inscribir las titularidades respectivas en el Registro de Predios. En el año 2007, mediante Decreto Supremo 005-2007-VIVIENDA, el PETT fue absorbido por el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), quien pasó a gestionar el catastro rural.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo 018-2014-VIVIENDA el catastro rural fue transferido al Ministerio de Agricultura (Minagri), transferencia que fue completada el 2016. En este último caso se especifica que el Minagri será el ente

¹³ PAREDES LOPES, Nilton y ERBA, Diego Alfonso. “El Catastro Territorial en la República del Perú” En: *“El Catastro Territorial en América Latina y el Caribe”*, Lincoln Institute of Land and Policy, Cambridge, MA, 2008. pp. 320. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://www.lincolnst.edu/sites/default/files/pubfiles/el-catastro-territorial-america-latina-full.pdf>

rector del catastro rural, es decir, no va a generar un catastro, sino a gestionarlo. Son los Gobiernos Regionales los que, de acuerdo con el inciso n) del artículo 51 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, se encargan del saneamiento físico-legal de la propiedad agraria. El Decreto Supremo 018-2014 antes aludido expresa que los Gobiernos Regionales emitirán los planos necesarios para formalizar la propiedad rural.

En marzo de 2021 fue promulgada la Ley 31145, con el objetivo de estandarizar en una sola norma el marco legal para la formalización de predios rurales y el saneamiento físico-legal de los mismos por parte de los Gobiernos Regionales, manteniendo al Minagri como ente rector. Si bien aún está pendiente la reglamentación de dicha ley¹⁴, la misma constituye un esfuerzo de simplificación normativa que se debe de resaltar, pues consolida en una norma los diferentes procedimientos a cargo de los Gobiernos Regionales en relación a la materia y derogando las diferentes normas que se promulgaron a lo largo de los años, como parte del proceso de transferencia de dichas funciones a aquellos.

Por lo tanto, quienes generan el catastro rural, el cual tiene el fin de formalizar tierras agrícolas, son los Gobiernos Regionales. A su vez, el Minagri sirve de ente rector de este catastro rural, de modo que guía y emite directivas que los Gobiernos Regionales deben seguir.

ii. Catastro urbano (o de posesiones informales en zonas urbanas)

El catastro de áreas urbanas en proceso de formalización, también llamado Catastro Urbano Nacional¹⁵, se encuentra a cargo de COFOPRI. Esta institución fue creada en 1996 mediante Decreto Legislativo No. 803 con el fin de formalizar las posesiones informales (asentamientos humanos, urbanizaciones populares, etc.) que se encuentran en propiedad estatal.

Para ello, desde aquella época hasta el presente, COFOPRI administra un catastro de posesiones informales ya que, como parte de su procedimiento de formalización, realiza un saneamiento técnico-legal del área a formalizar. Dicho catastro es indispensable para su labor formalizadora y versa sobre las posesiones en proceso de formalizar que se encuentran en propiedad estatal.

iii. Catastro municipal

El catastro de los demás predios, que no son parte de posesiones informales, y que por tanto no recaen dentro de las competencias de COFOPRI (en posesiones urbanas) o de los Gobiernos Regionales y el MINAGRI (en posesiones rurales), son gestionados por las municipalidades de acuerdo con la Ley Orgánica de Municipalidades.

De acuerdo con el artículo 79.3.3. de la Ley 27972, actual Ley Orgánica de Municipalidades, los gobiernos locales son los encargados de gestionar un catastro

¹⁴ A la fecha de remisión de este artículo.

¹⁵ De acuerdo con el Decreto Legislativo 1365.

para su territorio¹⁶. Esto último implica que debería existir un catastro predial en cada uno de los 1,678 distritos y 196 provincias¹⁷. Sin embargo, hasta el año 2017, un 55.2% de las municipalidades cuenta con algún tipo de catastro y de esos, solo el 20.2% (11.15% del total) ha realizado una actualización del mismo¹⁸.

Con relación a Lima Metropolitana, en 1989 se creó el Instituto Catastral de Lima (ICL), encargado de “brindar servicios catastrales y de cartografía a la (Municipalidad), administrando y manteniendo la base catastral del Cercado de Lima”¹⁹. Este fue un ambicioso plan donde se procuró usar la tecnología de aquel entonces para graficar el catastro del Cercado de Lima. Hoy en día el ICL es un organismo público descentralizado de la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) que ofrece servicios de levantamiento, actualización y mantenimiento del catastro en Lima Metropolitana y a nivel nacional²⁰, siendo un organismo de gestión y apoyo a los gobiernos locales, principalmente a la MML.

iv. SUNARP - Base Gráfica Registral

Los registros de predios fueron concebidos como registros alfanuméricos, es decir, ubicaban e identificaban a los predios con letras y números. Por tanto, cada predio contaba únicamente con una indicación literal de su ubicación que se inscribe como su dirección registral (calle, número, interior, colindantes, etc.). Al no contar con datos gráficos para identificar al predio, la identificación no era del todo exacta, especialmente en áreas rurales donde la extensión de los predios suele ser mayor, menos geométrica y se cuenta con menos elementos que permitan identificar los límites de la propiedad.

Los primeros esfuerzos para introducir cartografía en el registro de predios se dan en el año 1989. Mediante Decreto Supremo 02-89-JUS, se determina que, para toda inscripción de primera de dominio o subdivisión de predios urbanos, que estén ubicadas en zonas catastradas o en proceso de levantamiento catastral (es decir, donde alguna entidad, sea municipal u otra, haya o esté levantando un catastro);

¹⁶ Las Municipalidades Distritales realizan el catastro sobre el área de su jurisdicción, mientras las Municipalidades Provinciales lo hacen en el área que tienen competencia exclusiva (ej. la Municipalidad Metropolitana de Lima (considerada municipalidad provincial) maneja el catastro del Cercado de Lima, pero no de los distritos de la capital, pues estos cuentan con sus propios municipios distritales).

¹⁷ INEI, Registro Nacional de Municipalidades. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/municipalidades-del-pais-brindaran-informacion-autodiligenciada-para-actualizar-el-registro-nacional-de-municipalidades-2020-12179/#:~:text=El%20Instituto%20Nacional%20de%20Estad%C3%ADstica,mil%20740%20municipalidades%20de%20centros>

¹⁸ Instituto Peruano de Economía. “El Catastrófico Catastro Peruano”. Informe de El Comercio – IPE. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://www.ipe.org.pe/portal/el-catastrofico-catastro-peruano/>

¹⁹ PAREDES LOPES, Nilton y ERBA, Diego Alfonso. “El Catastro Territorial en la República del Perú” En: “El Catastro Territorial en América Latina y el Caribe”, Lincoln Institute of Land and Policy, Cambridge, MA, 2008. pp. 324. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/el-catastro-territorial-america-latina-full.pdf>

²⁰ Instituto Catastral de Lima. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <http://www.icl.gob.pe/quienes-somos/servicios-que-brinda>

se deberá presentar copia del plano catastral y del código catastral. Esto sirvió para identificar mejor las nuevas inscripciones de predios en aquellas zonas, sin embargo, su alcance fue limitado pues la mayoría de las zonas del país no contaba con un catastro.

Es con el Reglamento de Inscripción del Registro de Predios del año 2003, que se establece la obligatoriedad de contar con **informes de la misma área de catastro de SUNARP** para inscribir actos que impliquen la modificación del predio inscrito o para inmatricular un predio (es decir, para incorporar por primera vez un predio al registro).

Esta “área de catastro” es un área interna de las oficinas de SUNARP, que desarrollan la Base Gráfica Registral. Esta es a su vez un “sistema de información estructurada para el almacenamiento, análisis y gestión de diversa información gráfica georreferenciada y alfanumérica que tiene como objetivo central identificar de manera unívoca la ubicación georreferenciada de cada predio inscrito”²¹.

El objetivo, por tanto, es plasmar en esta base gráfica, la información alfanumérica o literal del Registro de Predios. Para ello, el área de catastro de SUNARP utiliza planos y cartografías de diversas instituciones, como COFOPRI. Ello implica que la oficina de catastro de SUNARP no realiza un levantamiento catastral ellos mismos, por lo que se le ha criticado el autodenominarse “área de catastro”²².

Por otro lado, la misma SUNARP aprobó la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 063-2020-SUNARP-SN el 29 de mayo de 2020 mediante la cual se aprobó el *Convenio de Adhesión de Colaboración Interinstitucional para el acceso de las entidades del Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales a la información contenida en la Base Gráfica Registral* a través del cual se precisó que la **Sunarp no es una entidad generadora de catastro**, y que la información contenida en la base gráfica registral está referida a la información reconstruida a partir de los datos gráficos y alfanuméricos que obran en los títulos archivados de los predios inscritos en el Registro de Predios; por lo que tiene una naturaleza netamente referencial.

v. **Catastro minero, de áreas naturales protegidas y otros denominados catastros**

El Catastro Minero tiene sus orígenes en 1950, cuando se promulga, mediante Decreto Ley No. 11357, el Código de Minería. Este cuerpo normativo crea a su vez, el Registro de Concesiones y Derechos Mineros el cual atribuye un “carácter imperativo a la inscripción de las concesiones y de los actos y contratos permitidos por ley”²³. Posteriormente, se cambia su denominación a Registro Público de Minería, el cual contaba con una Dirección General de Catastro y era manejado por

²¹ PORTILLO FLORES, Angélica María “El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión”, Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 76.

²² *Ibid.*, pp. 87.

²³ MORALES DASSO, José Miguel y MORANTE BRIGNETI, África. “Acertos y Debilidades de la Legislación Minera Actual”. En: Revista de Derecho Administrativo No. 8, 2009, pp. 138.

el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC). Hoy en día, el Catastro Minero es gestionado por el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), tras haber absorbido al INACC, y está adscrito al Ministerio de Energía y Minas.

La principal función del Catastro Minero es asegurar que no exista superposición de petitorios o derechos mineros, es decir, que más de una empresa concesionaria no cuente con la titularidad para explorar o explotar derechos mineros sobre la misma área. Es un mecanismo de ordenamiento de la actividad minera, y permite al Ministerio de Energía y Minas, saber qué petitorios mineros existen, quién los maneja y donde están ubicados.

El Catastro Oficial de Áreas Naturales Protegidas es gestionado por el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP), adscrito al Ministerio del Ambiente. Este catastro tiene su origen en la Ley No. 26834 y su objetivo es llevar el registro de las áreas naturales protegidas que existen en el país, de modo que se pueda facilitar su vigilancia y protección.

Como se puede ver, estos denominados catastros no versan sobre predios sino sobre otros bienes: concesiones mineras y áreas naturales protegidas. En estricto, se tratan de bases de datos georreferenciadas que surgen, más bien, por la ausencia de un catastro predial, de alcance nacional y multifuncional, que contenga, además del detalle sobre los predios, los derechos mineros y las áreas naturales protegidas del territorio catastrado²⁴.

Esto es importante de recalcar, pues en estas bases gráficas, no se tiene realmente la información sobre las características de los predios que rodean los respectivos derechos mineros o áreas protegidas. Su funcionalidad es estrictamente limitada a su sector, no es una herramienta que permita, por sí sola, gestionar el territorio.

Adicionalmente a los ya mencionados, existen otras entidades que también realizan actividad catastral.

El Instituto Geográfico Nacional (IGN) es un organismo adscrito al Ministerio de Defensa y su función es elaborar y actualizar la Cartografía Básica Oficial del Perú, de acuerdo con la ley de su creación, Ley No. 27292. Proporciona a las entidades públicas y privadas la cartografía que requieran, pero únicamente para fines del desarrollo de la Defensa Nacional²⁵.

Desde la promulgación de la Ley 28294, el IGN participa en los procesos de generación de la cartografía catastral, al ser su red geodésica el marco de referencia de la actividad del ordenamiento catastral. Es decir, establece los requisitos

²⁴ PORTILLO FLORES, Angélica María "El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión", Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 86.

²⁵ Plataforma digital única del Estado Peruano. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://www.gob.pe/4111-instituto-geografico-nacional-que-hacemos>

técnicos que deberán adoptar las demás entidades generadoras de catastro en la elaboración de sus respectivos catastros.

La Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN) es un organismo adscrito al Ministerio de Vivienda y es el ente encargado de supervisar y gestionar los bienes del Estado. Como parte de su labor, se encarga de gestionar el Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales (SINABIP), el cual incluye información catastral sobre los mismos.

Finalmente, el Ministerio de Cultura tiene a su cargo el Sistema de Información Geográfica de Arqueología (SIGDA), el cual contiene un catastro de monumentos arqueológicos prehispánicos a nivel nacional.

vi. Tabla resumen

El entramado institucional de los catastros en el Perú, y las entidades que lo rigen, puede ser resumido en la siguiente tabla:

Institución	Rama de gobierno	Tipo de catastro
Municipalidades	Gobiernos locales	Catastro de predios municipal
Gobiernos Regionales	Gobiernos locales	Catastro de posesiones informales a formalizar (rural)
COFOPRI	Gobierno Central (Ministerio Vivienda)	Catastro de posesiones informales a formalizar (urbano)
Ministerio de Agricultura	Gobierno Central	Catastro de posesiones informales a formalizar (rural) (ente rector)
INGEMMET	Gobierno Central (Ministerio de Energía y Minas)	Catastro de derechos mineros
SERNANP	Gobierno Central (Ministerio del Ambiente)	Catastro de áreas naturales protegidas
SUNARP	Gobierno Central (Ministerio de Justicia)	Base Gráfica Registral del Registro de Predios

IGN	Gobierno Central (Ministerio de Defensa)	Cartografía Básica Oficial del Perú
SBN	Gobierno Central (Ministerio Vivienda)	Catastro de bienes estatales (SINABIP)
Ministerio de Cultura	Gobierno Central	Catastro de monumentos arqueológicos prehispánicos

Elaboración: Propia

vii. Ley de Catastro

Como se ha podido apreciar, la historia del catastro en el Perú no ha sido uniforme ni centralizada. Diversas entidades del Gobierno Central y las más de 1,600 municipalidades distritales y provinciales han estado encargadas de elaborar el catastro para su sector o jurisdicción.

“Estos catastros han actuado como compartimentos estancos sin eficaces relaciones de coordinación y colaboración y, por ende, han manejado distintos estándares, procesos técnicos, sistemas cartográficos e informáticos, lo que ha generado información catastral no uniforme e inconsistente, a nivel nacional”²⁶.

Este desorden catastral motivó al Estado a crear mayores relaciones de coordinación y colaboración entre las entidades, lo cual llevó a la promulgación de la Ley No. 28294 – Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios (LSNC) en el año 2004.

El objetivo de la LSNC, conforme a su artículo 1º, es crear el Sistema Nacional Integrado de Catastro Predial (SNCP) con el objeto de “regular la integración y unificación de los estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro en el país” así como establecer su vinculación con el Registro de Predios administrado por SUNARP. El SNCP cuenta con un Consejo Nacional de Catastro, una Secretaría Técnica y con Comisiones Consultivas.

Como ya se mencionó, la LSNC intentó uniformizar los estándares de producción cartográfica, rigiéndose por los estándares del IGN. Esto permitió que, en adelante, los catastros producidos por las distintas entidades generadoras no utilicen su propia tecnología y estándares, sino se adecúen a las del IGN para de esta manera poder facilitar su integración en un catastro de predios a nivel nacional.

²⁶ PORTILLO FLORES, Angélica María *“El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión”*, Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 62.

La ventaja de lo que se plantea, radica en que el SNCP permite un intercambio de información entre las entidades generadoras del catastro. En consecuencia, el SNCP, al recibir la información, la registra en su **Base de Datos Catastrales (BDC)**, cuya función sería en el tiempo agrupar toda la información catastral existente.

Asimismo, la vinculación entre el SNCP y el Registro de Predios será con el **Código Único Catastral (CUC)**, generado por las municipalidades y será de obligatoria inscripción²⁷ pues se deberá usar el CUC en todos los documentos relativos al predio²⁸.

Sin embargo, hasta la fecha, 17 años después de la publicación de la Ley de Catastro y 15 años después de la publicación de su reglamento, no se ha implementado ni la BDC, ni la vinculación con el Registro de Predios. La intención de crear un catastro de predios multifinalitario se ha quedado en el aire. La norma se encuentra publicada y vigente, pero **no se ha tenido la voluntad política ni administrativa de implementarla**.

A la fecha, el SNCP solamente ha emitido la conformidad de zona catastrada²⁹ a los distritos de Miraflores³⁰, San Isidro³¹ (ambos en 2012), San Jerónimo de Cusco³², Los Olivos³³ (ambos en 2014) y recientemente del Cercado de Lima³⁴ (2020). Por tanto, esas son las únicas municipalidades cuyo catastro ha sido validado y que forman parte del SNCP.

A consecuencia de ello, el Perú llega a su bicentenario sin un verdadero catastro de predios, sino con el mismo entramado institucional que existía antes de la publicación de la Ley de Catastro. Si bien ha habido avances, como la uniformización de estándares y mayor coordinación entre entidades mediante el acceso al SNCP, no se ha logrado, ni se encuentra remotamente cerca, de lograr un verdadero catastro de predios, con información detallada, actualizada y uniforme.

A su vez, la falta de un verdadero catastro de predios genera una amplia variedad de problemas para el país. En el año del bicentenario, es conveniente poner en relieve estos problemas y llamar la atención sobre la importancia de contar con un catastro de predios como herramienta para construir un mejor país.

²⁷ Artículo 21 de la LSNC.

²⁸ Artículo 29 del Reglamento de la LSNC.

²⁹ Existen varios distritos que han declarado su jurisdicción como zona catastrada como el distrito de Picsi, en Lambayeque o de Casa Grande en La Libertad; sin embargo, el SNCP no ha emitido su conformidad con que se trate de zonas catastradas. La Directiva No. 002-2009-SNCP/ST establece el procedimiento para declarar una zona como catastrada, e inicia con la declaración de la entidad generadora de catastro (ej. la municipalidad) y remisión del informe a la Secretaría Técnica, quien validará y emitirá su conformidad.

³⁰ Resolución 01-2012-SNCP-ST.

³¹ Resolución 02-2012-SNCP-ST.

³² Resolución 001-2014-SNCP-ST.

³³ Resolución 002-2014-SNCP-ST.

³⁴ Resolución D000001-2020-COFOPRI-STSNCP.

IV. Dificultad en identificar un predio - el mayor problema en un país sin catastro

En la segunda sección de este artículo se ha procurado delimitar una definición de catastro que lo aborde en sus distintas acepciones. Así, el catastro puede ser definido, poniendo énfasis en su naturaleza o finalidad. Esta última estará mayormente vinculada a la función de administración de bienes, mientras que en el plano legal se discute cuál es -o debería ser- la naturaleza misma del catastro. Según la normativa, el Catastro es “el **inventario físico de todos los predios que conforman el territorio nacional**, incluyendo sus características físicas, económicas, uso, infraestructura, equipamiento y derechos inscritos o no, en el Registro de Predios”³⁵. De modo que, sin perjuicio de las distintas aproximaciones teóricas, el elemento central del catastro es siempre el mismo: la identificación de los predios y sus características.

El concepto “predio” tendrá distintas acepciones dependiendo del marco normativo consultado. Por ejemplo, la doctrina tradicional - aunque no es uniforme- equipara el predio con la parcela del terreno delimitada en su perímetro por los linderos de dicha parcela y la proyección de la misma sobre el sobresuelo y subsuelo³⁶, a pesar de ello lo cierto es que el Código Civil no esboza una definición de “predio”.

Debe recordarse que, en el plano civil, la naturaleza de los predios es estudiada desde el segmento del Derecho de las cosas, que establece una distinción entre bienes “muebles” e “inmuebles”³⁷. Estos últimos son un catálogo cerrado - entre otros- que establece que los bienes inmuebles son “el suelo, el subsuelo y el sobresuelo” (artículo 885 del Código Civil). Por otro lado, aunque la palabra “predio” no se defina, sí se menciona que “la propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho” (artículo 954 del Código Civil), dicho concepto coincide con el primer numeral del catálogo de Bienes Inmuebles.

Se desprende entonces, de la lectura conjunta del artículo 954 con el 885 del Código Civil, que en términos civiles el “predio” es un bien inmueble compuesto por tanto una proyección horizontal y vertical. Aquella horizontal estará delimitada por el mismo perímetro superficial del predio (los linderos y colindancias del predio),

³⁵ Artículo 3 del Reglamento de la Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios - Ley 28294.

³⁶ Lehmann, Heinrich, Tratado de derecho civil. Traducción José Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

³⁷ Bienes inmuebles. Artículo 885 del Código Civil.- Son inmuebles: 1.-El suelo, el subsuelo y el sobresuelo. 2.- El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales. 3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos. 4.- Las naves y embarcaciones. 5.- Los diques y muelles. 7.- Las concesiones para explotar servicios públicos. 8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares. 10.- Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro. 11.- Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.

mientras que en el plano vertical (subsuelo y sobresuelo) estará determinado en función a la utilidad que el propietario le otorgue.

Ahora bien, el Catastro se centra en la realidad física del predio, es decir, en la existencia, ubicación y descripción física del objeto (que en este caso es lo que se asienta bajo y sobre el suelo). Es así que el Catastro proporciona la sustancia física del Predio³⁸. Bajo ese presupuesto en el marco de la normativa catastral, el "predio" es "la superficie delimitada por una **línea poligonal continua y cerrada**; y se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del **perímetro superficial**, excluyéndose del suelo y subsuelo a los recursos naturales, los yacimientos, restos arqueológicos y otros bienes regidos por leyes especiales"³⁹.

La ubicación y realidad física representadas por un polígono se materializa en la Cartografía generada a través de las mediciones técnicas. Es por ello que la función cartográfica es necesaria para el funcionamiento de cualquier catastro, ya que consiste en la creación y mantenimiento de las bases cartográficas en las que se representa la realidad parcelaria. Estas bases pueden tener contenido distinto según los casos, e incluir mayor o menor información, pero siempre incluyen la representación de las parcelas. En atención a ello, el Catastro se encarga de la cartografía a gran escala en la que se representa la división parcelaria⁴⁰

Sin embargo, en Perú la inmatriculación predial y planificación urbana nacieron sin un desarrollo paralelo de cartografía. Por el contrario, nuestro sistema durante muchas décadas se ha basado fundamentalmente en una descripción y ubicación de los predios en forma literal o alfanumérica y no gráfica. Así, por ejemplo, ha formado parte de la descripción alfanumérica consignar el nombre de la calle o lugar de ubicación, la numeración, el nombre de los propietarios colindantes, los accidentes geográficos que rodean el predio, entre otros datos⁴¹.

Los escuetos resultados a los que se ha llegado en términos catastrales son particularmente perniciosos para el desarrollo del país. En particular, pues cualquier acción vinculada al bien - sea su enajenación, modificación, registro, entre otros - necesita como acción primigenia e indispensable que identifiquemos el mismo. Inocuo sería accionar respecto de aquello que no se conoce, sería como realizar una tarea a ciegas. Paradójicamente esto es exactamente lo que sucede al no existir un catastro. Su inexistencia engecece cualquier actividad predial - y subsiguiente económica- vinculada a esta. La aparentemente sencilla tarea de identificar un "predio" (como una casa o un terreno), deja de serlo cuando caemos

³⁸ Chico y Ortiz, José María. "Estudios sobre Derecho Hipotecario". Tomo I, Marcial Pons, Tercera Edición Madrid, 1994, pp. 545.

³⁹ Reglamento de la Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios - Ley N° 28294 -DECRETO SUPREMO N° 005-2006-JUS

⁴⁰ Castanyer, Jorge. "Panorama de los catastros europeos" En: CT Catastro, N° 31, julio 1997, p. 83.

⁴¹ PORTILLO FLORES, Angélica María "El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión", Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 38.

en cuenta de que existen distintos datos técnicos que deben ser considerados para su identificación.

Aún más complejas serán las situaciones que involucran predios con una extensión a gran escala. Por ejemplo, en el caso de la formalización de terrenos, identificación de linderos de comunidades campesinas, identificación de polígonos del área afectada por un proyecto de gran envergadura, la complejidad técnica será mayor.

Lo cierto es que aunque a la fecha el SNCP ha aprobado reciente normativa técnica en materia catastral, y se han establecido manuales de los procesos estandarizados para el levantamiento, mantenimiento y actualización de los predios urbanos y rurales, esto no ha sido suficiente para impulsar la generación del catastro en el Perú. Por lo tanto, identificar un predio sigue siendo una labor más retardadora (por lo ineficiente y costosa) de lo que debería.

V. Problemas específicos de no contar con un verdadero catastro

Ahora bien, el problema de la identificación predial tiene distintas consecuencias. Especialmente en el plano práctico, la inexistencia de un catastro representará un continuo entorpecimiento y afectación de los intereses tanto estatales como privados. Para ponerlo en perspectiva, la identificación predial representa el primer peldaño en común de muchos procedimientos. Y, así como no hay un “segundo escalón” sin un primero que le antecede, de la misma forma todas las situaciones que se exponen a continuación al carecer de un catastro del cual guiarse tienen que “saltarse” el escalón de la identificación predial, con todas las funestas consecuencias que esto trae, y saltar (a veces al vacío). A continuación, vale la pena conocer algunas de dichas situaciones:

i. Dificultad de realizar un planeamiento territorial

En algunas regiones, el desarrollo territorial se ha producido de formas poco organizadas, apareciendo viviendas y construcciones sin el permiso formal de las autoridades⁴². En dicho contexto, en los últimos treinta años se ha dado un cambio progresivo en la visión del Catastro, como una institución que debe cumplir funciones cada vez más amplias y diversas.

Esta visión fue acuñada a partir de la Agenda aprobada en 1992 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, realizada en la ciudad de Río de Janeiro y de la Resolución de la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos – Hábitat II. Ambos documentos dejan clara la importancia de la información territorial confiable como

⁴² Enemark, S., Hvingel, L. T., & Galland, D. “Land administration, planning and human rights”. *Planning Theory*, 13(4), 2014, 331-348. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://doi.org/10.1177/1473095213517882>

apoyo a los procesos de toma de decisiones orientadas a preservar el medio ambiente y a promover el desarrollo sostenible⁴³.

Teniendo esto en cuenta el Catastro se convierte en el punto de partida de un sistema de información territorial al servicio del conjunto de las diversas administraciones públicas; de las actividades privadas de las empresas y de las necesidades de la ciudadanía en general. **El catastro se convierte así en un punto clave para la elaboración de planes de desarrollo, ordenamiento territorial, planeamiento urbano, protección del medio ambiente, formalización de la propiedad informal, ayudas públicas, redes de transporte, hidrografía, minería y cualesquiera otras** actividades públicas o privadas en el que se requiera información territorial a nivel parcelario⁴⁴.

Ahora bien, como se ha venido repitiendo a lo largo de este artículo, el catastro territorial es un inventario público que gestiona la información relativa a las parcelas de tierra. Naturalmente, una de sus más importantes virtudes recaerá en el papel clave que tiene en la planificación urbana en América Latina. Como se ha visto, un catastro multipropósito asociará a las distintas partes comprometidas a generar información extensa, detallada y actualizada sobre una ciudad reuniendo datos alfanuméricos, mapas y recursos humanos y financieros al servicio de una planificación urbana organizada⁴⁵.

En el Perú, en materia de acondicionamiento territorial existen dos instrumentos clave: (i) los Planes de Acondicionamiento Territorial (correspondientes a los ámbitos urbanos y rurales, cuencas o espacios litorales); y (ii) los Planes de Desarrollo Urbano; ambos basados en material cartográfico georreferenciado con coordenadas UTM en el Datum Oficial los cuales – en teoría- deberían nutrirse del Catastro. Es así que, el mismo Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible establece que el levantamiento catastral es el proceso por medio del cual se obtiene información gráfica y alfanumérica georreferenciadas, correspondiente a los predios de una determinada circunscripción territorial. De modo que, los catastros urbano, rural y minero como inventarios técnicos y descriptivos de la propiedad y las actividades económicas, constituyen fuente de información para la **planificación, la gestión urbana y la tributación local, teniendo carácter de insumo para el servicio público.**

Sin embargo, de acuerdo al Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, a través del Registro Nacional de Municipalidades - RENAMU, sólo el 40% de las 195 municipalidades provinciales y el 22% de las 1,639 municipalidades distritales

⁴³ Diego Alfonso Erba y Miguel Águila. "Aplicaciones del Catastro Multifinanciado en la Definición de Políticas de Desarrollo Urbano en Latinoamérica", p. 7, noviembre 2003. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://www.lincolnst.edu/sites/default/files/pubfiles/catastro-multifinanciado-politicas-de-suelo-urbano-full.pdf>

⁴⁴ PORTILLO FLORES, Angélica María "El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión", Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009 pp. 35.

⁴⁵ DIEGO ALFONSO ERBA AND MARIO ANDRÉS PIUME "Making Land Legible Cadastres for Urban Planning and Development in Latin America". Lincoln Institute of Land Policy. Massachusetts, 2018 pp. 52.

cuentan con Planes de Desarrollo Urbano⁴⁶. Aunado a ello, hasta el año 2017, solo un 55.2% de las municipalidades contaba con un catastro y de esos, solo el 20.2% (11.15% del total) había realizado una actualización del mismo⁴⁷.

En ese orden de ideas, en la actualidad al no existir un catastro implementado adecuadamente a nivel nacional, la implementación de la planificación urbana se ve mellada, pues de nuevo es planear a ciegas.

ii. Superposición y/o duplicidad de bases gráficas registrales

El Catastro y el Registro de Predios son instituciones cuyas actividades giran en tomo al ámbito predial. Sin embargo, se diferencian por las finalidades que persiguen, la información territorial que administran, los principios que les rigen, la forma de organizarse, el modo de operar y las técnicas que aplican, entre otros aspectos⁴⁸.

De modo que, mientras que el Registro de Predios tiene como finalidad esencial garantizar la protección de los derechos reales inscritos, el Catastro nació para brindar información relevante sobre la localización geográfica de los predios y sus características.

De manera que se trata de instituciones especializadas, **en la que el Catastro se centra en la ubicación y descripción física del objeto (realidad física) y el Registro de Predios en el sujeto titular y los derechos que ejerce sobre el objeto (realidad jurídica)**⁴⁹.

Sin embargo, la poca confiabilidad de la información física de parte de los archivos del Registro de Predios, debido a la falta o baja calidad de la información gráfica que sustenta las inscripciones (mapas sin georreferenciación, descripciones vagas y texto describiendo en forma genérica los predios) se traduce en la ausencia de soporte catastral para los registros⁵⁰. Ello indefectiblemente se traduce en doble inmatriculaciones o superposiciones entre los predios inscritos, lo cual podría evitarse de existir un catastro.

Como ha señalado el Tribunal Registral de Trujillo, "(...) nuestro sistema registral de predios tiene debilidades generadas principalmente por la carencia de un catastro, que impide de manera efectiva correlacionar la realidad objetiva con la realidad jurídico-registral (...)”⁵¹. Dichos problemas son de larga data, tomando en

⁴⁶ Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible DECRETO SUPREMO N° 022-2016-VIVIENDA.

⁴⁷ Instituto Peruano de Economía, "El Catastrófico Catastro Peruano". Informe de El Comercio – IPE. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://www.ipe.org.pe/portal/el-catastrofico-catastro-peruano/>

⁴⁸ PORTILLO FLORES, Angélica María "El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión", Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 53.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Resolución 089-2094-SUNARP-TR-T del 19 de mayo de 2004.

cuenta que las primeras inscripciones de bienes inmuebles datan aproximadamente desde 1889 y que carecen de planos (de los existentes, algunos no cuentan con las condiciones técnicas necesarias y otros estarían deteriorados por el transcurso del tiempo o uso). Ello ha generado diversos casos de duplicidad de partidas registrales y/o superposiciones totales, parciales, reales, físicas⁵².

Y es que, las debilidades de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble y la falta de un catastro de bienes raíces que re-úna toda la información física relativa a cada predio inscrito, traen como consecuencia directa la inseguridad jurídica no solo de los propietarios, sino además, de los terceros que desean contratar con estos (persona natural o personas jurídicas)⁵³.

Es así que, cualquier persona diligente - natural o jurídica- antes de adquirir un predio, tendría que descifrar si sobre el mismo existen o no superposiciones. Para tal fin dicha persona tendría como aliado a un instrumento de publicidad registral denominado "Certificado de Búsqueda Catastral" (CBC). Dichos instrumentos son de particular importancia para la identificación de los predios afectados, ya que son expedidos por la SUNARP y según el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral son una forma de publicidad formal certificada denominada como "compendiosa", la cual es expedida por el Registrador o abogado certificador, previo informe técnico del área de catastro de la SUNARP. Así, en líneas generales, los CBC acreditan si el polígono descrito en el plano presentado se encuentra inmatriculado o si parcial o totalmente forma parte de un predio ya inscrito que conste incorporado a la Base Gráfica Registral.

Así, en palabras de Sonia Campos, ex Registradora Pública, desde hace algunos años se incorporó al procedimiento registral de inscripción la participación de las denominadas "oficinas de catastro" en cada una de las zonas registrales. La labor de estas es ser un soporte para la verificación de los aspectos técnicos de la documentación presentada al registro previa inscripción⁵⁴.

Es así que, por ejemplo, si se solicita un CBC respecto a un predio inscrito en la Partida N° "A"- con el fin de identificar con qué otros predios podría superponerse- se recibirá un documento que mostrará el polígono en consulta y - de ser el caso- otros que se encuentren parcial o totalmente superpuestos con el citado predio (representado por un polígono) en consulta. Lo cual gráficamente se vería así:

⁵² ROJAS ALVARADO, Oswaldo. "De la necesidad de una metodología de saneamiento técnico-legal de la propiedad predial". En: *Diálogos con la Jurisprudencia*, N° 139, 2010, pp. 305.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ CAMPOS, Sonia. "La Base Gráfica Registral y sus implicancias en la calificación e inscripción de los actos y derechos en el Registro de Predios". En: *Agnito*, 2018.

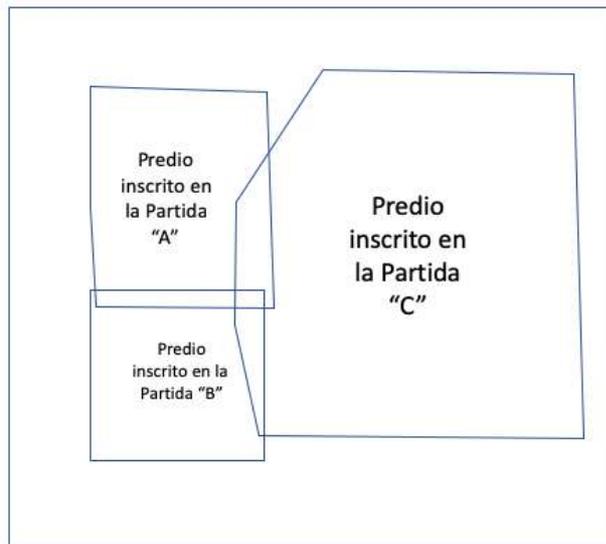


Figura 1: Elaboración Propia

Como puede notarse en la Figura 1, el Predio inscrito en la Partida "A", estaría parcialmente superpuesto con la Partida "B" y la Partida "C". Probablemente en la realidad cada uno de los titulares de los predios identifiquen que los linderos de su predio no se superponen con los de su vecino. Podrían inclusive existir construcciones en cada uno de los predios que, como es evidente, en la realidad no se "superpondrían" entre sí. Sin embargo, la realidad gráfica de registros es lo suficientemente inexacta y pobre para generar problemas incluso donde no sea evidente una disputa de linderos.

Ahora bien, inclusive si se hiciera el ejercicio de cruzar la información gráfica de nuestro CBC con las distintas bases catastrales, se podría encontrar el siguiente resultado gráfico:

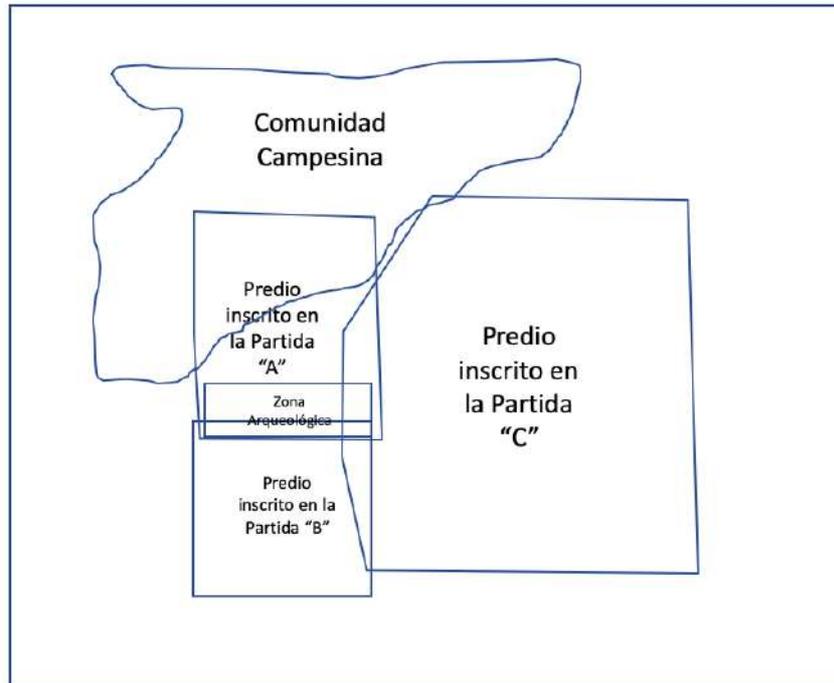


Figura 2: Elaboración Propia

Como muestra la Figura N° 2, se podría terminar identificando que el predio A no solo se superpone parcialmente con otros predios inscritos, sino que se superpone totalmente con una zona arqueológica y parcialmente con una Comunidad Campesina.

Casos como los descritos, son el pan de cada día, y responden a la falta de catastro. Cabe recordar que SUNARP no es un ente generador de catastro, sin embargo, recopila la información gráfica que llega al registro y contrasta dicha información con aquella ya existente.

Es así como, en términos sencillos, los profesionales que integran las aludidas oficinas de catastro de SUNARP realizan una comparación entre la información que conforma cada título inscribible (que contiene un acto de incorporación o modificación de un predio) y la confrontan con la que han reconstruido en base a los datos técnicos que contienen los títulos archivados (entiéndase como tal al documento que dio mérito a una inscripción)⁵⁵.

Esta situación ha sido de alguna forma reconocida a través del Noveno Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el Pleno Décimo Segundo del Tribunal Registral, cuya sumilla expresa que: "No impide la inmatriculación de un predio el informe del área de catastro señalando la imposibilidad de determinar si el mismo se encuentra inscrito o no".

⁵⁵ *Idem.*

Al respecto el profesor Jorge Ortiz señala lo siguiente:

“Siempre me aterró el precedente mencionado. ¿Por qué? Porque ya sabemos que en el registro no tenemos catastro, eso debería estar claro, pero no obstante ello, peor aún, se permite incorporar predios a ciegas, o mejor dicho, a la nada. Ello es como entrar a una cueva oscura y no saber que hay al final de la misma. ¿Cuál será el efecto de inmatricular un predio sin saber en dónde estará? Muy sencillo, estaremos registrando un derecho sin correspondencia física. ¿Y ello, por qué es materia de preocupación? Porque, a ese predio luego le van a aplicar en actos posteriores o desde la inscripción de ese predio inmatriculado le van a exigir a otros predios que no se superpongan con el que ingresó sin saber en dónde estaría. Creo, que dicha situación normativa desde el Precedente lo único que ha conseguido es incertidumbre, caos y conflictividad desde el registro que se supone se encuentra llamado a no generar inestabilidad. Se dice que ello es por inscripción. Esta fue una moda impuesta en un momento en nuestro registro. Es más, dicho principio registral no existe en nuestro ordenamiento civil”⁵⁶.

Como puede notarse, la inexistencia de un catastro tendrá como consecuencia también la impredecibilidad jurídica, pues la información catastral no solo puede ser variante, sino dispersa. Esto se traducirá en procedimientos de cierre de partidas, rectificación de linderos e inclusive posibles disputas respecto a qué propietario cuenta con un mejor derecho de propiedad. Es por ello que es particularmente perjudicial la existencia del Tercer Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el Pleno Centésimo Quincuagésimo Quinto del Tribunal Registral, el cual señala que *“Procede la rectificación de área, linderos y/o medidas perimétricas en mérito a escritura pública otorgada por el propietario acompañado de la documentación a que se refiere el artículo 20 del reglamento de inscripciones del registro de predios, tanto si se rectifica a área mayor o menor, siempre que la oficina de catastro determine indubitadamente que el polígono resultante se ubica dentro del ámbito gráfico del predio inscrito. Dicha rectificación no procederá cuando se afecte derechos de acreedores inscritos o medidas cautelares, salvo que los afectados o el órgano jurisdiccional o administrativo autoricen la rectificación”*.

La pregunta cae de madura, ¿cómo es posible hacer depender una inscripción de un inexistente catastro? La respuesta no se sabe y se puede decir - sin temor a equivocación - que tampoco la misma SUNARP lo sabe.

iii. Retraso y entorpecimiento de proyectos de infraestructura

La infraestructura pública es el conjunto de elementos, dotaciones o servicios necesarios para el buen funcionamiento de un país, o de una comunidad en general⁵⁷. En tal sentido, su desarrollo consiste en la construcción de carreteras,

⁵⁶ ORTIZ PASCO, Jorge. ¿Existe Catastro en Sunarp? En: Parthenon, 2020. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <http://www.parthenon.pe/esp/privado/existe-catastro-en-sunarp/>

⁵⁷ DÍAZ-GUEVARA, Alex. “Asociaciones Público Privadas en infraestructura vial: Análisis y modelo de gestión en el Perú basado en una conceptualización antropológica”. Lima: Escuela de Dirección de la Universidad de Piura, 2017.

puentes, redes eléctricas, redes de agua potable, redes de desagües, hospitales, postas, estadios, zonas de recreación pública, teatros, aeropuertos y todo lo que ello involucra.

La infraestructura pública se diferencia de la infraestructura privada, en tanto la primera posee una finalidad esencial: satisfacción de necesidades colectivas, es decir, está destinada al uso público o al aprovechamiento general⁵⁸. Por ello, la concepción misma de infraestructura pública supone la consecución de alguno de estos dos objetivos: (i) el uso común por los ciudadanos o (ii) el beneficio proporcionado por su ejecución y explotación⁵⁹.

Por ello, es innegable el carácter esencial del desarrollo de infraestructura para la economía de cualquier país. Como señala el CEPAL⁶⁰, la provisión eficiente de los servicios de infraestructura es uno de los aspectos más importantes de las políticas de desarrollo. Los países “siempre requieren ampliar y modernizar su infraestructura básica de acuerdo con estándares tecnológicos internacionales, lograr niveles máximos de cobertura del territorio nacional y satisfacer con eficacia las necesidades de servicios de infraestructura de los agentes económicos y las personas.”

En consecuencia, el desarrollo de infraestructura pública es un factor esencial para la producción y un criterio para medir la competitividad económica de los países⁶¹. Respecto a la producción, es innegable que la inversión en infraestructura pública eleva el producto bruto interno a corto y largo plazo, sobre todo en períodos en que hay capacidad económica ociosa y cuando la eficiencia de la inversión es alta⁶².

Asimismo, conforme al *World Economic Forum Global Competitiveness Report 2019*⁶³, el Perú ocupa el lugar 88 de 141 países en cuanto a desarrollo de infraestructura pública; muy por detrás de países como Singapur o Estados Unidos, los cuales se encuentran en la cima de la lista. Peor aún, respecto del reporte emitido en el año 2018 el Perú decayó en tres posiciones en lo que concierne al índice de desarrollo de economía (en aquel entonces el reporte lo ubicaba en el puesto 85). Ello solo demuestra que la falta de desarrollo en infraestructura y la brecha existente en acceso a la misma, aún son problemas que deben ser abordados.

⁵⁸ JIMENÉZ DE CISNEROS, Francisco Javier. *Hacia un nuevo concepto de infraestructura público/obra pública desligado del dominio público y del servicio público*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ ROZAS, Patricio, & SÁNCHEZ, Ricardo. *Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual*. CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago: Organización de las Naciones Unidas, 2004.

⁶¹ Por competitividad, nos referimos a los atributos y cualidades de una economía que permiten un uso más eficiente de los factores de producción. El concepto está basado en la teoría de la contabilidad del crecimiento, que mide el crecimiento como la suma del crecimiento en los factores de producción, es decir, trabajo y capital; y de la productividad total de los factores (TFP, por sus siglas en inglés), que mide factores que no pueden explicarse por el trabajo, el capital u otros otros. (World Economic Forum, 2019)

⁶² Fondo Monetario Internacional. *Perspectivas de la Economía Mundial: Secuelas, nubarrones, incertidumbres*. Fondo Monetario Internacional, 2014.

⁶³ World Economic Forum. *The Global Competitiveness Report 2019*. World Economic Forum.

Conforme al Instituto Peruano de Economía⁶⁴ el concepto de brecha de inversión implica:

*“(..) el reconocimiento de la falta de inversiones para llegar a cierta meta o para cumplir con **ciertos requerimientos de infraestructura**, ya sea por el uso de instalaciones en condiciones sub-óptimas y/o la dificultad de satisfacer la demanda actual y futura. Este concepto es estático debido a que no proviene de una programación de inversiones en el tiempo, sino que es un agregado del total de inversiones que se requerirían realizar para cumplir las metas establecidas. Por esta razón, el monto global que se obtiene no puede ser considerado como el valor presente de estas inversiones”*

Como es señalado en la definición anterior, una brecha de inversión en el sector infraestructura supone o una insuficiencia para satisfacer las demandas de nuestro contexto o, que la infraestructura existente no cumple con las características requeridas para permitir un óptimo desarrollo social.

En dicho contexto, a través del Decreto Supremo N° 345-2018-EF se aprobó la Política Nacional de Competitividad y Productividad. Esta política adopta una concepción estructuralista del concepto de competitividad y la interpreta como “la capacidad que tiene una nación para competir exitosamente en los mercados, a través de la utilización eficiente de sus recursos naturales renovables y no renovables y el aprovechamiento de sus ventajas comparativas, generando así bienestar compartido⁶⁵”.

Posteriormente, el 28 de julio de 2019 el Gobierno promulgó el Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019-2030 (PNCP), que implementó un conjunto de medidas para garantizar en el mediano y largo plazo del país una competitividad y productividad económica, a través del desarrollo de infraestructura pública.

En la misma línea, y de manera más específica en términos de infraestructura, el 28 de julio del 2019, a través del Decreto Supremo N° 238-2019-EF se aprobó el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (PNIC). Con la finalidad específica de “proveer al Estado peruano de un insumo para construir una agenda de desarrollo transparente y consensuada que permita cerrar brechas claves para el desarrollo económico y social del país⁶⁶”.

A través del PNIC se priorizaron 52 proyectos de especial relevancia para el desarrollo del país. El valor total de los proyectos es de casi 100 mil millones de soles⁶⁷; siendo que muchos de estos están relacionados con la construcción o

⁶⁴ Instituto Peruano de Economía. *El reto de la infraestructura al 2018: La Brecha de Inversión en Infraestructura al 2008*. Lima: IPE, 2009.

⁶⁵ Ministerio de Economía y Finanzas. Política Nacional de Competitividad y Productividad. *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú, 31 de diciembre de 2018.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ Ministerio de Economía y Finanzas. Plan Nacional de Competitividad y Productividad. *Diario Oficial El Peruano*. Lima, Perú, 28 de Julio de 2019.

expansión de aeropuertos, medios de transporte, electricidad, agua y saneamiento, entre otros.

Casi la mitad (46%) de esta importante cartera de inversión se encuentra en etapa de ejecución⁶⁸. Sin embargo, tal y como señala la exposición de motivos del Decreto de Urgencia N° 018-2019, en la actualidad, la causa más frecuente de retraso en la implementación de los proyectos de inversión está dada -en particular aunque sin ser exclusivo - en lo relacionado con la entrega de terrenos, levantamiento de interferencias, otorgamiento y/u obtención de licencias, permisos y títulos habilitantes para la ejecución de los proyectos, descoordinaciones en la zonificación de las áreas para ejecutar los proyectos y la incompatibilidad entre proyectos ejecutados por una misma entidad pública o en una misma área.

En ese contexto, el Decreto Legislativo N° 1192 (DL 1192) es un cuerpo normativo complejo que contiene distintos procedimientos que permiten agilizar la transferencia de los predios en favor de los proyectos de infraestructura.

Así, el DL 1192 contiene procesos de (i) Expropiación, (ii) Adquisición de predios mediante trato directo, (iii) Pago de mejoras a poseedores que no califiquen como "Sujetos pasivos", (iv) Liberación de Interferencias, (v) Transferencia interestatal, entre otras.

Sin embargo, antes de aplicar cualquiera de dichos procesos, deberá identificarse el Predio afectado por el proyecto y aunque pueda parecer que este paso peca de obvio, en la práctica la identificación de los predios que serán materia de algunos de los procesos regulados por el DL 1192 es medular.

A falta de un catastro, la individualización de los predios afectados por proyectos cuya extensión se expresa en hectáreas (como en el caso de los aeropuertos) o kilómetros (como en el caso de las carreteras) no es una tarea sencilla. Sin un catastro, las herramientas para poder identificar a los inmuebles involucrados en zonas de gran extensión como los polígonos que involucran los proyectos de infraestructura son: (i) la solicitud de la Base Gráfica de Registros Públicos respecto del polígono de afectación u obtención de un Certificado de Búsqueda Catastral ("CBC") correspondiente al polígono del proyecto; así como (ii) realizar un trabajo de campo para el levantamiento topográfico respectivo y la validación de la información contenida en la base gráfica de la SUNARP.

Solo dicha sinergia de acciones permitirá la identificación preliminar de los propietarios o poseedores, los cuales una vez identificados serán notificados respecto de la afectación de los predios por el proyecto de infraestructura. Sin embargo, es bastante penoso que el requisito del DL 1192 sea pedir un certificado catastral a una entidad que no realiza catastro en sí mismo⁶⁹ y que, además, los

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Decreto Legislativo 1192: 16.1. Dentro de los diez días hábiles siguientes de identificados los inmuebles que se requieren para la ejecución de las Obras de Infraestructura, el Sujeto Activo comunica dicha situación a los Sujetos Pasivos y ocupantes del bien inmueble.

proyectos dependan de los trabajos de campo que realicen los Sujetos Activos del proceso expropiatorio, como el MTC, quien tampoco es un ente generador de catastro. De modo que, una vez más la inexistencia del catastro genera un retraso en los proyectos de infraestructura.

iv. Retraso en los procesos de formalización de la propiedad

Desde el año 1996 COFOPRI se encuentra a cargo del proceso de formalización de posesiones informales en territorio urbano de propiedad estatal. Por su parte los Gobiernos Regionales (GORES) tienen esa labor en territorio rural. Esto implica que aquellos poseedores que no cuenten con un título de propiedad, y ocupen predios que son propiedad del Estado pueden formar parte del procedimiento de formalización de propiedad y obtener títulos de propiedad.

En consecuencia, COFOPRI y los GORES se encargan de gestionar y obtener títulos de propiedad en beneficio de los poseedores informales, siempre que se cumplan las condiciones que establece la normativa. Entre dichas condiciones se encuentra el haber iniciado la posesión o invasión de tierras desde determinado momento⁷⁰ o que la tierra en la que se encuentren no cuente con ciertas características que no permitan su titulación (i.e. no se encuentre en zona de riesgo, ni en zona arqueológica, ni en territorio de comunidades campesinas, entre otros).

Precisamente al ser posesiones informales, cuyo origen se dio por invasiones de terrenos, aquellas no figuran en ningún catastro o registro sino hasta que se termine de formalizarlas. Por ello, COFOPRI y los GORES generan su propio catastro de posesiones informales, agrupando parcelas, urbanizaciones, manzanas y lotes individuales, según sea el caso.

Para generar su catastro **se realiza un extenso diagnóstico técnico-legal de la posesión a formalizar, lo cual implica una serie de inspecciones de campo y recopilaciones de información con distintas entidades, incluyendo con el Registro de Predios, para verificar qué derechos existen en aquella zona.** Ello porque, de existir terceros con derechos sobre las áreas a formalizar, el procedimiento se archiva, pues continuar implicaría despojar a particulares de su propiedad en favor de poseedores informales. Lo que corresponde en ese caso es

Previo a la comunicación anterior, el Sujeto Activo puede contar con el Certificado de Búsqueda Catastral o el Informe del especialista técnico del Sujeto Activo o del Verificador Catastral, cuando corresponda, tomando en cuenta la base gráfica proporcionada por la SUNARP y otras fuentes de información. La SUNARP **proporciona el Certificado de Búsqueda Catastral en un plazo no mayor de quince días hábiles al Sujeto Activo. Al certificado va anexa los informes técnicos que lo sustentan, así como la información gráfica y digital correspondiente.**

⁷⁰ Originalmente se estableció en el Decreto Legislativo 803 que solo se iban a formalizar las posesiones informales que se constituyeron hasta el año 1996. Tras sucesivas ampliaciones, la más reciente con la Ley 31056 en octubre del 2020, están comprendidas en el proceso las posesiones que se constituyeron hasta el año 2015.

que los poseedores entablen un juicio de prescripción adquisitiva de dominio contra el propietario o titular registral y diriman su conflicto en el Poder Judicial⁷¹.

La labor que realizan COFOPRI y los GORES se limita únicamente a predios del Estado. Con la autorización a aquellos, el Estado está realizando una suerte de cesión gratuita de sus propiedades que se encuentren poseídas informalmente y cumplan con los requisitos de las normas. Por ello, es de suma importancia tener certeza respecto a que los predios que son formalizados sean de propiedad estatal y no particular.

En ese contexto, la falta de un verdadero catastro de predios dificulta en gran medida los trabajos de formalización. El procedimiento de diagnóstico técnico-legal sería mucho más expeditivo si existiese un sistema catastral integrado y actualizado, que permita verificar rápidamente a los terceros que cuentan con derechos en una determinada área. De esta manera, se podría verificar si existe un particular que figure como propietario sea en el Registro de Predios o ante la municipalidad correspondiente, o si existiese una zona arqueológica, parte del territorio de una comunidad campesina o un área natural protegida, entre otros.

Al no existir tal catastro de predios, integrado y actualizado, se debe recolectar información institución por institución, lo cual demora el proceso y por tanto demora el acceso de los poseedores informales a un título de propiedad y todos los beneficios que ello conlleva (acceso a servicios públicos, acceso a crédito hipotecario, a inscribir su edificación, etc.).

En febrero del 2021, el Director Ejecutivo de COFOPRI indicó que existirían alrededor de 2'700,000 predios por formalizar, pero que la cifra real sea probablemente más alta⁷². A su vez, en el año 2019 COFOPRI logró formalizar 61,714 predios⁷³. Asumiendo un ritmo semejante por los siguientes años⁷⁴, y asumiendo que no se amplía la fecha mediante la cual se puede acceder al proceso de formalización, tomaría 43 años y 8 meses en formalizar los 2'700,000 predios.

Con un catastro de predios, es indudable que los procedimientos de diagnóstico serían más expeditivos y se lograría una mayor formalización de predios. Sin embargo, tras casi dos décadas de la publicación de la LSNC, no ha habido mayores avances en ese sentido.

⁷¹ Existe, sin embargo, un procedimiento de prescripción adquisitiva de tipo administrativo, que se da en supuestos específicos.

⁷² Declaraciones de Saúl Barrera Ayala, Director Ejecutivo de COFOPRI. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://www.gob.pe/institucion/cofopri/noticias/341190-titulos-de-propiedad-de-cofopri-impediran-venta-del-terreno-formalizado-en-un-plazo-de-cinco-anos>

⁷³ COFOPRI, Memoria Anual 2019. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: https://enlaces.cofopri.gob.pe/media/10155/memoria_anual_institucional_2019.pdf

⁷⁴ De acuerdo con la Memoria Anual de COFOPRI del año 2020, COFOPRI logró titular 35,352 predios. Sin embargo, tomando en consideración la interrupción generada por la pandemia del Covid-19, se realizó el cálculo usando un año sin aquella interrupción, como es el 2019. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: https://enlaces.cofopri.gob.pe/media/10338/memoria_anual_2020.pdf

Ello a pesar de que COFOPRI, desde el año 2013, dirige la Secretaría Técnica del SNCP⁷⁵, función que antes ejercía SUNARP. La Secretaría Técnica del SNCP es el órgano ejecutivo del SNCP, encargado de administrar el SNCP, así como llevar a cabo la vinculación entre el catastro y el Registro de Predios, por lo que es COFOPRI quien debe ejecutar todas las acciones que la LSNC y su reglamento ya establecieron pero que a la fecha no existen.

v. Debilidad ante la lucha contra el fraude inmobiliario

En el Perú existe hasta la fecha un serio problema de fraude inmobiliario que es difícil de combatir⁷⁶. Mediante el fraude inmobiliario, “se encubre y oculta la titularidad real o las verdaderas circunstancias de los bienes inmuebles, en beneficio de determinados agentes que actúan en el sector inmobiliario y en perjuicio de terceros o de quienes invierten en la adquisición de bienes inmuebles”⁷⁷. Las principales formas de fraude inmobiliario se dan mediante las falsificaciones documentarias y las suplantaciones de identidad del propietario de un predio.

No han sido pocas las noticias sobre mafias de tráfico de terrenos que cuentan entre sus filas a notarios, registradores, árbitros y funcionarios municipales, todos los cuales pueden tergiversar documentación a su favor, y en perjuicio de los verdaderos propietarios. Los ejemplos más relevantes de los últimos años son la mafia Orellana⁷⁸ y la Banda de los Rucos, integrada por un ex alcalde de Chilca⁷⁹.

Para combatir el fraude inmobiliario se han creado diversos mecanismos, principalmente a nivel de registros públicos, logrando diversos grados de éxito⁸⁰. Existe por ejemplo el bloqueo registral⁸¹, que blindo a la partida registral por 60 días hábiles de cualquier inscripción incompatible con una minuta (es decir, con

⁷⁵ De acuerdo con la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29951.

⁷⁶ Dentro de los últimos años, el delito de estafa (que engloba al fraude inmobiliario) se ha posicionado entre los tres delitos más comunes de cada período. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: INEI, Estadísticas de Seguridad Ciudadana. <https://www.inei.gob.pe/biblioteca-virtual/boletines/estadisticas-de-seguridad-ciudadana/1/>

⁷⁷ PUYAL SANZ, Pablo. “El Catastro como instrumento de lucha contra el fraude inmobiliario: el valor de referencia de mercado”. En: Crónica Tributaria Num. 169/2018, Madrid, pp. 141. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/ct/169_Puyal.pdf

⁷⁸ El Comercio Perú. “¿Quién es Rodolfo Orellana? Así funcionaba su red delictiva”. Lima, 2014. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://elcomercio.pe/politica/justicia/rodolfo-orellana-funcionaba-red-delictiva-381571-noticia/>

⁷⁹ Agencia Andina. “Alcalde de Chilca integraría red criminal dedicada al tráfico de terrenos y sicariato”. Lima, 2017. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://andina.pe/agencia/noticia-alcalde-chilca-integraria-red-criminal-dedicada-al-trafico-terrenos-y-sicariato-661764.aspx#:~:text=La%20red%20criminal%20de%20la,sicariato%20y%20corrupci%C3%B3n%20de%20funcionarios.>

⁸⁰ POZO SÁNCHEZ, Julio. “¿Se acabó el fraude inmobiliario con la Ley 30313?”. En: IUS360, 2015. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en: <https://ius360.com/se-acabo-el-fraude-inmobiliario-con-la-ley-30313/>

⁸¹ Decreto Ley 18278, modificado por Ley 26481.

un documento aún no inscrito) que se encuentra aún en proceso de protocolización ante Notario. También se creó el servicio de alerta registral⁸² que notifica al titular acerca de cualquier título que se pretenda inscribir en su partida registral⁸³. De igual modo, el titular registral puede solicitar la inmovilización temporal de las partidas de sus bienes, de forma tal que se impida inscribir actos de disposición o gravamen sino hasta que el titular haya solicitado su levantamiento⁸⁴. Asimismo, la Ley 30313, estableció dos mecanismos: (i) oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite; y (ii) supuesto especial de cancelación de asientos registrales; ambas en caso se trate de un supuesto de falsificación de documentos o de suplantación de identidad.

Los mecanismos de defensa mencionados están ligados únicamente para defender la propiedad o titularidad de los predios que se encuentran inscritos en el Registro de Predios. ¿Qué sucede entonces con aquellos predios que están fuera del registro? Aquellos no cuentan con estas protecciones y son más susceptibles de caer en manos de traficantes de terrenos.

Es necesario tener en cuenta, que para la inmatriculación de un predio, es decir, para el acceso o primera inscripción de dominio de un predio en el Registro, se requieren informes favorables del área de catastro de SUNARP⁸⁵, para lo cual es necesario presentar: (i) un plano catastral, o (ii) un plano de ubicación visado por la municipalidad distrital competente en caso no se trata de una zona catastrada⁸⁶; debiendo en ambos casos cumplir con las especificaciones técnicas que establece la normativa.

El problema ocurre cuando existen discrepancias entre la información municipal y la base gráfica de SUNARP. Cualquier divergencia que supere el límite de la tolerancia catastral⁸⁷, determinado por el SNCP, va a impedir que el predio acceda al Registro de Predios. Para subsanar e inmatricular el predio en tales casos, se tendría que realizar un saneamiento técnico-legal para que la información de las distintas entidades coincida.

Un saneamiento técnico-legal requiere de diversos profesionales por lo que es un proceso largo y costoso y, ciertamente, consistiría en una grave carga económica para un propietario individual. Sin embargo, las mafias de tráfico de terrenos cuentan con mayores recursos, y pueden lograr, a través de la suplantación del propietario y/o la falsificación de planos y documentos, y en contubernio con autoridades de toda clase, cumplir con la normativa e inscribir el predio a su nombre.

Si existiese un verdadero catastro de predios, no existirían estas divergencias entre las municipalidades y el Registro de Predios, ya que la información se encontraría

⁸² Resolución 027-2018-SUNARP-SN.

⁸³ Fortalecida mediante Resolución No. 016-2021-SUNARP/SN.

⁸⁴ Directiva 08-2013-SUNARP-SN.

⁸⁵ Artículo 16 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

⁸⁶ Artículo 20 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

⁸⁷ Directiva 01-2008-SNCP.

integrada y actualizada, y sería un reflejo gráfico de la realidad. Por lo tanto, al haber elaborado el catastro, esta discrepancia se tendría que haber solucionado previamente. **Cada vez que, a raíz de discrepancias interinstitucionales, un propietario legítimo no puede acceder al registro por no poder contar con la documentación técnica, constituye un fracaso del Estado.**

El gran reto es lograr que estas instituciones cooperen y sinceren su información gráfica. Hacerlo conllevaría a grandes ventajas para ambas. Por el lado del Registro de Predios, cumple su misión por la que fue creado, que es reflejar la realidad física en la realidad registral. Por el lado de la municipalidad, esta tendrá la información más exacta del predio en su jurisdicción, lo cual le permitirá planificar mejor su territorio y atender sus necesidades fiscales facilitando la recaudación y combatiendo la evasión de tributos municipales. Sin embargo, muchas veces “son las mismas autoridades municipales, vinculadas al tráfico de terrenos, las menos interesadas en tener un catastro funcional”⁸⁸, como es el notorio caso en Chilca recientemente, y otras más.

En ese sentido, la lucha contra el fraude inmobiliario debe ser combatida con más fuerza, y para ello se debe de contar con las herramientas que permitan evitar que mafias inescrupulosas puedan traficar terrenos a expensas de las personas con menos recursos, que son aquellas que no pueden pagar un saneamiento técnico-legal a sus predios. A puertas del bicentenario, la voluntad política para emprender estas reformas es más imperativa que nunca.

vi. Problemas de financiamiento municipal

Uno de los muchos problemas por los que atraviesan las municipalidades en el Perú es su poca capacidad de recaudación tributaria. Con la excepción de Lima, en las municipalidades del país “la principal fuente de ingresos (...) lo constituye las transferencias de dinero que suministra el gobierno central”⁸⁹. Esto implica que las finanzas municipales no dependen de las municipalidades mismas, sino de la salud económica del gobierno central.

Uno de los mecanismos con los que cuentan las municipalidades para generar recursos es el cobro del impuesto predial. De acuerdo con la Ley de Tributación Municipal⁹⁰, el impuesto predial grava el valor de los predios urbanos y rústicos, es de periodicidad anual, y su cobro les corresponde a las municipalidades distritales sobre el territorio de su jurisdicción. Mientras más predios existan en el distrito, mayor será la ganancia para la municipalidad. Para saber cuántos predios se encuentran en su distrito, su valor y otras características de los mismos, es necesario contar con un catastro.

⁸⁸ Instituto Peruano de Economía. *El reto de la infraestructura al 2018: La Brecha de Inversión en Infraestructura al 2008*. Lima: IPE, 2009.

⁸⁹ Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico. “Estrategia de Descentralización y Desarrollo de los Gobiernos Subnacionales en el Perú”. Lima, 2001, pp. 36.

⁹⁰ Artículo 8 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal

Sin embargo, de acuerdo con información de la OCDE⁹¹, la recaudación por el impuesto predial en Perú sólo corresponde a 0.2% del PBI. Esto a su vez equivale a la mitad del promedio latinoamericano (0.4%) y a una quinta parte de los países que conforman la OCDE (1.1%). De acuerdo con el Instituto Peruano de Economía⁹², una de las explicaciones para la baja recaudación es la poca eficiencia del catastro.

La ausencia de un catastro de predios a nivel nacional es tanto causa como consecuencia del déficit financiero por el que atraviesan las municipalidades. Al tener el rol de entes generadores de catastro, son estas las que tienen la responsabilidad de generar el catastro que, pieza por pieza, corresponderá al eventual gran rompecabezas del catastro predial nacional. Sin embargo, al mismo tiempo y a raíz de ello, las municipalidades no cuentan con los recursos para poder generar y mantener sus catastros y, por tanto, no se puede armar el catastro nacional.

Por mucho tiempo, cada municipalidad se encargaba de su propio catastro lo cual ocasionó que cada catastro sea un ente dispar y desarticulado de los demás, incluso aquellos catastros de municipalidades vecinas que puedan también tener jurisdicciones sobre un mismo predio. Cada una podía usar procedimientos, técnicas e información distinta para generar y mantener su catastro⁹³.

Un avance de la LSNC y su reglamento fue corregir ello. Se logró establecer y uniformizar criterios para elaborar y mantener el catastro, aplicable para todas las entidades generadoras de catastro, de modo que no existirían dichas diferencias entre los catastros de las municipalidades y los de las demás entidades. Sin embargo, ello también ha implicado que la información gráfica que se generó previo a la emisión de las normas técnicas se deba de adecuar a las mismas. El resultado de ello no ha sido alentador, pues a la fecha solo cinco municipalidades cuentan con la conformidad del SNCP a su catastro.

Evidentemente, esto profundiza aún más la desigualdad entre los distritos. No es casualidad que 4 de las 5 municipalidades con catastro aprobado pertenecen a Lima Metropolitana, la única provincia cuyo presupuesto no depende de transferencias monetarias del Gobierno Central. En consecuencia, “en las diferentes localidades a nivel nacional conviven municipios sin catastro; municipios con catastros incipientes, municipios con catastro en desarrollo; y, municipios con catastros altamente tecnificados”⁹⁴, y eso va a depender de los recursos fiscales de cada municipalidad.

⁹¹ Instituto Peruano de Economía. *El reto de la infraestructura al 2018: La Brecha de Inversión en Infraestructura al 2008*. Lima: IPE, 2009.

⁹² *Idem*.

⁹³ PORTILLO FLORES, Angélica María. “El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión”, Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 79.

⁹⁴ NEIRA REIMER, José Antonio. “Problemática del Impuesto Predial desde la Perspectiva del Catastro en el Perú” En: Gestión Descentralizada. Lima, 2011, pp. D6. Consulta realizada el día 11 de julio de 2021 en:

Por ello, desde el Gobierno Central se debe dotar de recursos a las municipalidades distritales para que puedan destinarlos a la generación de su catastro, de acuerdo con las disposiciones técnicas establecidas por el SNCP. De esta manera, se rompería el **círculo vicioso de no contar con recursos por no tener catastro y no tener catastro por no contar con recursos para elaborarlo.**

Sin embargo, también se puede replantear la manera de armar el catastro predial nacional y el rol que cumplen las municipalidades en el mismo. Contrario a armar el catastro predial nacional desde el catastro local, se debe de considerar la opción de impulsar el catastro nacional de manera centralizada. Ello se abordará en la siguiente sección.

VI. Recomendaciones

La situación actual del catastro en el país es resultado de la inacción y la falta de implementación de una propuesta a largo plazo para el mismo. Actualmente coexisten catastros de alcance nacional, como el catastro rural o urbano de posesiones a formalizar, así como aquellos de alcance local, como los catastros municipales.

La LSNC creó el SNCP y uniformizó datos técnicos para futuros catastros, pero mantuvo la labor de generación de catastros en las diferentes entidades generadoras de catastro. En tal sentido, el SNCP no tiene un rol activo, pues no genera un catastro, sino está a la espera que las diferentes entidades generadoras de catastro le remitan sus respectivos catastros para su aprobación.

En consecuencia, a 17 años de la publicación de la LSNC, es conveniente y oportuno plantear un cambio más enérgico al sistema catastral, de modo que se pueda acelerar la producción catastral en el país, que comprenda todo el territorio y que, a su vez, exista una dinámica correlación con el Registro de Predios.

En lo que respecta a la organización de los sistemas catastrales, existen dos tipos de sistemas: centralizados y descentralizados. En un sistema centralizado, la administración o gobierno central se encuentra a cargo de “generar y mantener el Catastro, a través de un determinado ministerio u organismo independiente, lo cual permite la generación de un solo Catastro de alcance nacional”⁹⁵.

A su vez, dentro del sistema centralizado existen dos modelos de gestión diferentes: (i) desconcentrado, donde la administración central cuenta con oficinas alrededor del territorio; y (ii) participativo, donde la administración central cuenta con el apoyo de los municipios o provincias, para realizar y mantener el catastro.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/520637E37796ADC8052579B50063A1DE/\\$FILE/tribmuni_11_01.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/520637E37796ADC8052579B50063A1DE/$FILE/tribmuni_11_01.pdf)

⁹⁵ PORTILLO FLORES, Angélica María “El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión”, Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 48.

Estos dos modelos, desconcertado y participativo, no son excluyentes, pueden coexistir juntos, como es el caso de España⁹⁶.

Por el contrario, un sistema descentralizado consiste en “que la generación y conservación del Catastro está a cargo de la administración local o regional, surgiendo tantos catastros como municipios”⁹⁷. Este a su vez tiene dos tipos de modelos de gestión: (i) autárquico, donde la administración local o regional cuenta con autonomía plena; o (ii) autónomo, donde la administración local o regional está supeditado a directivas y normas de la administración central⁹⁸.

A lo largo de su historia, Perú ha contado con un sistema catastral descentralizado. Han sido las diversas municipalidades y entidades quienes han desarrollado su propio catastro para sus propios fines. Asimismo, al no contar con un ente rector para el desarrollo de sus catastros, estos gozaban de plena autonomía para la elaboración del catastro, constituyéndose en un modelo descentralizado autárquico.

Con la promulgación de la LSNC, se mantuvo un sistema catastral descentralizado, pero se cambió a un modelo autónomo, ya no autárquico. El SNCP fue constituido y estableció normas y directivas desde la administración central mediante la cual las municipalidades y demás entidades deben de sujetarse para elaborar sus catastros.

En ese orden de ideas, cabe preguntarse si mantener un sistema catastral descentralizado es conveniente, o si una mejor opción podría existir en un sistema centralizado. A continuación, se va a repasar una serie de ventajas y desventajas de realizar dicho cambio.

Entre los argumentos a favor de un sistema centralizado se encuentran:

- i. Mayor capacidad financiera de la administración central, de modo que puede destinar mayores recursos a la elaboración de un catastro que las municipalidades. Ello porque al tener un mayor presupuesto, el porcentaje que representa generar y mantener el catastro es menor para el Gobierno Central. Asimismo, al elaborar un catastro nacional y no provincial, la administración central puede aprovechar de economías de escala para realizarlo a un menor costo por área.
- ii. Menor desigualdad entre municipalidades con y sin catastro y/o capacidad financiera. Mantener a las municipalidades como entidades generadoras de catastro implica que ellas mismas deciden si elaborar un catastro o no. Ello puede ocurrir por falta de recursos o también por falta de voluntad política (i.e. funcionarios involucrados en fraude inmobiliario).
- iii. Mayor coordinación con el Registro de Predios. Al depender la SUNARP del Gobierno Central, existiría una mayor coordinación interinstitucional entre

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 50.

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 51.

la autoridad catastral y el Registro de Predios. Esto contrastaría con la situación actual, donde existen tantas coordinaciones interinstitucionales como municipalidades en el país.

- iv. Mayor coordinación con las demás entidades generadoras de catastro y/o bases gráficas, como COFOPRI, INGEMMET, SERNANP, entre otros; al depender todas estas entidades (así como la SUNARP) del Gobierno Central.

Entre los argumentos a favor de un sistema descentralizado se encuentran:

- i. Mayor facilidad para las municipalidades en elaborar un catastro por proximidad a la zona. Sin perjuicio del costo, que puede ser prohibitivo, las municipalidades conocen mejor que el gobierno central la zona a ser catastrada.
- ii. Muchos de los procedimientos que afectan la situación catastral de un predio se realizan en la municipalidad, como es el caso de independizaciones, subdivisiones y acumulaciones de predios. En ese sentido, las municipalidades tienen la información de primera mano para actualizar el catastro.

Al respecto, los autores de este artículo consideran que un sistema catastral centralizado es la mejor opción para elaborar y mantener el catastro predial en el Perú. Ello implicaría otorgarle al SNCP y a sus órganos respectivos, la función de elaborar y mantener el catastro predial. De esta manera, cumplirían un rol mucho más activo en el sistema catastral, pues ya no establecerán directivas que deben seguir otras entidades y quedarse esperando a que las mismas generen catastros y los remitan para su aprobación. En este escenario, sería el propio SNCP quien deba ir, municipalidad por municipalidad, a comenzar, terminar o perfeccionar el catastro predial del respectivo distrito a su cargo.

A su vez, los argumentos en contra de un sistema centralizado, arriba mencionados, son perfectamente corregibles bajo un sistema centralizado que también se rija mediante modelos desconcertados y participativos. Al tener la eventual autoridad catastral oficinas desconcertadas alrededor del territorio, se está realizando una aproximación al territorio a ser catastrado. Asimismo, al hacerlo la administración central, se cuenta con la ventaja que se realiza a un costo que no es prohibitivo, como si lo fuese en el caso de municipalidades ubicadas en distritos que pueden no contar con la capacidad técnica o financiera para levantar su catastro.

Por otro lado, al ser un modelo centralizado, pero también participativo, no se está relegando el rol de las municipalidades en el proceso de gestión catastral. Las municipalidades son precisamente las entidades más próximas a los territorios catastrados. Respecto a la elaboración del catastro, son las municipalidades mismas las que proporcionarían la información necesaria, cuánta sea que tengan, a la autoridad catastral central para que esta última realice la labor catastral, la

misma que podría contar con participación de funcionarios de la municipalidad que puedan facilitar el trabajo de campo o disipar dudas en el proceso. Respecto al mantenimiento del catastro, las municipalidades cumplirían con notificar a la autoridad catastral respecto de cualquier acto que implique modificación en los planos catastrales, ya sea por algún procedimiento de independización, subdivisión o acumulación de predios, o para reportar el cambio de titularidad catastral.

La descentralización del país es una realidad que se impulsó con fuerza en los últimos 20 años y no es el objetivo de este trabajo hacer una evaluación de si ha funcionado o no. Lo que sí es preciso para efectos de este artículo es determinar, respecto a la función catastral, cuándo la descentralización produce resultados óptimos y cuándo no, y en estos últimos casos, si es conveniente realizar ajustes, con aras de priorizar la ejecución de la función catastral misma.

En ese sentido, centralizar la función catastral ayudaría a que las municipalidades puedan cumplir mejor sus funciones descentralizadas encargadas por ley, como la recolección de tributos y la planificación de su territorio. En consecuencia, no se les estaría reduciendo sus funciones con ánimos de restarle importancia o fuerza a los gobiernos locales, sino por el contrario, para coadyuvar una mejoría en la gestión municipal, de modo que no tengan que depender de las finanzas del Gobierno Central, como hacen hoy en días todas las municipalidades salvo la MML.

Este sistema catastral propuesto (centralizado, desconcentrado y participativo) es muy similar al sistema catastral que existe hoy en día en España. Este país cuenta virtualmente con todo su territorio catastrado, y existe una correlación dinámica con el Registro de Predios, utilizando la denominada referencia catastral (similar al Código Único Catastral regulado en la LSNC)⁹⁹. La función catastral la realiza la Dirección General de Catastro salvo en las comunidades autónomas de Navarra y el País Vasco¹⁰⁰, cuyo encargo reside en dichos gobiernos regionales.

Al igual que en Perú hoy en día, España también sufría una baja recaudación fiscal por parte de sus municipios en los años noventa¹⁰¹. Precisamente, una de las razones para explicar la mejora significativa en la salud fiscal de las municipalidades hoy en día es la concentración de la actividad catastral en la

⁹⁹ PORTILLO FLORES, Angélica María *“El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión”*, Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 126.

¹⁰⁰ CAVA DE LLANO Y CARRIÓ, Luisa, *“La Realidad Catastral en España: Perspectiva del Defensor del Pueblo”*. Madrid, Defensor del Pueblo, 2012, pp. 7. Consulta realizada el día 10 de julio de 2021 en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-03-La-realidad-catastral-en-Espa%C3%B1a-desde-la-perspectiva-del-Defensor-del-Pueblo.pdf>

¹⁰¹ MIRANDA HITA, Jesús. *“El Catastro y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles”*. En: CT Catastro No. 50, Madrid, 2004, pp.8-9. Consulta realizada el día 10 de julio de 2021 en: http://www.catastro.meh.es/documentos/publicaciones/ct/ct50/_1E.pdf

Dirección General del Catastro, que depende del Ministerio de Economía y Hacienda español¹⁰².

Un aspecto resaltante de la normativa catastral española que es conveniente mencionar es la obligación de entidades como notarías, registradores, municipalidades, entre otras, de comunicar a la Dirección General de Catastro acerca de cualquier acto que involucre una modificación en el catastro predial¹⁰³. De este modo, es posible mantener el catastro predial actualizado y, asimismo, simplificar la carga administrativa al ciudadano.

Como idea final en esta recomendación de centralizar la actividad catastral, conviene mencionar una idea que va más allá del catastro, y es inspirada en el sistema registral alemán, y adoptado por varios países de la región, como Chile y Brasil. El catastro alemán es considerado uno de los catastros más confiables del mundo¹⁰⁴¹⁰⁵. A diferencia de Perú o España, donde el Registro de Predios es declarativo, es decir, no constituye un requisito para transferir la propiedad inscribir la misma en el registro, en Alemania el Registro de Predios es constitutivo de propiedad, es decir, constituye un requisito indispensable inscribir la transferencia de propiedad para que esta sea válida.

Sin zambullirse en un debate sobre la pertinencia de modificar el artículo 949 del Código Civil, que norma la transferencia de propiedad inmueble en el Perú, consideramos positivo contemplar la posibilidad de cambiar el Registro de Predios en el Perú a uno constitutivo una vez que se haya desarrollado un catastro predial a nivel nacional, con alta correlación con el Registro de Predios. La reticencia a cambiar el modo de transferencia hoy en día es entendible, pues existe una desactualización catastral, y en menor medida registral, de las titularidades actuales, y aún mucha informalidad en cómo se transfieren las propiedades en el país.

Sin embargo, con un catastro eficiente, correlacionado con el Registro de Predios, el margen de error entre la realidad y la información registral se reduciría considerablemente. En ese escenario, un registro constitutivo de propiedad sería más conveniente pues brindaría mayor seguridad a los compradores, quienes sabrían con certeza si están contratando con el dueño de la propiedad o no.

VII. En tanto no haya catastro, ¿qué hacer? Un paliativo temporal

En tanto no exista un catastro de predios en el Perú, los proyectos de infraestructura continuarán retrasándose por falta de entrega de terrenos,

¹⁰² Antes existían los denominados Consorcios, entidades descentralizadas que al igual que las municipalidades en Perú previo a la promulgación de la LSNC, operaban de manera no uniforme.

¹⁰³ PORTILLO FLORES, Angélica María "El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión", Primera Edición. Palestra Editores, Lima, 2009 pp. 126.

¹⁰⁴ DEGEL, Björn. "Reliability Aspects of the German Cadastre". Vienna, 2018, presentado en la "Joint Conference of PCC and Eurographics" de fecha 21 de noviembre de 2018.

¹⁰⁵ Sin perjuicio de ello, cabe mencionar el catastro alemán es uno de los pocos catastros europeos descentralizados, teniendo cada estado una oficina catastral.

persistirán las superposiciones en el Registro de Predios y las municipalidades continuarán sufriendo una baja recaudación tributaria. Sin perjuicio de aquello, existen formas de lidiar con la realidad actual y sacar grandes proyectos adelante.

Para llevar a cabo grandes proyectos, entendido para este asunto como proyectos que involucran varios predios o pocos predios de grandes dimensiones, es necesario identificar los predios y determinar el grado de afectación a los mismos por parte del proyecto. A falta de un catastro, lo que corresponde es realizar un diagnóstico técnico-legal (también llamado diagnóstico físico-legal).

El diagnóstico técnico-legal difiere de un mero estudio de títulos o *due diligence*, que se realiza antes de adquirir un predio individual ya identificado, en tanto requiere de un análisis más allá del legal. No basta con determinar si el titular registral o municipal de un predio es realmente el propietario del mismo, o si existen cargas o gravámenes que vayan a limitar el futuro uso o disposición del predio; sino se requiere determinar y analizar la ubicación exacta del predio. Para ello, además de abogados, se debe contar con un equipo de topógrafos e ingenieros especializados en catastro.

Diversas entidades públicas cuentan con manuales, guías o directivas que contienen los pasos a seguir al realizar un diagnóstico técnico-legal del área de afectación del proyecto. Entidades como el MTC se responsabilizan por la expropiación y/o entrega de terrenos en varios contratos públicos, y entidades como COFOPRI deben determinar el área a formalizar y asegurarse que solo se encuentre en propiedad estatal. En estas guías, se establece la formación de equipos llamados “brigadas”, conformados por abogados, ingenieros, topógrafos y otros profesionales a cargo de realizar el diagnóstico.

A grandes rasgos, un procedimiento de diagnóstico técnico-legal de un área afectada consiste en lo siguiente¹⁰⁶:

- i. Conformación de la brigada a cargo.
- ii. Levantamiento topográfico del área afectada y georreferenciación de la misma.
- iii. Recopilación de información interna y externa a diferentes entidades públicas y privadas. Esto implica remitir y revisar una serie de oficios requiriendo información y recibiendo las respuestas.
- iv. Elaboración de planos temáticos preliminares. Ello implica graficar la información recopilada de las entidades (propiedades inscritas, no inscritas, zonas arqueológicas, zonas de riesgo, ejes viales, etc.) en un mosaico.
- v. Realización de inspecciones de campo, a fin de determinar y corregir de ser el caso, cualquier inconsistencia entre la información documentaria/gráfica y la realidad.

¹⁰⁶ El recuento del procedimiento se ha hecho en base a guías o directivas aprobadas por entidades públicas, entre ellas la Resolución Ministerial No. 019-2018-MINAGRI, la Resolución de Secretaría General No. 027-2015-COFOPRI/SG y el Manual de Gestión de Procesos y Procedimientos (Gestión Predial) del MTC (MTC-MGPP-M.03.02.06).

- vi. Procesamiento y análisis de la información. Incluye realizar un análisis civil, registral, urbanístico, volver con las entidades consultadas, entre otros.
- vii. Elaboración y estudio del informe de diagnóstico técnico-legal.

Como se puede observar, este “paliativo temporal” de realizar un diagnóstico técnico-legal completo a falta de un catastro de predios implica un elevado costo, que no puede ser asumido por muchos, y que, en un mundo ideal con catastro, no debería existir.

Hay varias razones por las que es el Estado quien se obliga a realizar el diagnóstico técnico-legal en los contratos con los privados y no estos últimos. En primer lugar, esta obligación suele venir acompañada con la obligación de expropiar los terrenos dentro del área de afectación, potestad que un privado está imposibilitado de realizar. Asimismo, el Estado, en principio, cuenta con mayor acceso a información predial, ya sea internamente o a través de mecanismos de coordinación entre entidades.

Esto también se justifica en razones de índole económicas, con o sin un contrato con un privado. El Estado, a diferencia de un privado, salvo que esté obligado contractualmente, no sufre presión de tiempo, “nunca quiebra” y está obligado como parte de sus funciones a realizar un diagnóstico técnico-legal. Un privado, por el contrario, cuenta con menos tiempo en la etapa de diagnóstico, ya que precisamente sí puede quebrar, especialmente si la etapa de diagnóstico demora mucho, ya que esta etapa por sí sola no genera ingresos; y cuenta con el costo de oportunidad de realizar otras inversiones que no impliquen este gran uso de tiempo y recursos.

Sin embargo, nada obsta que pueda existir un proyecto lo suficientemente grande que justifique el elevado costo de realizar un diagnóstico técnico-legal por parte de un privado. Por ello, resultaría conveniente transparentar más la información predial que manejan las diversas entidades, de modo que pueda ser accedida, de manera célere y sin mayores trabas burocráticas, por personas interesadas en la misma. Ello además facilita la elaboración de un eventual catastro predial, el cual sigue siendo indispensable para potenciar la actividad económica en el país.

VIII. Conclusiones

Contar con un catastro a nivel nacional y actualizado es una labor fundamental para modernizar el aparato estatal. Desafortunadamente, los intentos para crear este catastro se quedaron en retórica y normas no aplicadas, y no se le ha dado la importancia que se merece.

El principal problema de no contar con un catastro es la inhabilidad de no poder identificar un predio a través de otros medios más eficaces. De ahí se desprende toda la serie de problemas que se han presentado en este artículo. La dificultad en realizar un planeamiento territorial se da porque la falta de un catastro obliga a las

entidades a planificar su territorio a ciegas, sin poder identificar qué predios se encuentran en su territorio. Asimismo, la falta de identificación de predios en el Registro de Predios conlleva a la existencia de superposiciones registrales, generando litigios entre titulares registrales que se proclaman dueños de la parcela física. A gran escala, esto impacta en la ejecución de grandes proyectos de infraestructura por la inhabilidad de identificar los predios involucrados.

No contar con un catastro, también representa un fuerte obstáculo para que un predio ingrese al registro. Esto debilita mucho la lucha contra el fraude inmobiliario y retrasa los avances en la formalización de viviendas. Mientras más predios se encuentren dentro del Registro de Predios, y este último esté estrechamente vinculado al catastro, se reduce el universo de predios que puedan ser objeto de fraude por parte de grupos criminales. Asimismo, mientras más fácil y seguro sea el acceso al registro, los procesos de formalización podrán ser acelerados y abarcar cada vez más predios. Finalmente, mientras más exacto sea el catastro, más eficientes serán los procedimientos de recaudación municipal, pues las municipalidades podrán identificar con mayor exactitud los predios en su jurisdicción para el adeudo del impuesto predial. Esto fortalecerá la labor general de las municipalidades y se reducirá su dependencia económica del Gobierno Central.

Se debe aprovechar la conmemoración del bicentenario de la independencia para tener las conversaciones necesarias a fin de lograr modernizar – y formalizar – el aparato estatal. La necesidad de contar con un catastro predial y los varios problemas que generan la falta de este no son abordados con frecuencia ni en los titulares, ni en la academia, por lo que este artículo ha pretendido explicar esta problemática en aras de contribuir a la conversación e incentivar la creación de un catastro predial, y se presenten propuestas concretas que no se queden en una o varias normas.

También se debe reconocer que contar con un catastro predial no es la propuesta más atractiva electoralmente. Muchas personas que hoy se benefician de que sus propiedades no se encuentren catastradas se benefician de esta informalidad, al pagar menos tributos municipales. Sin embargo, como muchas reformas, contar con un catastro resulta imprescindible para lograr un Estado más eficiente y dinámico. Esperemos que el nuevo gobierno a instalarse este 28 de julio le de la importancia que se merece al catastro.

Ante una pandemia, mejores reglas: las modificaciones en las reglas más importantes de arbitraje internacional a raíz de la pandemia por Covid-19

Nicolás de la Flor Puccinelli*

Esther Zagaceta Gómez**

Resumen. - En este artículo se describen los principales cambios suscitados en el arbitraje internacional a raíz de la pandemia originada por el Covid-19. De esta manera, ambos autores analizan tanto las Reglas IBA 2020 sobre Práctica de Prueba como el Reglamento Arbitral ICC de 2021. Entre ellos destacan las materias de audiencias virtuales, ciberseguridad, el deber de revelar la identidad del tercero financiador y la incorporación de partes adicionales a un arbitraje en curso.

Abstract. - This article describes the main changes in international arbitration because of the pandemic caused by Covid-19. In this way, both authors analyze both the IBA 2020 Rules of Evidence and the ICC Arbitration Rules of 2021. These include the issues of virtual hearings, cybersecurity, the duty to disclose the identity of the third-party funder and the incorporation of additional parties to an ongoing arbitration.

Palabras claves. - Arbitraje - Covid-19 - Reglas IBA 2020 - Reglamento Arbitral ICC - Adaptación - Discrecionalidad.

Palabras claves. - Arbitration - Covid-19 - IBA 2020 Rules - ICC Rules of Arbitration - Adaptation - Discretion.

* Abogado por la PUCP. Asociado de Bullard, Falla, Ezcurra+, con práctica en arbitraje comercial internacional y de inversiones. Árbitro en las Listas de los Centros de Arbitraje de la CCL y AMCHAM. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la PUCP

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de los cursos de Instituciones del Derecho Privado e Instituciones del Derecho Privado II. Practicante del Estudio Bullard Falla Ezcurra+.

I. Introducción

Hasta inicios del 2020, la mayoría de los abogados dedicados al arbitraje habíamos tenido pocas (o ninguna) audiencias remotas. Hoy, en marzo de 2021, todos hemos tenido probablemente ya más de un par de audiencias remotas, y probablemente -luego de superadas las taras tecnológicas iniciales- cada vez más estamos aprendiendo a disfrutarlas.

El Covid-19 ha cambiado todos los aspectos de nuestras vidas, desde el ámbito familiar hasta el laboral. Como es obvio, el arbitraje no ha sido la excepción. La práctica ha cambiado mucho, y muy probablemente cuando la pandemia termine, muchas cosas no volverán a como eran antes. Estamos constantemente aprendiendo y adaptándonos. Como decía Darwin: *“No es la más fuerte de las especies la que sobrevive, ni la más inteligente. Es aquel que es más adaptable al cambio”*. Si Darwin fuese abogado en el 2021, probablemente pensaría que el arbitraje es una especie con alta capacidad para adaptarse a los cambios.

El arbitraje se adaptó rápidamente a las necesidades por la pandemia. Al ser un sistema que surge de la interacción entre los usuarios, existe mucha mayor libertad y discrecionalidad para que se adapte a nuevas situaciones, incluso tan extremas como el Covid-19.

Por ejemplo, poco tiempo después de iniciada la pandemia, el 9 de abril de 2020, la CCI emitió la Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del COVID-19¹. Con ella, la CCI emitió recomendaciones y lineamientos sobre herramientas virtuales y manejo eficiente del caso de manera remota, con el objetivo de retomar los procesos arbitrales y mitigar el retraso ocasionado por la pandemia del Covid-19. De manera similar, en marzo de 2020, se publicó el “Protocolo de Seúl para videoconferencias en el arbitraje internacional”², con ayuda del Centro Internacional de Resolución de Disputas de Seúl (SIDRC) y la Korean Commercial Arbitration Board (KCAB). Dicho protocolo buscaba presentar a las partes una serie de especificaciones técnicas a prever en caso de realizar audiencias virtuales.

Con el paso del tiempo, la adaptación al nuevo entorno mejora. Así como los zorros de ártico lograron desarrollar un pelaje blanco para sobrevivir, o los pinzones un pico más duro para diversificar su fuente de alimento, el arbitraje también desarrollo nuevas virtudes para adaptarse de manera más firme a las nuevas circunstancias. Los dos principales ejemplos son las Reglas IBA 2020 sobre Práctica de Prueba y el Reglamento Arbitral ICC de 2021. A continuación, analizamos

¹ ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>

² KCAB International. “Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration is Released”. Consulta realizada el 18 de julio de 2021 en: http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENU0025&TOP_MENU_CODE=MENU0024

dichas normas, en función a los beneficios y eventuales problemas que podrían generarse en su aplicación.

I. Las Reglas de la IBA 2020 sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional

El 15 de febrero de 2021, la International Bar Association (IBA) publicó la nueva versión de sus Reglas sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional. Dicha actualización buscaba reflejar la nueva fase que atraviesa la práctica arbitral y la capacidad de adaptación de la misma frente a la pandemia por el Covid-19.

i. Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba

El origen de las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba se dio en el año 1999. Desde su creación, buscaban convertirse en un recurso que permitiera a las partes y los árbitros conducir la fase de pruebas de todo proceso arbitral, ad hoc o institucional, de manera más eficiente, económica y equitativa.

Posteriormente, la IBA realizó ajustes a dichas Reglas y publicó la versión del año 2010. Dicha versión se propagó rápidamente como un documento clave en el arbitraje internacional y durante más de 10 años se aplicó en casi todo el mundo sin cuestionamientos. Sin embargo, el 2020 no fue un año convencional, y ante un cambio drástico de circunstancias, el arbitraje y la IBA tuvieron que adaptarse al nuevo entorno y sus particularidades.

Los principales cambios incorporados en las Reglas IBA 2020 abarcan: (i) Audiencias y declaraciones remotas de testigos; (ii) confidencialidad, seguridad y protección de datos; y (iii) facultades del tribunal. A continuación, explicamos cada uno de ellos:

A. Audiencias Virtuales

En primer lugar, las Reglas IBA 2020 han eliminado el siguiente párrafo del artículo 8.1:

“Cada testigo deberá comparecer en persona salvo que en casos excepcionales el Tribunal Arbitral permita el uso de videoconferencia o de una tecnología similar”.

Esta eliminación es muy pertinente. De esta manera, las audiencias físicas no son más la regla general para todo tipo de arbitraje; por el contrario, de ahora en adelante, el carácter físico o virtual de una audiencia resulta equivalente y la decisión entre una u otra opción dependerá de las circunstancias por las que atraviesen las partes, los testigos/expertos y el tribunal arbitral.

Por otro lado, las Reglas IBA 2020 añaden el artículo 8.2, otorgando la siguiente facultad expresa a los tribunales arbitrales:

“A solicitud de Parte o por iniciativa propia, el Tribunal Arbitral podrá, previa consulta con las Partes, ordenar que la Audiencia Probatoria se lleve a cabo como Audiencia a Distancia”.

Este ajuste es consistente con la eliminación del artículo 8.1. Las audiencias remotas ya no son consideradas como una situación excepcional. Ahora son consideradas equivalentes e igualmente aplicables que una audiencia presencial.

Bajo la versión del año 2010, para realizar una audiencia remota, el Tribunal se veía obligado a justificar dicha orden en normas genéricas referidas a su facultad de conducción del arbitraje³ 4. Si bien dichas referencias genéricas permitían al tribunal llevar a cabo una audiencia remota, generaban cuestionamientos precisamente por la falta de especificidad.

El cambio realizado, aunque pueda parecer sencillo, otorga expresamente mayores poderes al tribunal y por ende, reduce cualquier tipo de cuestionamientos futuros a la etapa de audiencias del proceso arbitral. Asimismo, esta facultad permitirá que sea el Tribunal quien, en base a las circunstancias que afronta cada parte, decida lo más conveniente para ambas, y evitará supuestos en que una de las partes se niegue a virtualizar las audiencias por un tema estratégico (zona horaria, costos, etcétera).

Lo anterior, además, es consistente con los intereses de los usuarios del arbitraje incluso previos a la pandemia. Según la encuesta de Queen Mary y White & Case del año 2019 (la última previa a la pandemia por el Covid-19), una de las principales críticas de los usuarios al arbitraje era su alto costo. La realización de audiencias virtuales permite un alto ahorro en costos: reduce los gastos de los equipos legales, periciales y del Tribunal en los viajes realizados para las audiencias.

Un tercer cambio importante es la incorporación de un protocolo de Audiencias Remotas en el mismo artículo 8.2:

“En ese caso, el Tribunal Arbitral consultará con las Partes con miras a establecer un protocolo de Audiencia Remota para llevar a cabo la Audiencia Remota de manera eficiente, justa y, en la medida de lo posible, sin interrupciones involuntarias. El protocolo puede abordar:

- (a) la tecnología que se utilizará;*
- (b) prueba anticipada de la tecnología o capacitación en el uso de la tecnología;*
- (c) las horas de inicio y finalización considerando, en particular, las zonas horarias en las que se ubicarán los participantes;*

³ Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. Artículo 8.2. (“El Tribunal Arbitral tendrá en todo momento pleno control sobre la Audiencia Probatoria.”).

⁴ Id. Artículo 8.3.d) (“El Tribunal Arbitral podrá interrogar al Perito Designado por el Tribunal Arbitral y éste podrá ser interrogado por las Partes o por cualquier Perito Designado por la Parte.”).

- (d) *cómo se pueden presentar los Documentos ante un testigo o el Tribunal Arbitral;*
y
(e) *medidas para asegurar que los testigos que dan testimonio oral no sean influenciados o distraídos indebidamente."*

De esta manera, las Reglas IBA 2020 exigen que para la realización de audiencias virtuales exista previamente un protocolo elaborado por el Tribunal Arbitral. Dicho protocolo deberá contener, como mínimo, los datos citados previamente. Estos puntos del protocolo pueden sonar básicos, pero es esencial tenerlos reglamentados para que las audiencias se lleven a cabo sin ninguna interrupción y sin crear ninguna situación de desequilibrio o desventaja entre las partes, que podría llevar a un futuro cuestionamiento de la validez del laudo arbitral.

Las Reglas de la IBA recogen y recomiendan algunas prácticas que ya venían siendo aplicadas. Por ejemplo, en un caso con partes ubicadas en Hong Kong y en Nueva York. Al respecto, se ha señalado que “[p]ara equilibrar las dos zonas horarias y garantizar la equidad entre las partes y los equipos de abogados, el tribunal decidió celebrar la mitad de la audiencia probatoria por la mañana en Hong Kong y la otra mitad por la mañana en Nueva York ⁵.”

Por dar un ejemplo, algo similar sucedió en el arbitraje entre el Estado peruano y el Grupo Renco bajo la administración de la Corte Permanente de Arbitraje (Caso PCA No. 2019-46). En este arbitraje, las partes y los árbitros se encontraban en cuatro partes diferentes del mundo por lo que el Tribunal decidió mediante su Orden Procesal No. 2, establecer que las audiencias se darían diariamente pero estas no afectarían las horas de sueño en ninguna región. Así, el horario de inicio programado más temprano se dio en Vancouver (6:00 a.m.) y el horario de fin programado más tarde se dio en La Haya (8:00 p.m.)⁶.

Respecto a las medidas para evitar que los testigos reciban apoyo ilícito durante su declaración, la virtualidad ofrece una serie de beneficios prácticos para la realización de audiencias, pero a su vez, permite que para las personas que están del otro de la pantalla (testigos o expertos) sea mucho más fácil ser influenciadas o aconsejadas por abogados, sea vía redes sociales (en una segunda pantalla) o a través de señas y conversaciones al lado. Así, resulta muy importante que las

⁵ TALIB, M., y CHING, S. “Mindful Arbitration”, en Romesh Weeramantry and John Choong, Asian Dispute Review, Volumen 22 Número 4. Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC). 2020. pp. 170-171. Traducción libre de: (“An example of such ‘mindfulness’ was exhibited in relation to a merits hearing that straddled the Hong Kong/New York time zones, with two tribunal members and counsel for one side sitting in Hong Kong and one tribunal member and the other counsel team sitting in New York. To balance between the two time zones and ensure fairness between the parties and counsel teams, the tribunal decided to hold half of the evidentiary hearing in the morning in Hong Kong and the other half in the morning in New York.”).

⁶ The Renco Group Inc c. República del Perú, Caso PCA No. 2019-46. Orden Procesal No. 2. p. 5 (10.1 Teniendo en cuenta las diferentes zonas horarias en donde se ubican los Participantes de la Audiencia, la Audiencia comenzará cada día a las 6:00 UTC-7 (Vancouver), 8:00 UTC-5 (Lima), 9:00 UTC-4 (Nueva York, Washington, D.C.), 15:00 UTC + 2 (La Haya). Habrán al menos 2 recesos de 30 minutos cada uno, y la Audiencia concluirá a más tardar a las 11:00 UTC-7 (Vancouver), 13:00 UTC-5 (Lima), 14:00 UTC-4 (Nueva York, Washington, D.C.), 20:00 UTC + 2 (La Haya).2).

Reglas IBA propongan al Tribunal la oportunidad de fijar mecanismos de mitigación frente a estos actos, tales como la manipulación de una doble cámara, la instalación de espejos en la sala del testigo, o incluso, la presencia física con el testigo de un representante del abogado contrario.⁷

Finalmente, aunque parezca algo obvio, debe resaltarse la importancia de exigir al Tribunal Arbitral “optar por un tipo de tecnología para las audiencias”, ya que esto lo obliga, a su vez, a evaluar todas las plataformas posibles en base a las necesidades del caso y las posibilidades de las partes y los testigos y/o expertos⁸.

En la práctica arbitral muchas veces podrán existir casos en donde los testigos y expertos solo necesitarán tener la cámara prendida y hablar por unos minutos. Sin embargo, también pueden existir supuestos mucho más complejos, en donde será necesaria la presentación de gráficas, estudios técnicos, estadísticas, etcétera. Teniendo en cuenta ello y evaluando también las posibilidades de cobertura inalámbrica, el Tribunal Arbitral deberá discutir con las partes qué tipo de tecnología es la más conveniente y beneficiosa para todos.

B. Ciberseguridad y confidencialidad

El “nuevo mundo virtual” del arbitraje nos ha permitido ahorrar tiempo y costos, desde la reducción de impresiones de escritos hasta el pago de vuelos internacionales. Sin embargo, este nuevo mundo también nos acerca a nuevos riesgos tecnológicos que debemos aprender a prevenir.

Hace pocos años, la CPA⁹ o la CCI¹⁰ sufrieron problemas de *hackeo* y filtración de información. En el caso de la CCI, este problema se dio en un arbitraje entre la empresa indonesia Paper Excellence y la empresa brasileña J&F, donde aparecieron acusaciones de espionaje informático, luego de que se conociera la filtración de audios entre ejecutivos de Paper Excellence que afirmaban haber extraído documentos de J&F estrictamente confidenciales y referidos a su estrategia legal. En el caso de la CPA, este inconveniente se dio durante un arbitraje entre China y Filipinas cuando un número de *hackers* ingresó a la plataforma oficial

⁷ Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association. p. 25.

⁸ GREOFFREY, D. y BATESON, A. “Virtual Arbitrations: The Impact of COVID-19”, en Indian Journal of Arbitration Law, Volumen IX, Número 1. Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University. 2020. pp. 168-169.

⁹ PETERSON, L.E. “Permanent Court of arbitration website goes offline, with cyber-security firm contending that security flaw was exploited in concert with China-Philippines Arbitration”, Investment Arbitration Reporter, 23 de julio de 2015. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.iareporter.com/articles/permanent-court-of-arbitration-goes-offline-with-cyber-security-firm-contending-that-security-flaw-was-exploited-in-lead-up-to-china-philippines-arbitration/#ixzz3gjZFys4p>

¹⁰ Diário Veja, “Espionagem e grampos marcam disputa entre J&F e Paper Excellence”, 18 de setiembre de 2020. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://veja.abril.com.br/blog/radar-economico/espionagem-e-grampos-marcam-disputa-entre-jf-e-paper-excellence/>

de la CPA e implantó un virus informático en toda aquella computadora que visitaba la página buscando obtener información sobre el caso.

Las Reglas IBA 2020 no podían permanecer ajenas a esta realidad cada vez más riesgosa, y es por ello que algunos de sus principales cambios en este aspecto se da en la incorporación del artículo 2.2 (e): *“La consulta sobre cuestiones probatorias puede referirse al ámbito, tiempo y forma de la práctica de prueba, incluyendo: [...] (e) el tratamiento de cualquier problema de ciberseguridad y protección de datos”*; y en la modificación del artículo 9.5: *“El Tribunal Arbitral podrá, cuando corresponda, hacer los arreglos necesarios para permitir la producción de Documentos y la presentación o consideración de pruebas, sujeto a la protección de confidencialidad adecuada”*.

Gracias a las modificaciones hechas por las Reglas IBA 2020, de ahora en adelante, cada vez será más común que se fijen reglas procesales considerando elementos como (i) las medidas de seguridad incorporadas en el software/plataforma que se planea usar; (ii) la política de privacidad y recopilación de datos; (iii) la capacidad del anfitrión para monitorear las actividades de los asistentes, (iv) las medidas de protección para la transferencia de documentos antes y después de las audiencias, etcétera.

De la misma manera, la IBA señala que las partes y el tribunal deberán tomar en cuenta los siguientes criterios en la organización de las audiencias: *“ciberseguridad y privacidad/protección de datos, alcance de la recopilación/preservación de documentos, formato de producción y el uso de registros de privilegios o cualquier etiqueta similar que identifique documentos privilegiados de producción¹¹”*. Todos elementos son piezas de análisis clave, no solo a nivel de seguridad como hemos explicado en párrafos anteriores, sino también a nivel económico. No tomarlos en cuenta podría derivar, lamentablemente, en un escenario de pérdidas para las partes.

Un informe reciente de McAfee estima que el costo global por el ciberdelito es de USD 1 billón desde el año 2018.¹² De acuerdo a Gonzales y Apostol, *“un cálculo simple nos mostraría que esto representa más del 1.1% del PIB mundial, más de USD 2.7 mil millones diarios y casi USD 32 000 por segundo¹³”*. En otras palabras, los hackeos o las filtraciones de información no significan únicamente la violación de la privacidad de las partes, sino también la afectación directa a su economía, reputación y estabilidad financiera. Por ello, el hecho de que las Reglas IBA obliguen a los tribunales arbitrales a tratar expresamente extremos como la

¹¹ Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association. p. 7. Traducción libre de: (“Such issues include, for example: cybersecurity and data privacy/protection, scope of document collection/preservation, production format, and the use of privilege logs or any similar document specifying privileged documents withheld from production.”).

¹² Zhanna Malekos Smith and Eugenia Lostri. “The Hidden Costs of Cybercrime”, por McAfee. p. 3. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.mcafee.com/enterprise/en-us/assets/reports/rp-hidden-costs-of-cybercrime.pdf>

¹³ Wendy Gonzales (CyberArb) and Mihaela Apostol (ArbTech). “Formula 1 Lessons for Cybersecurity in International Arbitration: The “CyberArb Roadmap””. Kluwer Arbitration Blog. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/27/formula-1-lessons-for-cybersecurity-in-international-arbitration-the-cyberarb-roadmap-2/>

ciberseguridad y la confidencialidad representa un gran avance en la seguridad del arbitraje.

Una tercera modificación sobre este punto, es la adición del artículo 9.3: “El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de una Parte o por iniciativa propia, excluir pruebas obtenidas ilegalmente.” Dicha regulación, probablemente, permitirá que todas las pruebas que hayan sido obtenidas mediante prácticas de espionaje o *hackeo* sean rechazadas de oficio por el Tribunal. Sin embargo, dicha modificación también ha sido sujeto de críticas por algún sector de la doctrina al dejar en manos del Tribunal el estándar de “ilegalidad”. Así, algunos autores consideran que el rechazo indiscriminado de algunos documentos probatorios “podrá generar también ciertas controversias relativas al debido proceso ante los tribunales arbitrales y cortes judiciales¹⁴”.

C. Ampliación de testimonios y pericias

Las Reglas IBA 2010 permitían que las partes presentaran nuevos testimonios o informes de expertos siempre y cuando estos hicieran referencia a asuntos ya señalados previamente en por otros testigos/expertos¹⁵. Sin embargo, la práctica arbitral internacional demostraba que los tribunales arbitrales permitían a las partes presenten testimonios nuevos referidos a materias que anteriormente no se incluyeron por no haber sido consideradas relevantes, pero que luego se consideró necesario incorporar. Esto, en muchos casos, sucedía también debido a que los tribunales preferían asegurar el laudo de eventuales cuestionamientos posteriores basados en que se habría vulnerado el derecho de defensa de las partes por presuntamente haber limitado el derecho de defensa.

Ante dicha práctica, las Reglas IBA 2020 han optado por modificar los Artículos 4.6 y 5.3:

Artículo 4.6:

¹⁴ Cleary Gottlieb. 2020 Revision of the IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration. P 8. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2021/2020-revision-of-the-iba-rules-on-the-taking-of-evidence-in-international-arbitration.pdf>

¹⁵ Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. Artículo 4.6. (“6. Si se presentasen Declaraciones Testimoniales, cualquier Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, presentar ante éste y ante las demás Partes, Declaraciones Testimoniales adicionales o, corregidas e incluso declaraciones de personas no designadas previamente como testigos, en tanto tales correcciones o adiciones correspondan sólo a cuestiones puestas de manifiesto en las Declaraciones Testimoniales de otra Parte, Dictámenes Periciales u otras pruebas que no hubieran sido previamente acompañadas en el arbitraje.”); Artículo 5.3. (“3. Si se presentasen Dictámenes Periciales, cualquier Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, presentar ante éste y ante las demás Partes, Dictámenes Periciales corregidos o adicionales, incluyendo dictámenes o declaraciones de personas no designadas previamente como Perito Designado por la Parte, siempre que tales correcciones o adiciones sólo correspondan a cuestiones puestas de manifiesto en la Declaración Testimonial, el Dictamen Pericial o presentaciones de otra Parte que no hayan sido previamente acompañadas en el arbitraje.”).

Ante una pandemia, mejores reglas: las modificaciones en las reglas más importantes de arbitraje internacional a raíz de la pandemia por Covid-19

*“6. Si se envían Declaraciones de Testigos, cualquier Parte podrá, dentro del tiempo ordenado por el Tribunal Arbitral, presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes Declaraciones de Testigos revisadas o adicionales, incluyendo declaraciones de personas no nombradas previamente como testigos, siempre que tales las revisiones o adiciones respondan únicamente a: (a) asuntos contenidos en declaraciones de testigos, informes periciales u otras presentaciones de otra Parte que no se hayan presentado previamente en el arbitraje; o (b) **nuevos eventos fácticos que no podrían haberse abordado en una declaración testimonial anterior.**”*

Artículo 5.3:

*“3. Si se presentan informes periciales, cualquier Parte podrá, dentro del tiempo ordenado por el Tribunal Arbitral, presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes Informes Periciales revisados o adicionales, incluidos informes o declaraciones de personas no identificadas previamente como Peritos Designados por las Partes, siempre que dichas revisiones o adiciones respondan únicamente a: (a) asuntos contenidos en declaraciones testimoniales, informes periciales u otras presentaciones de otra Parte que no se hayan presentado previamente en el arbitraje; o (b) **nuevos eventos que no podrían haberse abordado en un informe de experto anterior.**”*

Como vemos, dicha regla permitirá que se presenten testimonios o informes de expertos “adicionales” que demuestren situaciones ocurridas de manera posterior a la entrega del informe/testimonio inicial, pero que resultan relevantes para la resolución del caso.

Evidentemente, esta nueva regla puede generar un incentivo perverso en las partes que podría recurrir a prácticas como el *sandbagging*, en donde las partes reservan hechos que recién presentan posteriormente, limitando así la posibilidad de defenderse de su contraparte. Para evitar estos escenarios que podrían generar una mayor base para los cuestionamientos posteriores al laudo, es evidente que los tribunales arbitrales deberán buscar esta regla con estricto cuidado y con las limitaciones pertinentes.

Por ello, si bien la norma resulta pertinente al darle la oportunidad a los árbitros de conocer a mayor detalle todos los aspectos fácticos de la controversia, también es importante que el tribunal arbitral realice los mayores esfuerzos para evitar que las partes utilicen esta herramienta de mala fe. De lo contrario, se podría llegar a afectar el derecho de debido proceso de las partes y por ende, el laudo arbitral podría ser finalmente cuestionado y anulado.

II. Reglamento Arbitral de la ICC del 2021

i. Incorporación de partes adicionales a un arbitraje en curso

El Reglamento del 2021 incorpora reglas específicas referidas a la incorporación de partes adicionales en un arbitraje en curso. Los cambios son los siguientes:

Article 7: Joinder of Additional Parties

1

A party wishing to join an additional party to the arbitration shall submit its request for arbitration against the additional party (the "Request for Joinder") to the Secretariat. The date on which the Request for Joinder is received by the Secretariat shall, for all purposes, be deemed to be the date of the commencement of arbitration against the additional party. Any such joinder shall be subject to the provisions of Articles 6(3)–6(7) and 9. ~~Unless all parties, including the additional party, otherwise agree, or as provided for in Article 7(5), no~~ additional party may be joined after the confirmation or appointment of any arbitrator, ~~unless all parties, including the additional party, otherwise agree. The~~ arbitrator. The Secretariat may fix a time limit for the submission of a Request for Joinder.

5

Any Request for Joinder made after the confirmation or appointment of any arbitrator shall be decided by the arbitral tribunal once constituted and shall be subject to the additional party accepting the constitution of the arbitral tribunal and agreeing to the Terms of Reference, where applicable. In deciding on such a Request for Joinder, the arbitral tribunal shall take into account all relevant circumstances, which may include whether the arbitral tribunal has prima facie jurisdiction over the additional party, the timing of the Request for Joinder, possible conflicts of interests and the impact of the joinder on the arbitral procedure. Any decision to join an additional party is without prejudice to the arbitral tribunal's decision as to its jurisdiction with respect to that party.

Bajo las Reglas del 2017, después de que el tribunal arbitral fuera confirmado o designado, no se podían añadir nuevas partes a no ser que todas (incluida la adicional) estuviesen conformes con ello.

A partir de la entrada en vigencia de las Reglas 2021, dicha incorporación podrá ser decidida por el tribunal arbitral una vez constituido, sin que sea necesaria la conformidad de todas las partes involucradas y siempre que la parte adicional acepte la constitución del tribunal arbitral y acepte los Términos de Referencia, según corresponda.

Adicionalmente, las Reglas ICC 2021 establecen que al decidir sobre dicha incorporación, el tribunal arbitral se encuentra obligado a analizar todas las circunstancias que podrían afectar el desarrollo del proceso como los posibles conflictos de intereses o el impacto de la acumulación en el procedimiento arbitral.

La modificación responde a la realidad comercial en donde la gran mayoría de relaciones jurídicas se da entre empresas consorciadas o vinculadas. De acuerdo a las estadísticas publicadas por la ICC en el año 2019:

“de las 2.498 partes involucradas en los casos presentados en 2019, el 49% eran demandantes y el 51% encuestados. Aproximadamente un tercio de los casos involucró a múltiples partes (31%), de las cuales la mayoría (59%) involucró a varios encuestados, 24% a varios demandantes y 17% a varios demandantes y demandados. Aunque la mayoría de los casos multipartes involucraron de tres a cinco partes (87% de los casos multipartes), los casos que involucraron de seis a diez partes representaron un significativo 11% de los casos multipartes. Tres casos

Ante una pandemia, mejores reglas: las modificaciones en las reglas más importantes de arbitraje internacional a raíz de la pandemia por Covid-19

involucraron de 10 a 30 partes, mientras que en dos casos el número de partes superó las 100¹⁶”.

Los cambios en las reglas permiten que el Tribunal Arbitral permite, consciente del curso del arbitraje y de los posibles efectos que puedan surgir a partir de la emisión del laudo arbitral, convoque a aquellas partes que podrían ser terminar directamente implicadas, facilitando así la ejecución del laudo y su alcance futuro. Al hacerlo, además no perjudican el arbitraje en curso, ya que la parte adicional no podrá modificar las reglas en curso.

Adicionalmente, el hecho de que ya no sea necesario que absolutamente todas las partes admitan la incorporación de una parte adicional y solo baste la aceptación de esta última, ahorrará tiempo y costos a las partes, sumado a que, evitará supuestos en donde las partes rechazaban a la parte adicional solo por temas estratégicos o de conveniencia.

Finalmente, el hecho de que se exija que la parte adicional manifiesta estar de acuerdo con la conformación del Tribunal Arbitral y los “Términos de Referencia” evitarán que en un futuro existan cuestionamientos al laudo arbitral por falta de competencia del Tribunal¹⁷.

ii. Deber de revelar la identidad del tercero financiador (Artículo 11.7):

Las Reglas del 2021 incorporan expresamente la necesidad de declarar, en caso exista, la existencia de un financista (“funder”) del litigio:

7

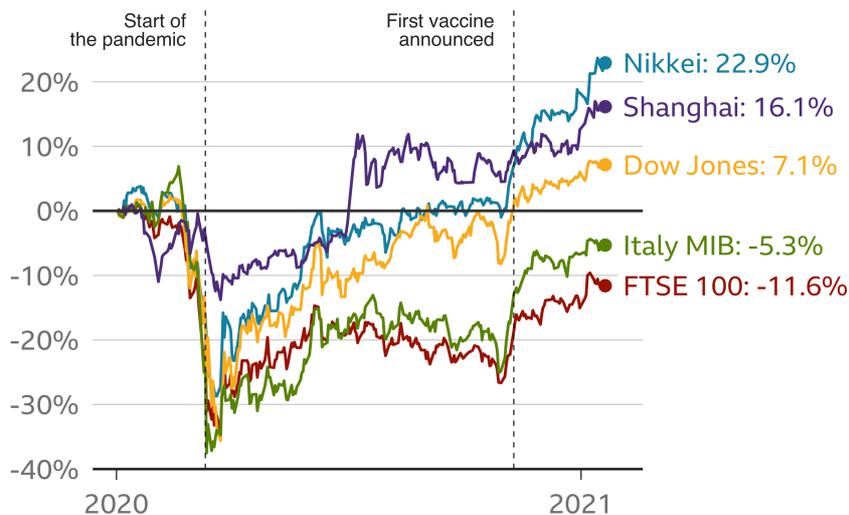
In order to assist prospective arbitrators and arbitrators in complying with their duties under Articles 11(2) and 11(3), each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties, of the existence and identity of any non-party which has entered into an arrangement for the funding of claims or defences and under which it has an economic interest in the outcome of the arbitration.

Esta regla es consistente con la nueva realidad comercial. El financiamiento de litigios ha crecido mucho en los últimos años y dicho crecimiento será más marcado a raíz de la grave crisis económica generada por el Covid-19. Un reporte reciente de Bloomberg reportado por la BBC refleja la grave crisis económica en las bolsas del mundo:

¹⁶ ICC Dispute Resolution 2019 Statistics. p. 9. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>

¹⁷ Smitha Menon, Charles Tian (WongPartnership LLP). “Joinder and Consolidation Provisions under 2021 ICC Arbitration Rules: Enhancing Efficiency and Flexibility for Resolving Complex Disputes”. Kluwer Arbitration Blog. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/03/joinder-and-consolidation-provisions-under-2021-icc-arbitration-rules-enhancing-efficiency-and-flexibility-for-resolving-complex-disputes/>

The impact of coronavirus on stock markets since the start of the outbreak



Fuente: Bloomberg

Las crisis económicas incrementan los litigios. Y las crisis económicas graves incrementan los litigios y la necesidad de los demandantes y demandados de pedir financiamiento para mitigar los riesgos de dicho litigio. En el caso *Excalibur vs. Texas Keystone*, la Corte Inglesa de Apelaciones determinó que “*Third party funding is a feature of modern litigation.*” Esta conclusión se acrecienta mucho más con la grave crisis económica actual.

Mientras que las Reglas ICC 2017 no se pronunciaban al respecto, las Reglas ICC 2021 han añadido un inciso específico sobre la figura del “third party funding”, en donde señalan la obligación de todas las partes del proceso de revelar “ la existencia e identidad de cualquier no parte que haya celebrado un acuerdo para la financiación de reclamaciones o defensas y en virtud del cual tenga un interés económico en el resultado del arbitraje.”

Exigir únicamente la revelación de la identidad de financista resulta la decisión media entre las medidas adoptadas por otros centros de arbitraje: por ejemplo, por un lado, la Cámara de Comercio de Estocolmo, que simplemente "alienta" (pero no obliga) a las partes a revelar la existencia de un acuerdo de financiación de terceros; mientras que el artículo 44.2 del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong exige la divulgación del acuerdo de financiación en sí¹⁸.

¹⁸ 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules. (“44.2 The notice referred to in Article 44.1 must be communicated: (a) in respect of a funding agreement made on or before the commencement of the arbitration, in the application for the appointment of an emergency arbitrator, the Notice of Arbitration, the Answer to the Notice of Arbitration, the Request for Joinder or the Answer to the Request for Joinder (as applicable); or (b) in respect of a funding agreement made after the commencement of the arbitration, as soon as practicable after the funding agreement is made.”). Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-2#42>

Exigir la revelación del financista y no la divulgación del acuerdo comercial en sí se adopta al criterio mayormente utilizado por los tribunales arbitrales. Por ejemplo, en un arbitraje entre Perú y el inversionista estadounidense Bacilo Amorrortu, Perú solicitó que el señor Amorrortu revele la identidad y el acuerdo con cualquier financiador del arbitraje. Al respecto, el tribunal arbitral amparó el primer pedido. Sin embargo, rechazó la revelación del acuerdo de financiamiento dado que no encontró evidencia de que el señor Amorrortu careciera de los medios para pagar los potenciales costos de un laudo arbitral. Asimismo, añadió que las relaciones financieras que pudiera mantener Amorrortu eran solo de su competencia¹⁹.

Adicionalmente, se ha señalado que “La obligación de divulgar es coherente con el interés del financiador de proteger su inversión: evitar conflictos de intereses le asegura al financiador un retorno de su inversión a través de una adjudicación exigible (si se requiere que se cumpla). Por lo tanto, invertir en un arbitraje incentiva al financiador a hacer todo lo necesario desde el principio para cumplir con las reglas y las mejores prácticas²⁰”.

Esta decisión nos parece adecuada. En algunas reglas como por ejemplo las del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, se exige presentar el acuerdo de financiación. Esto puede generar una desventaja, ya que se estará divulgando muy probablemente el nivel de certeza que la parte y el financista consideran respecto a alguno de los reclamos que serán parte del arbitraje.

iii. Potestad del Tribunal sobre la representación de las partes (Artículo 17.1 y 17.2):

Los cambios incorporados sobre la representación de los abogados son de los más relevantes. Dichos cambios son los siguientes:

Article 17: Proof Party Representation

1

Each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties of Authority any changes in its representation.

2

The arbitral tribunal may, once constituted and after it has afforded an opportunity to the parties to comment in writing within a suitable period of time, take any measure necessary to avoid a conflict of interest of an arbitrator arising from a change in party representation, including the exclusion of new party representatives from participating in whole or in part in the arbitral proceedings.

¹⁹ Global Arbitration Review. “Peru claimant ordered to reveal funder.” Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://globalarbitrationreview.com/peru-claimant-ordered-reveal-funder>

²⁰ Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Jacob Henze (Nivalion AG). “Third-Party Funding Finds its Place in the New ICC Rules”. Kluwer Arbitration Blog. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/05/third-party-funding-finds-its-place-in-the-new-icc-rules/>

Las Reglas ICC 2017 solo señalaba que en cualquier momento después del comienzo del arbitraje, el tribunal arbitral o la Secretaría podrían exigir prueba de la autoridad de los representantes de las partes. En cambio, las Reglas ICC 2021 atribuyen al Tribunal Arbitral la potestad de rechazar la modificación de representación en caso sea utilizada estratégicamente para generar conflictos de interés respecto al tribunal.

Así, de acuerdo a las Reglas ICC 2021: (i) cada parte debe informar sin demora a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las demás partes de cualquier cambio en su representación; y (ii) el tribunal arbitral podrá, una vez constituido y después de haber brindado a las partes la oportunidad de comentar por escrito dentro de un período de tiempo adecuado, tomar cualquier medida necesaria para evitar un conflicto de intereses de un árbitro que surja de un cambio en la representación de las partes, incluida la exclusión de los nuevos representantes de las partes de participar total o parcialmente en los procedimientos arbitrales.

El Tribunal Arbitral tendrá la opción de evitar en todo momento estrategias de alguna de las partes que busque cambiar intencionalmente de abogados representantes con el fin de lograr la recusación de un árbitro. Disposiciones similares están contenidas en el artículo 18.4 de las Reglas de LCIA²¹.

Por ejemplo, en el caso *Hrvatska Elektroprivreda dd (HEP) c. República de Eslovenia*, se reveló diez días antes de la audiencia que el demandado había cambiado de representante por un abogado de las mismas cámaras que el presidente del tribunal.

El tribunal descalificó al abogado sobre la base del principio fundamental de “la inmutabilidad de los tribunales debidamente constituidos”. Sin embargo, ahora el Tribunal podría aplicar de manera literal el Artículo 17 de las Reglas ICC 2021.

Resulta cuestionable para algunos autores que el propio Tribunal decida sobre los representantes de las partes. Ello en tanto los miembros del Tribunal podrían negar cualquier tipo de conflicto de intereses por resultarle más conveniente²².

²¹ LCIA Arbitration Rules (2014). (“18.4 The Arbitral Tribunal may withhold approval of any intended change or addition to a party’s legal representatives where such change or addition could compromise the composition of the Arbitral Tribunal or the finality of any award (on the grounds of possible conflict or other like impediment). In deciding whether to grant or withhold such approval, the Arbitral Tribunal shall have regard to the circumstances, including: the general principle that a party may be represented by a legal representative chosen by that party, the stage which the arbitration has reached, the efficiency resulting from maintaining the composition of the Arbitral Tribunal (as constituted throughout the arbitration) and any likely wasted costs or loss of time resulting from such change or addition.”). Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: https://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2018

²² Alina Leoveanu (Mayer Brown) and Radu Giosan (Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP). *The 2021 ICC Arbitration Rules: Changes to the Arbitral Tribunal’s Powers*. Kluwer Arbitration Blog. (“However, new Article 17 gives rise to a potential issue. There is an inherent tension created by making the arbitral tribunal a judge in its own case on matters of representation. The arbitral tribunal’s interest (i.e., to avoid a conflict of interest and thus having to resign) may be directly at odds with the inherent right of each party to choose its representatives.”). Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en:

Sin embargo, este cambio resulta muy pertinente para evitar conductas estratégicas de las partes, por lo que es un cambio muy adecuado.

iv. Nombramiento del Tribunal Arbitral a cargo del Centro (Artículo 12.9):

Los cambios incorporados en el Reglamento ICC 2021 sobre el nombramiento del Tribunal Arbitral a cargo del Centro de Arbitraje se dan de la siguiente manera:

9

Notwithstanding any agreement by the parties on the method of constitution of the arbitral tribunal, in exceptional circumstances the Court may appoint each member of the arbitral tribunal to avoid a significant risk of unequal treatment and unfairness that may affect the validity of the award.

Las Reglas ICC 2017 limitaban las potestades de la Corte de Arbitraje sobre la designación de miembros del tribunal arbitral a los siguientes supuestos: (i) cuando el presidente no había nominado dentro de los 30 días siguientes a la confirmación o nombramiento de los co-árbitros o cualquier otro límite de tiempo acordado por las partes o fijado por la Corte²³; o (ii) cuando en un arbitraje múltiple o en un arbitraje con una parte adicional, todas las partes no puedan ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro y tampoco puedan acordar un método para la constitución del tribunal arbitral²⁴.

Ambos supuestos tienen una característica en común: tienen la condición previa de que, si bien existe un mecanismo acordado y validado por las partes, pero estas no logran ponerse de acuerdo durante su ejecución. Sin embargo, la práctica arbitral nos demostró un supuesto adicional: ¿qué ocurre cuando las partes han pactado un mecanismo y ambas están de acuerdo con su forma de ejecución pero la Corte considera que esta es inminente desigual e injusto? ¿Qué puede hacer la Corte frente a este tipo de situaciones?

Las Reglas ICC 2021 dan una respuesta y añaden una nueva potestad a la Corte de Arbitraje señalando en el Artículo 12.9 “*Sin perjuicio de cualquier acuerdo de las partes*

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/04/the-2021-icc-arbitration-rules-changes-to-the-arbitral-tribunals-powers/>

²³ Reglas ICC 2017. Artículo 12.5. (“Where the dispute is to be referred to three arbitrators, the third arbitrator, who will act as president of the arbitral tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have agreed upon another procedure for such appointment, in which case the nomination will be subject to confirmation pursuant to Article 13. Should such procedure not result in a nomination within 30 days from the confirmation or appointment of the co-arbitrators or any other time limit agreed by the parties or fixed by the Court, the third arbitrator shall be appointed by the Court.”)

²⁴ Reglas ICC 2017. Artículo 12.8 (“In the absence of a joint nomination pursuant to Articles 12(6) or 12(7) and where all parties are unable to agree to a method for the constitution of the arbitral tribunal, the Court may appoint each member of the arbitral tribunal and shall designate one of them to act as president. In such case, the Court shall be at liberty to choose any person it regards as suitable to act as arbitrator, applying Article 13 when it considers this appropriate.”)

sobre el método de constitución del tribunal arbitral, en circunstancias excepcionales **la Corte podrá nombrar a cada miembro del tribunal arbitral para evitar un riesgo significativo de trato desigual e injusticia que pueda afectar la validez del laudo.**” Es importante resaltar que este artículo, a diferencia de los supuestos regulados por las Reglas ICC 2017, aplican a todo tipo de arbitraje y no solo a arbitrajes múltiples o con partes adicionales.

El origen del nuevo Artículo 12.9 puede encontrarse en diversos supuestos enfrentados por la CCI en el pasado. A manera de ejemplo, se comenta que la CCI ha recibido casos en donde los convenios arbitrales permitían la designación de un co-árbitro como árbitro único en caso de que no se designe al otro co-árbitro²⁵ o la designación de dos árbitros por parte de la demandante cuando los co-demandados no pudieran llegar a un acuerdo sobre su árbitro. Otros autores señalan supuestos como “el tener un derecho unilateral a estar en desacuerdo con la persona designada por la otra parte o el tener el derecho exclusivo de controlar la lista de árbitros potenciales de la que la otra parte debe seleccionar a su designado²⁶”.

Frente a ello, la CCI mayormente optaba por aplicar la Regla General del Artículo 42 de su antiguo Reglamento 2017 que señalaba: “*En todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, la Corte y el tribunal arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal.*” En otras palabras, la forma por la que la Corte resolvía todos aquellos casos en donde la desproporcionalidad entre las partes en la conformación del tribunal resultaba evidente, era “llamando al espíritu del propio Reglamento”.

Sin embargo, resulta evidente que dicha disposición no es lo suficientemente clara otorgarle facultades a la Corte y mucho menos, que estas estén relacionadas a la designación unilateral de los miembros del tribunal arbitral. Es por ello que la CCI opta por otorgar una potestad expresa a través de la creación del Artículo 12.9.

Lamentablemente, a partir de la publicación de las Reglas ICC 2020 han surgido una serie de cuestionamientos específicamente referidas al Artículo 12.9 por considerar este como una fuente potestad extrema y desproporcionada que se estaría otorgando la CCI.

En primer lugar, algunas personas señalan que los términos del Artículo 12.9 terminan siendo bastante amplios y ambiguos. Por ejemplo, el texto del artículo señala que la designación de la Corte solo se dará en “circunstancias

²⁵ Alina Leoveanu (Mayer Brown) and Radu Giosan (Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP). The 2021 ICC Arbitration Rules: Changes to the Arbitral Tribunal’s Powers. Kluwer Arbitration Blog. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/04/the-2021-icc-arbitration-rules-changes-to-the-arbitral-tribunals-powers/>

²⁶ Maria Mironova y otros. “2021 ICC rules of arbitration: towards making arbitration even more attractive”. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.clydeco.com/en/insights/2020/12/2021-icc-rules-of-arbitration-towards-making-arbit>

excepcionales”, mas no se ha emitido un pronunciamiento ni se cuenta con una lista taxativa de qué tipo de situaciones pueden ser consideradas excepcionales. Asimismo, se resalta la ambigüedad de los términos “riesgo significativo de trato desigual e injusticia”. Especialmente, debido a que sobre el significado de este último término se ha escrito interminablemente pero es inminente que nadie puede definirlo con certeza y totalidad.

Por otro lado, la crítica más grande que se realiza al nuevo Artículo 12.9 surge a partir de la supuesta erosión o vulneración que estaría provocando contra la autonomía de las partes. Esto generaría un alto riesgo de que los laudos sean constantemente impugnados sobre la base de que el tribunal arbitral no se constituyó de conformidad con el acuerdo de las partes (artículo V (1) (d) de la Convención de Nueva York). Al respecto, la Convención señala:

“Artículo V 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

[...]

*d) **Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes** o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o*

[...]”

Al respecto, parte de la doctrina sostiene que la autonomía de las partes debería prevalecer sobre el criterio que la CCI adopte sobre al momento de analizar el convenio arbitral. Sin embargo, lo regulado por la CCI en el nuevo Artículo 12.9 de su Reglamento no es una novedad para el ordenamiento peruano ni para una serie de ordenamientos del resto del mundo:

- Decreto Legislativo No. 1071, Ley de Arbitraje peruana:

“Artículo 26.- Privilegio en el nombramiento.

*Si el convenio arbitral **establece una situación de privilegio** en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.”*

- Código Procesal Civil alemán:

“§ 1034. Composición del tribunal arbitral

1) Las partes pueden acordar el número de árbitros. A falta de acuerdo al respecto, el número de árbitros será tres.

*2) Si respecto de la composición del tribunal arbitral, el convenio arbitral **diera una preponderancia a una parte que perjudique a la otra parte, esta última podrá solicitar al tribunal que nombre el árbitro o los árbitros de forma diversa al nombramiento efectuado o al régimen de nombramiento***

pactado. La solicitud debe presentarse como muy tarde en el plazo de dos semanas desde que la parte hubiera tenido conocimiento de la composición del tribunal. El § 1032 apartado 3 se aplica análogamente.”

- Ley 60/2003, Ley de Arbitraje española:

“Artículo 15. Nombramiento de los árbitros.

[...]

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. [...]

3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.”

Ello solo nos lleva a concluir, que la igualdad de las partes en la conformación del tribunal constituye en muchas legislaciones locales basadas en la Ley Modelo Uncitral una materia imperativa²⁷. En ese sentido, el Artículo 12.9 permite precisamente garantizar dicha igualdad.

v. Audiencias virtuales (Artículo 26.1):

El Artículo 26.1 de las Reglas ICC ha sido modificado y actualmente señala lo siguiente sobre las audiencias virtuales en la versión del año 2021:

Article 26: Hearings

1

A hearing shall be held if any of the parties so requests or, failing such a request, if the arbitral tribunal on its own motion decides to hear the parties. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal, giving reasonable notice, shall summon the parties to appear before it on the day and at the place fixed by it. The arbitral tribunal may decide, after consulting the parties, and on the basis of the relevant facts and circumstances of the case, that any hearing will be conducted by physical attendance or remotely by videoconference, telephone or other appropriate means of communication.

En primer lugar, es importante señalar que las Reglas ICC 2021, a diferencia de las Reglas ICC 2017, hacen referencia a la posibilidad de tener audiencias virtuales por cualquier medio de comunicación en cualquier tipo de arbitraje. Por su parte, las Reglas ICC 2017, solo permitían este tipo de audiencias remotas en los procesos

²⁷ Particularmente en el caso peruano en el que se sanciona con nulidad. Ver también: Maria Mironova y otros. “2021 ICC rules of arbitration: towards making arbitration even more attractive”. Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://www.clydeco.com/en/insights/2020/12/2021-icc-rules-of-arbitration-towards-making-arbit>

arbitrales acelerados²⁸. Esto quiere decir que, de considerarlo pertinente, el tribunal arbitral podría optar por recurrir a la virtualidad en arbitrajes regulares o en arbitrajes de emergencia.

En efecto, en abril de 2020, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dio un gran paso en la adaptación del proceso arbitral frente a la pandemia del COVID- 19. En esta fecha se emitió el documento “ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic”, en donde se contemplaban una serie de figuras referidas al modo de realización de audiencias virtuales.

Entre las propuestas que más resaltan de dicha Guía se encuentran:

- La ciberseguridad y confidencialidad de las audiencias virtuales²⁹
- La posibilidad de contar con un soporte técnico en las audiencias³⁰
- Especificaciones técnicas sobre los sistemas y equipos tecnológicos con los que, preferentemente, se debía contar³¹

Todas estas medidas ayudaron a que la CCI y las partes que recurrieron a su Centro de Arbitraje durante la pandemia pudieran llevar a cabo las audiencias virtuales sin mayores complicaciones y sin grandes diferencias de lo que se acostumbraba antes de la llegada del Covid-19 y deberían seguir aplicándose en paralelo con el nuevo reglamento.

²⁸ [...] 5 The arbitral tribunal may, after consulting the parties, decide the dispute solely on the basis of the documents submitted by the parties, with no hearing and no examination of witnesses or experts. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal may conduct it by videoconference, telephone or similar means of communication.

²⁹ ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic. (“32. Tribunals should ensure with the parties that any video sharing platform that is used for virtual hearings is licensed and is set to maximum security settings. ICC has licensed access to the following videoconference platform options: Microsoft Teams, Vidyocloud and Skype for Business. ICC technical support is available remotely to assist tribunals with using such platforms, joining a meeting (or hearing), operating in-meeting audio and video functions, and operating screen sharing functions. Other platforms that have been used in recent cases include Zoom, BlueJeans and GoToMeeting.”). Consulta realizada el día 18 de julio de 2021 en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>

³⁰ Id. p. 10. (“For the avoidance of doubt, it is understood and agreed that the parties, in fulfilling their obligations herein, shall use competent support staff possessing the requisite expertise.”).

³¹ Id. p. 7 (“(i) Consultation between the tribunal and the parties regarding: - the preferred platform and technology to be used (including legal access to such platform and technology); - the minimum system specifications and technical requirements for smooth connectivity (audio and video), adequate visibility and lighting in each location; - whether certain equipment is required in each location (phones, back-up computers, connectivity boosters/extenders, any other equipment or audio-visual aids as deemed necessary by the parties);”).

III. Conclusiones

El arbitraje tiene la gran virtud de adaptarse más fácilmente a las nuevas circunstancias. Las partes y el Tribunal pueden fijar las reglas específicas para cada caso, e incluso adaptarlas durante el trámite del caso. Las Reglas IBA 2020 y el Reglamento de la CCI 2021 constituyen una respuesta formal y reglamentaria desde el arbitraje ante el nuevo contexto, dándole mayores herramientas al arbitraje para adaptarse al nuevo contexto generado a raíz del Covid-19, y que seguramente se mantendrá incluso después de superadas las restricciones sanitarias.

Las reglas prevén nuevos escenarios muy pertinentes, pero a su vez dejan espacio suficiente a una discrecionalidad siempre necesaria para que cada caso pueda tener sus propias particularidades, y a su vez el arbitraje no quede “atado de manos” ante nuevas circunstancias que puedan seguir surgiendo.

Los Convenios para evitar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República?

Daniel S. Salazar Urbina*

Resumen. - El presente artículo analiza el problema de la exigua red de convenios para evitar la doble imposición que dispone el Perú en función del régimen constitucional para su perfeccionamiento interno, teniendo en cuenta el contexto actual demarcado por el Bicentenario de la República. La metodología empleada es cualitativa, producto de estudiar la situación desde un enfoque analítico y teórico.

Abstract. - The present article analyzes the problem of the meagre network of conventions to avoid double taxation available in Peru according to the constitutional regime for its internal improvement, by consider the actual context of Bicentennial of the Republic. The methodology that we used be qualitative because we examined the situation by an analytic and theoretical perspective.

Palabras claves. - Convenios para evitar la doble imposición - Perfeccionamiento interno - Régimen constitucional - Bicentenario de la República

Keywords. - Conventions to avoid double taxation - Internal improvement - Constitutional regime - Bicentennial of the Republic

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Practicante profesional en la División de Procesos de Recuperación de la Deuda de la SUNAT. Miembro principal del área de investigación del Centro de Estudios de Derecho Tributario de la USMP. Asociado de la Comisión de Derecho Tributario de la Sociedad Peruana de Derecho y miembro de la comisión de investigaciones de la Asociación Civil "Ius Inter Gentes" de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. Introducción

Durante el transcurso de la Constitución de 1979 a la de 1993, el capítulo dedicado al esquema de aprobación de los tratados, acuerdos, convenios u otras denominaciones que puedan atribuirse a estos mecanismos de naturaleza internacional, fue objeto de un amplio debate.

El marco constitucional anterior al vigente estipulaba una fórmula imprecisa para la revisión de un tratado a fin de calificar si su perfeccionamiento interno (fase esencial del procedimiento aplicable a todo tratado) requería o no un acto de aprobación previa. El problema, en aquel entonces, respondía a cuestiones de "exclusividad en la competencia", al margen de que, posteriormente, se esbozaron intentos legislativos que pretendían aliviar las críticas vertidas¹.

El diseño que recoge la Constitución de 1993, respecto a la temática que venimos comentando, delimita una distinción entre el esquema de aprobación de los tratados de manera compleja (se requiere un acto de aprobación previa por el Legislativo, indistintamente que el Ejecutivo acate el resto de etapas para la entrada en vigor del tratado, según el artículo 56° de la Carta Magna) o simplificada (no se requiere un acto de aprobación previa por el Legislativo, siendo suficiente que el Ejecutivo prosiga el curso del resto de etapas para la entrada en vigor del tratado, conforme al artículo 57° del cuerpo constitucional). La aplicación de una u otra técnica de aprobación dependerá del contenido que constituye el objeto del tratado internacional (el artículo 56° estipula una lista taxativa de materias que involucran su aplicación, concerniendo aplicar el artículo 57° a toda temática que se no se encuentre inmersa en la mencionada lista)².

Para el caso de una materia en particular, como son los convenios para evitar la doble imposición (CDI, en adelante), el método adoptado por la Norma Suprema para su perfeccionamiento interno es de carácter complejo. El desarrollo continuo de esta regla constitucional debió influenciar positivamente en el fortalecimiento de la estructura peruana relativa a los CDI. No obstante, la realidad es totalmente distinta.

No disponer de una amplia red de estos instrumentos vigentes a la fecha, advertir que una parte de estos mecanismos entró en vigor (pero luego fue denunciado), identificar que sobre alguno recae un debate en torno a su vigencia efectiva y anuncios de suscribir estos instrumentos pero que solo quedaron en buenas intenciones, son algunos supuestos que nos permiten afirmar que el esquema peruano de CDI se encuentra lejos de alcanzar un estándar adecuado de idoneidad. Los factores que pueden explicar esta última situación pueden ser

¹ ABUGATTÁS, Gattás. Tratados que requieren la aprobación del Congreso de la República del Perú. En *Agenda Internacional*, Vol. XXV, núm. 37, 2019, pp.213-214.

² FUENTES VÉLIZ, Juan Andrés. Algunas precisiones sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional peruano. En *De anacronismos y vaticinios. Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, editado por Juana Acosta López, Paola Acosta Alvarado y Daniel Rivas Ramírez, 73-75. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017 & NOVAK TALAVERA, Fabián. Los tratados y la Constitución Peruana de 1993. En *Agenda Internacional*, Vol.2, núm.1, 1994, p.81.

Los Convenios para evotar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República?

diversos (ausencia de compromiso gubernamental, fuerza mayor, denuncias del tratado posterior a su suscripción, temor de suscribir estos acuerdos ante eventuales limitaciones en la autonomía estatal, etc.). Sin perjuicio de ello, desde nuestra perspectiva, una de las causas elementales de esta problemática recae en las insuficiencias del régimen actual para el perfeccionamiento interno de los CDI.

De ahí, que la cuestión resultante es la siguiente: ¿Puede calificarse como idóneo el régimen constitucional actual para el perfeccionamiento interno de los CDI en nuestra legislación? ¿Es necesario desarrollar una propuesta de reforma en torno a esta materia? La resolución de las interrogantes planteadas adquiere importancia no solo por involucrar un tema de elevada connotación nacional e internacional, sino, además, porque nuestro país afronta con amplias expectativas el curso del Bicentenario de la República.

En consecuencia, el objetivo del presente artículo es determinar en qué medida el esquema peruano de CDI puede concebirse como adecuado y, en consecuencia, de qué manera se amerita el desarrollo de una propuesta de reforma constitucional en torno al régimen de aprobación de los CDI.

En primer lugar, brindaremos algunos alcances respecto a los CDI y su marco normativo para su perfeccionamiento interno en el ordenamiento jurídico nacional.

En segundo lugar, estudiaremos el panorama actual de los CDI en nuestro sistema y sus problemáticas inherentes, a fin de enfatizar en el análisis de las insuficiencias del régimen constitucional actual para el perfeccionamiento efectivo e idóneo de los CDI en el marco interno.

En tercer lugar, delimitaremos algunas propuestas de técnica legislativa para la reforma del marco constitucional relativo al perfeccionamiento interno de los CDI, la finalidad que subyace en torno a las mismas y un análisis sobre su viabilidad de aplicación en la realidad, además de manifestar las expectativas que supondrán estos eventuales cambios en el contexto del Bicentenario de La República.

Finalmente, el cierre de ideas de las presentes líneas se traducirá en función de la reflexión final pertinente.

II. Alcances sobre los CDI y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno

En principio, la adecuada comprensión del instituto de los CDI importa retrotraernos a lo que se conoce como la doble imposición.

La doble imposición se presenta como una situación en donde dos o más Estados imponen un gravamen respecto a una renta específica al considerar que disponen de tal derecho en virtud del ejercicio de su soberanía. Esta definición posibilita distinguir un primer contexto en donde dos o más países, respecto a un hecho o supuesto específico (ingresos, bienes) y atribuibles a un mismo sujeto en un período similar, aplican un gravamen sobre el mismo de conformidad con su

legislación interna, conociéndose esto como doble imposición jurídica o internacional. A su vez, encontramos un segundo contexto en donde dos o más Estados aplican gravámenes sobre una misma renta o bien en el marco de un mismo período, aunque la obligación de aportar al fisco respecto a tal gravamen recae en diferentes personas y no en una sola, conociéndose esto como la doble imposición económica³.

Sobre el particular, consideramos que un caso concreto de doble imposición jurídica y/o económica puede ser solventado mediante los CDI, aunque ello dependerá de su suscripción y efectiva vigencia entre los países involucrados (y, correlativamente, que del contenido del acuerdo se observe el planteamiento de técnicas propicias que faculten prevenir la doble imposición en sus dos vertientes). Coloquemos algunos ejemplos para entender esto.

En primer lugar, tenemos a la empresa "Corporación Dial", domiciliada en Chile, pero que ha realizado inversiones en el Perú en materia de restaurantes. Tal empresa deberá soportar en el Perú una carga tributaria aproximada de un 33% (29,5% por impuesto a la renta de tercera categoría, adicionado a un 5% por concepto de dividendos) y cuando se derivan las utilidades a Chile, se deberán abonar un 35%. Como puede apreciarse, la empresa chilena tributaría un alícuota elevada (68%) de conformidad con la normativa impositiva peruana y chilena, lo cual incidiría negativamente en impulsar actividades económicas, en el país, por parte de actores extranjeros. Afortunadamente, el Perú cuenta con un CDI suscrito con Chile, razón por la cual se evitaría esta situación perniciosa que afecta la inversión extranjera. Esto viene a ser un ejemplo en donde se presenta una situación de doble imposición jurídica y en donde la misma ha sido aliviada en virtud del CDI vigente entre el Perú y Chile⁴.

En segundo lugar, tenemos el supuesto de la empresa "Flandes Occidental S.A", domiciliada en el Perú y cuyo objeto social es la venta de calderas industriales y cuenta con una empresa matriz "Flanders Inc.", ubicada en Bélgica. Tal compañía, luego de declarar sus dividendos del año fiscal 2017, deberá soportar una carga tributaria del 29,5% (al enmarcarse en el régimen general de impuesto a la renta de tercera categoría). Posterior a ello, se remesarán los dividendos hacia la empresa matriz ubicada en Bélgica, las cuales serán afectadas tributariamente al considerarse rentas de fuente extranjera (aplicándose una tasa del 34%, correspondiente al impuesto sobre sociedades en este país). Esto viene a ser un supuesto en donde se advierte una situación de doble imposición económica, en donde la misma no ha podido ser aliviada (ante la ausencia de un CDI entre el

³ ZUZUNAGA DEL PINO, Fernando. Ponencia general: Convenios para evitar la Doble Imposición. En *CDIs - Convenios para evitar la Doble Imposición*, editado por IFA-Perú. Lima, Perú, IFA-Perú, pp.295-296.

⁴ VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Doble tributación: Abusos y prevención, Conexión ESAN, <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2019/08/16/doble-tributacion-abusos-y-prevencion/>

Perú y Bélgica)⁵.

Ahora bien, es de precisar que si bien los CDI se constituyen, hoy en día, como el principal mecanismo para combatir supuestos de doble imposición, no es menos cierto que los Estados pueden acudir a otras alternativas como las medidas unilaterales (por ejemplo, exención total o parcial en la base imponible del impuesto nacional en cuanto el hecho imponible fue gravado en territorio extranjero, posibilitar que el impuesto abonado o devengado en el extranjero se adopte como gasto deducible para efectos tributarios nacionales, etc.) y/o técnicas de armonización fiscal (esta herramienta, de mayor empleo en la Unión Europea, implica que un Estado se aproxime a las estructuras tributarias de un grupo de países a efectos de solventar eventuales conflictos, aunque existen sectores doctrinarios que estiman que este marco de armonización fiscal no se orienta, directamente, a eliminar la doble imposición)⁶.

Por otra parte, sin importar que ante un caso particular nos encontremos ante el análisis de una doble imposición económica o jurídica, los efectos que desprende la doble tributación son semejantes: i) afectan la capacidad contributiva del contribuyente, ii) puede manifestar un trato desigual a rentas iguales, iii) constituye un obstáculo para el fomento de la inversión extranjera que coadyuve al desarrollo económico y iv) contraviene la aptitud de un esquema impositivo al incentivar índices de evasión y elusión fiscal⁷.

Es este complejo panorama lo que da origen al surgimiento de los CDI. Los CDI se definen como instrumentos internacionales celebrados entre dos o más Estados cuyo objetivo es prevenir situaciones de doble imposición respecto a impuestos como la renta o al patrimonio. Este aspecto puede definirse como una motivación tributaria de este mecanismo supranacional⁸.

Para cumplir con su meta principal, se procede a distribuir la potestad tributaria entre los Estados signatarios, lo que en la práctica conlleva a modificar y/o suspender la aplicación de ciertos tributos internos en alguno de los países signatarios. En aras de salvaguardar las disposiciones del tratado, los Estados suscriptores renuncian a aplicar su poder tributario en la determinación de un impuesto interno concreto (el caso típico es el impuesto a la renta). No se encuentra de más precisar que los CDI únicamente se orientan a calificar los hechos imposables en aras de repartir la competencia tributaria entre los países firmantes,

⁵ ALVA MATEUCCL, Mario. La doble imposición económica y jurídica: ¿existen diferencias?, Blog PUCP, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2017/06/14/la-doble-imposicion-economica-y-juridica-existen-diferencias/>

⁶ DELGADO RIVERO, Francisco. & FERNÁNDEZ LLERA, Roberto. Armonización fiscal y convergencia de la estructura tributaria en la Unión Europea. En *Boletín Económico de ICDE*, N° 2907, 2007, p. 17. & SANCHÉZ GARCÍA, Nicolás. La doble imposición internacional. En *Revista de treball, economia i societat*, núm.16, 2000, p.9.

⁷ ROSADO HARO, Alberto & SARDUY GONZÁLEZ, Mariuska. La doble tributación internacional: características y consecuencias. En *Cofin Habana*, Vol.12, núm.2, 2018, p.301.

⁸ SANTA CRUZ MIRANDA, Adolfo. La fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición. En *Quipukamayoc - Revista de la Facultad de Ciencias Contables de la UNMSM*, Vol. 22, núm. 42, 2014, p.181.

pero no a crear impuestos⁹.

Asimismo, es factible identificar otros propósitos y su correlativa motivación que desprende la suscripción de los CDI: i) se estructuran acuerdos para el intercambio de información entre las administraciones tributarias con el objeto de fortalecer la labor fiscalizadora sobre los contribuyentes para fines del CDI, lo que -en consecuencia- colabora con la prevención del fraude fiscal (motivación tributaria) y ii) facilitan un soporte jurídico sostenido y atractivo para las inversiones (motivación no tributaria)¹⁰.

De otro lado, la estructuración del contenido de los CDI se ha basado en dos modelos generalmente aceptados por la colectividad internacional. Estos son el Modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, en adelante) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU, en adelante).

El manejo del primer modelo es conveniente cuando las partes involucradas son Estados exportadores de capitales o con potencial de serlo y cuando el flujo comercial o de inversión es proporcionalmente similar entre los mismos. La perspectiva para combatir la doble tributación se basa en imponer mayores restricciones sobre los derechos de tributación del país fuente (se hace hincapié en el criterio de la residencia)¹¹.

La utilización del segundo modelo es apropiada cuando se toma en consideración los requerimientos macroeconómicos de los Estados que se caracterizan por ser importadores de capital. La visión para afrontar la doble tributación se cimenta en sistematizar menores limitaciones sobre los derechos de tributación del país fuente (se enfatiza en el criterio de la fuente)¹².

Después, el desarrollo de iniciativas para la celebración de los CDI implica alcanzar diversificados beneficios. Tales provechos pueden resaltarse desde dos enfoques diferentes.

Por un lado, los beneficios desde la perspectiva del Estado son los siguientes: i) obtención de un índice recaudatorio justo producto de las operaciones internacionales, ii) propugna la cooperación entre las administraciones tributarias para la lucha contra la evasión fiscal (se insertan acuerdos de intercambio de información, asistencia en la recaudación y/o de solicitud de información pertinente para el caso en concreto), iii) concuerda la práctica tributaria con la realidad generada por el desarrollo de la globalización y iv) fomenta un ambiente de certeza en las inversiones (al otorgarse un indicador positivo a la inversión

⁹ Ibid, p.182.

¹⁰ Ibid, pp. 182-183.

¹¹ HALKA, Dominika & TREPPELKOVA, Alexander & TONINO, Harry. *Manual de las Naciones Unidas en temas específicos sobre la administración de convenios de doble tributación para países en desarrollo*. New York: Naciones Unidas, 2015, pp.7-8.

¹² Ibid, pp. 8-9.

Los Convenios para evotar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República?

extranjero y, especialmente, seguridad, en torno a los elementos que se negocian)¹³.

De otro lado, los provechos desde la perspectiva del inversionista son los siguientes: i) los convenios delimitan los métodos que aliviarán y/o neutralizarán la doble imposición, no pudiendo ser modificados por los países contratantes, ii) no se admite la posibilidad que un CDI emita una obligación tributaria no contemplada en la ley interna, iii) se cuenta con la certeza que se protegerán sus legítimos intereses a través del procedimiento amistoso en donde la administración tributaria del país objeto de inversión interviene en la resolución de eventuales controversias y iv) la inclusión del principio de no discriminación en el CDI otorga un margen fiabilidad una vez realizada la inversión, debido a que no se modificará la política interna del país concreto a efectos de imponer al inversionista el pago de mayores impuestos a comparación de sus residentes¹⁴.

Sin embargo, también es posible advertir que los CDI pueden presentar ciertas desventajas: i) limitan el deber estatal de resguardar su base imponible y correlativa recaudación y ii) restringe la autonomía para modificar impuestos sobre la renta, que puede devenir en un menor índice recaudatorio¹⁵.

Expuesto lo anterior, en aras de comprender los alcances del régimen constitucional de aprobación interna de los CDI, es necesario desglosar el contenido de los artículos 56° y 57° de la Constitución de 1993.

Por un lado, el artículo 56° nos indica lo siguiente:

“Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.” (el énfasis es nuestro)

De otro lado, el artículo 57° manifiesta lo siguiente:

“El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.” (el

¹³ ECHAIZ MORENO, Daniel. Los convenios para evitar la doble tributación. En *Derecho & Sociedad*, núm.53, 2009, p.138.

¹⁴ BORJAS HUARCAYA, Juan de Dios, «Los convenios para evitar la doble imposición y su aplicación en las empresas nacionales que prestan servicios de ingeniería en el Perú hasta el año 2010» (tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2012), 117.

¹⁵ ECHAIZ MORENO, Daniel, op.cit, p.139.

énfasis es nuestro)

Los aspectos resaltados de estos artículos nos explican la fórmula de aprobación constitucional que subyace en torno a los CDI. Al involucrar estos mecanismos internacionales, en el desarrollo de la finalidad de distribución de la competencia tributaria entre los países intervinientes, una probable modificación y/o suspensión (no creación) de tributos vigentes en el marco jurídico peruano (por ejemplo, el impuesto a la renta, como se indicó previamente), se activa el ámbito reseñado por el artículo 56° al ameritar una aprobación del CDI -anterior a su ratificación- por parte del Legislativo (control ex ante del tratado, en función del carácter complejo que emana este supuesto)¹⁶.

De ahí, que la labor del artículo 57° no es, sino, confirmar que el Presidente de la República solo puede celebrar y ratificar unilateralmente los tratados que no versen sobre temáticas incluidas en la lista positiva del artículo 56° (lo cual no es el caso de los CDI), sujetándose el mecanismo supranacional, en este caso, a su presentación al Congreso posterior a su entrada en vigor para su análisis correspondiente (control ex post del tratado, en razón de la particularidad simplificada que desprende este supuesto)¹⁷.

Es importante precisar que sin importar que un tratado internacional haya sido aprobado bajo la fórmula del artículo 56° (tratado ley) y/o del artículo 57° (tratado ejecutivo), ello no influye en el rango constitucional que adquieren al momento de ser incorporados al derecho nacional. En otros términos, tal procedimiento de aprobación solo adquiere relevancia para efectos de identificar la competencia del órgano que efectúa la recepción del acuerdo en el plano interno, pero no incide en el rango constitucional que se atribuye a los convenios supranacionales¹⁸.

A pesar de haberse explicado la lógica que se colige en torno al marco constitucional para el perfeccionamiento interno de los CDI, no podrían faltar dudas respecto al camino que debe seguir el instrumento para su perfeccionamiento correspondiente. En específico, si a partir de una lectura integral de un tratado concreto no sea muy claro que el mismo modificará y/o suspenderá la aplicación de un tributo interno. En otros términos, si la estructuración de los CDI como herramienta para combatir la doble imposición siempre se sujetará a los términos del artículo 56° de la Constitución (control ex ante del tratado) o si, por el contrario, puede llegar a seguir la línea directriz del artículo 57° de la Carta Magna (control ex post del tratado).

Para tal propósito, una iniciativa que absuelve estas dudas lo constituye el "Proyecto de Ley N° 2571/2017-CR, Ley de Desarrollo Constitucional sobre el Perfeccionamiento Interno de los Tratados", al confirmar en su artículo 10.4 que la regla relativa a que un tratado puede crear, modificar y/o suprimir tributos (control ex ante o complejo, contemplado en el artículo 56° de la Carta Magna) es

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 00002-2009-PI/TC, fundamento 60.

¹⁷ *Ibid.*, fundamento 75.

¹⁸ MONGE MORALES, Gonzalo. Un vistazo al Derecho Constitucional a través del Derecho Internacional. Entrevista a Juan José Ruda Santolaria. En *Themis Revista de Derecho*, Núm.67, p.181.

de aplicabilidad cuando el instrumento establece regímenes para prevenir la doble imposición tributaria (CDI).

Ahora bien, considerando que delimitar regímenes para prevenir la doble imposición a través de los CDI puede colisionar con el principio constitucional-tributario de reserva de ley (los presupuestos para la creación, modificación, exoneración o derogación de los tributos, se realizan en virtud de una norma con rango legal emitida por el Congreso, salvo excepciones¹⁹), adquiere mayor firmeza constitucional que el trámite de ratificación de los CDI requiere de una aprobación previa por el Legislativo (perfeccionamiento interno) para su entrada en vigor.

A modo de complemento, es menester tener en consideración lo que promulgan otros cuerpos normativos internos sobre el régimen de perfeccionamiento de los tratados en general (entre ellos, los CDI en su calidad de instrumentos para evitar la doble imposición). En esa línea, encontramos la Ley N° 26647 y el Decreto Ley N° 25883.

Por un lado, del primer cuerpo normativo mencionado resaltamos lo siguiente: i) la aprobación legislativa de los tratados de conformidad con los términos del artículo 56° de la Constitución se efectúa mediante una resolución legislativa (emitida por el Legislativo) y se ratifica mediante un decreto supremo (por parte del Ejecutivo), siendo que la aprobación de los tratados acorde con el artículo 57° de la Carta Magna solo requiere la emisión del decreto supremo por el Ejecutivo (artículo 2°); ii) la incorporación al derecho nacional y entrada en vigor de los tratados celebrados y perfeccionados, según el procedimiento aplicable a cada caso concreto, se sujeta al cumplimiento de las condiciones delimitadas en el mecanismo supranacional respectivo (artículo 3°); iii) se debe publicar en el diario oficial (El Peruano, en la actualidad) el texto íntegro del instrumento y sus anexos (de corresponder), así como indicar el número y fecha de la resolución legislativa o decreto supremo que lo aprobó y/o ratificó en un plazo máximo de treinta días hábiles contados a partir de su recepción por el diario oficial (artículo 4° y 5°)²⁰ y iv) la denuncia, modificación y/o suspensión de aquellos tratados válidamente celebrados, perfeccionados e incorporados al derecho nacional, solo podrá realizarse según los preceptos que establezca el propio mecanismo y, en su defecto, según lo predispuesto por las normas generales del derecho internacional (artículo 7°).

Por otra parte, del segundo cuerpo legislativo citado rescatamos la potestad otorgada al ministro de economía y finanzas para negociar y suscribir con otros Estados, en representación de la administración gubernamental peruana, convenios bilaterales para prevenir la doble tributación y evasión tributaria (artículo 1°).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 1837-2009-PA/TC, fundamento N° 12.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 00021-2010-AI/TC, fundamento N° 22.

III. Realidad y dilemas de los DCI en el Perú: Incidencia del régimen constitucional de perfeccionamiento interno en la compleja situación

Si bien se tiene registro de vulneraciones a los Derechos Humanos por parte de empresas desde hace ya un par de siglos atrás, la regulación en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos recién se desarrollaría en la segunda mitad del siglo XX. No obstante, es a partir del siglo XXI que veríamos normas más modernas que buscan hacerle frente a los desafíos contemporáneos. Veamos pues, desde una perspectiva histórico-jurídico, cómo se ha desarrollado la regulación internacional a las empresas transnacionales en materia de Derechos Humanos.

A la fecha, el Perú cuenta con ocho CDI suscritos, ratificados y vigentes. A esto debe adicionarse el régimen dispuesto por la Decisión 578 que no es, stricto sensu, un CDI (producto que estos convenios se celebran entre Estados y, encontrándonos, en el presente caso, ante una norma emitida por la Comisión de la Comunidad Andina - CAN), sino que se configura como una norma supranacional que dispone el mismo objetivo que los CDI (evitar la doble tributación) y a la que se encuentra sometido el Perú en conjunto con el resto de Estados que integran la CAN.

La mayor parte de ellos fueron estructurados bajo el modelo de convenio de la OCDE, aunque también existe una porción desarrollada en función del modelo de la ONU. Para comprender la premisa anterior, nos remitimos al siguiente gráfico:

Gráfico N°1: Instrumentos para prevenir la doble imposición celebrados y vigentes en el Perú

Convenio / Norma	Modelo	Entrada en vigor
Perú - Chile	OCDE	01/01/2004
Perú- Canadá	OCDE	01/01/2004
Perú - Comunidad Andina	ONU	01/01/2005
Perú - Brasil	OCDE	01/01/2010
Perú - México	OCDE	01/01/2015
Perú - República de Corea	OCDE	01/01/2015
Perú - Suiza	OCDE	01/01/2015
Perú - Portugal	OCDE	01/01/2015
Perú - Japón	OCDE	29/01/2021

Los Convenios para evotar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República?

		01/01/2022 (para el caso de tributos de periodicidad anual)
--	--	---

Fuente: Elaboración propia ²¹²²

El contenido de estos convenios celebrados a la fecha nos trae a colación interesantes disposiciones para el estudio del derecho tributario internacional: i) la concepción del principio de establecimiento permanente, ii) esquematización de reglas para la aplicación de intereses o ganancias de capital, iii) la mención expresa que el objetivo del CDI es prevenir la evasión fiscal, aunque también se extiende a la elusión fiscal (convenio con Japón), iv) sistematización de mecanismos para la solución de controversias sobre la atribución de potestad tributaria, v) impulso de la asistencia mutua para la recaudación de impuestos, vi) estructuración de la tributación compartida como regla general y tributación exclusiva como excepción, entre otras.

Lo hasta aquí reseñado expone el marco interno vinculado a los CDI. La disposición de una red de ocho CDI (más una norma supranacional de la CAN para evitar la doble imposición), estructurados bajo los modelos imperantes en la sociedad internacional (OCDE y ONU) y la incorporación de reglas con suma importancia para el análisis de los CDI implicaría –en teoría– un conjunto de esfuerzos por disponer de un agrupado de tratados efectivos que coadyuven a potenciar el crecimiento sostenido del país y las actividades económicas internacionales.

No obstante, como se adelantó en líneas introductorias, el marco peruano de mecanismos para evitar la doble imposición se encuentra lejos de alcanzar un estándar adecuado de idoneidad. Ello, porque ha sido factible advertir una serie de dilemas durante el transcurso del tiempo.

En primer lugar, ubicamos CDI que fueron suscritos, aprobados por el Congreso, ratificados y que entraron en vigor, pero posteriormente fueron denunciados y sobre los cuales no se ha realizado una nueva propuesta de tratado en el hoy en día. Este viene a ser el caso del CDI entre el Perú y Suecia²³.

En segundo lugar, encontramos CDI que fueron suscritos, pero no fueron aprobados por el Congreso y sobre los cuales no se ha realizado una nueva

²¹ Al respecto, la mención del criterio de la residencia en el artículo 1° de cada Convenio (ámbito de aplicación) es el aspecto que determina sustancialmente la adhesión del instrumento concreto al modelo OCDE. Asimismo, la influencia preponderante del modelo ONU en la Decisión 578 se desprende de lo que estipula su artículo 3° (el gravamen de las rentas dependerá de la fuente productora).

²² La fecha de entrada en vigor de cada instrumento internacional, así como sus datos correlativos (suscripción, aprobación, etc.), puede apreciarse en la primera página del texto respectivo mediante la web institucional del Ministerio de Economía y Finanzas. https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100878&lang=es-ES&view=article&id=302

²³ El mismo fue suscrito en 1966 y denunciado por Suecia el 02 de junio de 2006.

propuesta de tratado a la fecha. Este es el caso del CDI entre el Perú y España²⁴.

En tercer lugar, identificamos una situación en donde el instrumento fue suscrito, aprobado por el Congreso, ratificado y que entró en vigor, pero sobre el cual existe un debate sobre su efectiva vigencia. Este es el caso del régimen para evitar la doble imposición entre el Perú y la CAN (Bolivia, Colombia y Ecuador)²⁵.

En cuarto lugar, hallamos CDI cuya intención de negociarse fue anunciada por la autoridad gubernamental, pero hasta la fecha no existen mayores novedades sobre el particular. Este es el caso de los CDI con Estados Unidos, España, Italia, Francia, Reino Unido, Suecia y Tailandia²⁶. Particularmente, la situación de no disponer un CDI con España, Estados Unidos y Reino Unido es lo más preocupante, considerando que son inversionistas de estos países los que representan el mayor porcentaje de inversión en el país (alrededor del 47%).

La conjugación de estos cuatro dilemas constituye un evidente reflejo de la compleja situación interna en materia de CDI: la disposición de una escasa red en torno a esta clase de mecanismos supranacionales.

Al respecto, es necesario recordar que la relevancia de contar con un amplio repertorio de CDI obedece a lo fundamental que viene a ser el establecimiento de un agrupado de instrumentos internacionales que colaboren tanto a empoderar el crecimiento nacional (mediante la inversión), como al fomento de la participación nacional en el ámbito internacional (a través de las actividades económicas). En líneas anteriores, resaltamos que los CDI otorgan una variedad de provechos para el crecimiento interno como externo de un Estado concreto (fomento de ambiente de certeza para las inversiones, lucha contra la evasión fiscal, colaboración entre administraciones tributarias, etc.)

Estas últimas ideas adquieren mayor delicadez si traemos a colación el conocido anhelo del Perú ingresar a la OCDE. Como se conoce, uno de los aspectos claves para el ingreso a este organismo supranacional es la disposición de una estructura

²⁴ El cual fue suscrito el 06 de abril de 2006 y no aprobado a raíz de un dictamen emitido por la Comisión de Relaciones Exteriores del Parlamento.

²⁵ Si bien la entrada en vigor de la Decisión N°578 responde al principio de aplicación directa de las normas del sistema andino al marco interno de los Estados miembros (Decisión N°472), lo cierto es que esta última Decisión, al equipararse a un tratado y requerir una modificación del texto constitucional, necesitaba de una aprobación previa por parte del Congreso (artículo 56° de la Carta Magna) al implicar una transferencia de competencias legislativas a favor de organismos supranacionales (CAN), lo cual no se dio en aquel entonces. Esta situación no encontraba alguna excepción en otra parte del texto constitucional, por lo que se cuestionaba la afirmación relativa a su efectiva vigencia en el ordenamiento jurídico: VILLAGRA CAYAMANA, René. Identificación de los criterios de sujeción de las rentas en los CDIs celebrados por el Perú. En *CDIs - Convenios para evitar la Doble Imposición*, editado por IFA-Perú. Lima, Perú, IFA-Perú, pp. 680-682.

²⁶ VILLAGRA CAYAMANA, René. Los Convenios Bilaterales para evitar la Doble Imposición suscritos por los países Miembros de la Comunidad Andina con terceros países: evaluación de la aplicación del Anexo II de la Decisión 40 a los 33 años de su aprobación. En *Derecho & Sociedad*, núm.24, 2005, p.121.

Los Convenios para evotar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República?

tributaria eficiente, sostenible y transparente, en todas sus vertientes²⁷. Los CDI no son la excepción a esta regla.

Si comparamos el catálogo de CDI del Perú con el de Chile, Colombia y México (algunos de los países miembros de la OCDE en América Latina), identificaremos que los avances de tales Estados sobre la materia objeto de análisis es sustancialmente diferente al Perú. Por un lado, Chile²⁸ dispone de treinta y tres CDI vigentes y otros cinco suscritos en trámite de aprobación para su entrada en vigor. De otro lado, Colombia²⁹ cuenta con un estimado de once CDI vigentes y otros cuatro suscritos en trámite de aprobación para su entrada en vigor. En tanto, México³⁰ cuenta con un aproximado de setenta CDI vigentes en la actualidad.

Como podrá observarse, existe una diferencia sustancial, en términos cuantitativos, entre el esquema de CDI de otros países latinoamericanos (que integran la OCDE) y nuestro sistema interno. Al respecto, debemos precisar que, si bien la disposición de una cuantiosa red de mecanismos para combatir la doble imposición no necesariamente podría asociarse con un estándar de eficiencia en materia de CDI, lo cierto es que la idoneidad de esta situación se enmarca en la articulación de esfuerzos gubernamentales por impulsar la acogida de mecanismos que influyan positivamente en la situación del contribuyente. Esto se ve retribuido cuando a mayor cantidad de CDI celebrados y vigentes en un Estado concreto, se incrementan las posibilidades que inversionistas de diferentes países del mundo manifiesten su intención de concurrir en tal mercado.

Ahora bien, las diferencias también pueden hallarse desde una perspectiva cualitativa, siendo que su correlativo sustento parte de las desventajas que emanan de estos tratados internacionales.

El legislador nacional siempre ha observado con cierto recelo a los CDI en función de que considerar latente la probabilidad de que los mismos denoten obstáculos para que el aparato gubernamental pueda resguardar su base imponible y/o limite la autonomía para modificar impuestos sobre la renta y, en consecuencia, se le impida alcanzar un estándar efectivo e idóneo de recaudación, con lo cual se afectaría la previsión de los objetivos delineados en su política fiscal para un rango de tiempo concreto. La demostración de tal grado de suspicacia se ha manifestado a través del establecimiento de un filtro necesario para la aprobación del tratado

²⁷ Para un estudio pormenorizado sobre el panorama tributario del Perú en su camino hacia la OCDE, sugerimos ver: ARIAS MONTOYA, Luis. *El Perú hacia la OCDE: La agenda pendiente para la política tributaria 2018-2021*. Lima: Grupo de Justicia Fiscal del Perú, 2018.

²⁸ El reporte sobre la actualidad y avances de Chile en materia de CDI puede apreciarse en: Servicio de Impuestos Internos. Convenios Tributarios Internacionales/ International Tax Conventions, SII, https://www.sii.cl/normativa_legislacion/convenios_internacionales.html

²⁹ El reporte sobre la actualidad y avances de Colombia en materia de CDI puede revisarse en: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Acuerdos para eliminar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, DIAN, <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/Paginas/ConveniosTributariosInternacionales.aspx>

³⁰ El reporte sobre la actualidad y avances de México en materia de CDI puede comprobarse en: Gobierno de México. Búsqueda de Tratados, Gobierno de México, https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php

(perfeccionamiento interno), el cual no ha sido exclusivo en nuestra Carta Magna actual, sino, además, se manifestó en la Constitución de 1979, en donde todo tratado debía ser aprobado por el Congreso (artículo 102°), así como en la Constitución de 1933, en la que el instrumento debía someterse a la aprobación del Consejo de Ministros (artículo 154°, numeral 20). En pocas palabras, las desventajas que emanan de los CDI han desempeñado un rol fundamental en la evolución del contexto peruano sobre los instrumentos supranacionales para prevenir la doble imposición.

En esa medida, recordemos que en líneas introductorias mencionamos que existen factores que, en general, han influenciado en la disposición de una exigua red de instrumentos para prevenir la doble imposición. En nuestra posición, los siguientes: i) falta de compromiso de los gobiernos de turno para llevar adelante el proceso, ii) discrepancias entre el representante nacional e internacional en la etapa de negociaciones, iii) circunstancias de fuerza mayor y iv) dificultades para el perfeccionamiento interno del tratado en virtud del régimen constitucional y/o legal interno aplicable. Como es de ver, para fines del presente trabajo nos centraremos en este último aspecto.

Como bien se expuso en líneas precedentes, la finalidad del legislador constitucional para propugnar un esquema de aprobación previa de los CDI (perfeccionamiento interno) se enmarca en la necesidad de contrarrestar las desventajas que desprenden estos acuerdos: limitaciones a la autonomía estatal para resguardar la base imponible y/o modificar determinados tributos.

Los actores que cuestionan a aquellos que exhortan al aparato estatal al desarrollo de mayores esfuerzos para aumentar el reducido repertorio de CDI expresan su respaldo al expresado propósito del legislador constitucional respecto al método de perfeccionamiento interno de los CDI (requisito de aprobación previa contemplado en el artículo 56° de la Constitución), al actuar tal precepto constitucional como una especie de límite sobre los mismos. La visión, refieren, no debe recaer en negociar porque sí los CDI, producto de que ellos pueden implicar normas laxas que transgredan la potestad tributaria del Estado. Señalan que lo más conveniente es ser prudentes antes de avocarnos -rápidamente- a seguir las etapas correspondientes para la entrada en vigor de un CDI³¹.

Si bien compartimos que el trámite de entrada en vigor de un CDI es un asunto de vasta complejidad y, por ende, requiere un grado de prudencia y análisis para llevar adelante el procedimiento, no por ello debemos confundir este margen de prudencia a mirar con una aparente desconfianza los CDI por el simple hecho de que la potestad tributaria del Estado se encuentra inmersa en el asunto. En efecto, la celebración de estos convenios tributarios puede llegar a afectar la autonomía estatal, aunque no por ello la situación se tornará en perniciosa para dicho país.

Ello, debido a que la negociación, suscripción, perfeccionamiento interno y

³¹ ECHAIZ MORENO, Daniel. Los convenios para evitar la doble tributación. En *Derecho & Sociedad*, núm.53, 2009, p.137.

Los Convenios para evotar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República?

posterior ratificación del CDI, para su entrada en vigor, reportará mayores beneficios (los cuales pueden verse, como se explicó anteriormente, desde la perspectiva del Estado como del inversionista, teniendo como ejemplo la obtención de un índice recaudatorio justo, cooperación entre administraciones tributarias, generación de un contexto de certeza para las inversiones, inclusión del principio de no discriminación, entre otros) que perjuicios (limitación de la autonomía estatal y restricciones para modificar impuestos sobre la renta), lo cual responde a una situación en donde se cumple, favorablemente, con el principio de análisis costo-beneficio. Vale recordar que tal principio importa una metodología en donde se evalúa si un proyecto, medida, programa, política y/o intervención es conveniente en términos de generar bienestar social, en la medida que los beneficios (provechos) sean mayores que los costos (perjuicios) y no viceversa³².

De ahí que, lejos de estructurar obstáculos que pretendan retardar la ampliación del marco de CDI en cualquiera de sus etapas, somos de la opinión que lo indispensable es otorgar mayor celeridad a este trámite de manera transversal a todas las fases que conducirán a la entrada en vigor del tratado tributario.

Bajo la fórmula contemplada en el artículo 56° de la Constitución para el perfeccionamiento interno de los CDI, identificamos que existe una considerable diferencia de tiempo que transcurre entre la suscripción y la aprobación de los CDI firmados por el Perú. La práctica nos enseña que luego de la suscripción (por el Ejecutivo) transcurre poco tiempo para derivar el texto del convenio al Parlamento para su aprobación correspondiente. Lo preocupante, es que entre la fecha de remisión del texto y la decisión de aprobar o no el CDI (por el Legislativo) puede requerirse un promedio de tiempo entre 1 a 2 años³³.

Del mismo modo, el dilema puede advertirse desde la otra cara de la moneda. Esto es, visualizar retardos del Ejecutivo para remitir el texto para su aprobación por el Congreso, siendo que este último lo aprobó en un tiempo menor al del promedio³⁴. En otros términos, la óptica constitucional para el perfeccionamiento interno de los CDI denota deficiencias para su eficiente aplicación producto de las demoras incurridas tanto por el Ejecutivo como el Legislativo en cada caso particular.

Son estos aspectos los que permiten cuestionarnos si el marco constitucional actual que impone una aprobación previa de los CDI (para su perfeccionamiento interno) coadyuva al objetivo expuesto de otorgar mayor celeridad al trámite de entrada en vigor de los CDI y, en consecuencia, si se amerita proponer un modelo de reforma constitucional.

Si bien los retrasos incurridos pueden obedecer a la abundante carga

³² ORTEGA GUAZA, Bienvenido. Análisis Coste-Beneficio. En *eXtoikos*, núm.12, 2012, p.147.

³³ Este es el caso del CDI con Brasil (fue remitido al Congreso el 21 de junio de 2006 y aprobado por el mismo el 21 de mayo de 2008) y el CDI con los Estados Unidos Mexicanos (fue remitido al Congreso el 23 de enero de 2012 y aprobado por el mismo el 23 de diciembre de 2013).

³⁴ Ejemplos de ello lo constituyen el CDI con Suiza (suscrito el 21 de setiembre de 2012, remitido al Congreso el 28 de octubre de 2013 y aprobado el 23 de diciembre de 2013) y el CDI con Japón (suscrito el 18 de noviembre de 2019, remitido al Congreso el 24 de setiembre de 2020 y aprobado por el mismo el 27 de diciembre de 2020).

administrativa que predomina en los ministerios (Ejecutivo) o a su necesaria derivación preliminar a una comisión especializada antes de su aprobación en el pleno (Legislativo), esto no puede ser excusa suficiente para restar la prontitud debida al trámite de incorporación de los CDI al ordenamiento jurídico. Todo lo contrario, al derivarse amplios beneficios de su celebración, con mayor razón, se deben articular esfuerzos entre ambos poderes estatales para dotar de rapidez a las diligencias necesarias en aras de agilizar el trámite correspondiente de los CDI.

De otro lado, considerando que la entrada en vigor de los CDI se origina luego de unos meses y/o al año siguiente de la fecha de ratificación del tratado (según los términos correspondientes a cada CDI), la activación de lo primero depende de instar lo segundo de manera celeré. La experiencia reseña que luego de emitirse la resolución legislativa que aprueba el CDI por el Legislativo, no discurre mucho tiempo en promulgarse el decreto supremo que ratifica el convenio tributario³⁵.

Si para activar la referida atribución de ratificar el tratado se requiere la emisión de la correspondiente resolución legislativa (aprobación previa) y, sin embargo, la misma no se produce de forma rápida a raíz de comportamientos tanto del Legislativo como del Ejecutivo (según el caso en particular, reiteramos), una vez más nos preguntamos: ¿Es suficiente el régimen constitucional actual sobre el perfeccionamiento de los CDI para una efectiva inserción de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico?

La respuesta, evidentemente, deviene en negativa. La redacción actual del texto constitucional es imperfecta para alcanzar el propósito de ampliar nuestra red de CDI. En ese sentido, considerando las ideas expuestas hasta aquí, adquiere sustento la idea de llevar a cabo un proceso de reforma constitucional al respecto.

No podrían faltar opiniones que califiquen como apresurado la mentalidad de reformar el esquema constitucional de perfeccionamiento interno de los CDI. Esto, al ampararse en que la técnica legislativa que emplean otros países de la región latinoamericana (por ejemplo, Chile, Colombia y México, anteriormente mencionados), es similar a la del Perú³⁶.

Si bien llevar adelante un procedimiento de reforma constitucional implica variaciones sustanciales para el curso de la vida de una nación, no es menos cierto que su activación obedece a la imperiosidad de modificar y/o fortalecer una vertiente específica de un Estado (el artículo 56° de la Constitución) luego de materializarse una ponderación entre los provechos y desperfectos que, hasta antes de la intención de reforma, denotó tal vertiente y siempre y cuando los desperfectos superaban los provechos.

³⁵ Algunos ejemplos lo conforman el CDI con Corea (aprobado el 26 de diciembre de 2013 y ratificado el 26 de febrero de 2014) y el CDI con México (aprobado el 23 de diciembre de 2013 y ratificado el 16 de enero de 2014).

³⁶ Al respecto, la regla de la aprobación previa de los CDI por parte del Congreso de tales países latinoamericanos es mencionada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 76°, numeral I), la Constitución Política de Colombia (artículo 224°) y la Constitución Política de Chile (artículo 54°).

Los Convenios para evotar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República?

Teniendo en cuenta que los CDI vigentes en el Perú fueron desarrollados bajo la óptica del artículo 56° de la actual Norma Suprema, hemos advertido que a pesar de existir una inspiración legislativa para imponer un procedimiento de aprobación previa para el perfeccionamiento interno de los CDI, proseguir con el enfoque literal que contiene el artículo citado solo coadyuvará a que nuestro sistema persista en un camino de retrocesos y dificultades para alcanzar a otros países de la región con mayor desarrollo en materia de CDI y que, precisamente, han logrado el objetivo aspirado por el Perú: integrar la OCDE. Es evidente, entonces, que los desperfectos superan a los provechos en este marco.

En esa línea, si observamos que la técnica empleada para un mismo fin (aprobar los CDI) es similar entre nuestro país y otros Estados del continente (Chile, Colombia y México) y, sin embargo, los resultados obtenidos son disímiles (los países reseñados cuentan con un mayor número de CDI vigentes y otros en proceso para su entrada en vigor, a comparación del Perú), se torna en imprescindible formular un mecanismo de cambio a tal situación (la reforma de la Constitución) y, con mayor razón, teniendo en cuenta las circunstancias concretas que puede afrontar cada país (el Bicentenario de la República, en nuestro caso).

Absueltas las observaciones expuestas, el siguiente paso es manifestar mayores alcances sobre la forma de llevar a cabo el citado procedimiento de reforma constitucional respecto a la materia objeto de análisis en el presente artículo. Esta labor será desarrollada con mayor detalle en la sección venidera.

IV. La reforma del marco constitucional de aprobación de los CDI: Propuestas legislativas, alcances, viabilidad y expectativas ante el Bicentenario de la República

Nos encontramos ante un contexto de suma relevancia para el país tal y como lo es el Bicentenario de La República del Perú. Este evento, sin duda alguna, supone una inmejorable oportunidad para preservar y reforzar la estabilidad social, económica e institucional, de la nación. Alcanzar esta aspiración podría lograrse mediante la promoción de los derechos fundamentales, la mejora en la provisión de servicios públicos, impulso de una política económica consistente y sólida, el cierre de brechas de infraestructura, la protección del medio ambiente, entre otros. Justamente, tales aspectos han sido tomados en consideración por parte de la agencia gubernamental peruana, producto de establecer seis objetivos estratégicos³⁷ como parte del Plan Bicentenario.

Ahora bien, en acápites anteriores reseñamos que el marco actual para el perfeccionamiento interno de los CDI se encuentra distante de alcanzar un estándar de idoneidad. La temática abordada adquiriría sensibilidad no solo por su importancia para el curso de la vida en sociedad, sino, además, por hacerle frente

³⁷ 1) Derechos fundamentales y dignidad de las personas, 2) Oportunidades y acceso a los servicios, 3) Estado y gobernabilidad, 4) Economía, competitividad y empleo, 5) Desarrollo regional e infraestructura y 6) Recursos naturales y ambiente.

-en el hoy en día- a un panorama de amplia responsabilidad para nuestro aparato estatal: el Bicentenario de La República.

Bajo ese panorama, incidíamos en lo imprescindible que viene a ser la estructuración de un bosquejo de reforma constitucional respecto al método de perfeccionamiento interno de los CDI. Este aspecto es clave para poder cumplir con la aspiración de impulsar una ampliación de la red interna de CDI y, al mismo tiempo, coadyuvar con la ejecución de los objetivos estratégicos delineados por el Plan Bicentenario. Para fines del presente artículo, amerita una mención especial y un énfasis lo estructurado por el objetivo estratégico N°4: impulso de la inversión -nacional y extranjera- que influya en el bienestar de la economía, la competitividad y el empleo.

Es menester tener presente que tal objetivo estratégico desprende, entre otros, los siguientes objetivos específicos: i) desarrollo de un marco jurídico e institucional que otorgue garantías y seguridad a la inversión extranjera, ii) fomento del crecimiento económico sostenido mediante la estructuración de una política económica estable y previsor, iii) esquematización de estructuras productivas competitivas, diversificadas, sostenibles y con amplio valor agregado y iv) preservación de mercados eficientes y transparentes en donde concurren instituciones sólidas que promuevan el financiamiento e inversión.

Vale precisar que el objetivo estratégico mencionado y sus objetivos específicos se encuentran plenamente alineados, principalmente, con los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS) N°8 (trabajo decente y crecimiento económico) y N°17 (alianzas para lograr objetivos) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Esto, no cabe duda alguna, refleja, a su vez, un evidente avance del país a efectos de cumplir con los ODS establecidos por la ONU (como parte del proyecto Agenda 2030).

En esa medida, considerando los argumentos previamente expuestos, procedemos a delimitar algunas propuestas de reforma constitucional que podrían llevarse a cabo para tratar de solucionar el dilema señalado sobre el perfeccionamiento interno de los CDI, explicando los alcances que desprende cada caso particular y analizando su viabilidad de materializarse en la realidad.

Por un lado, el primer modelo de reforma constitucional que proponemos se establece en los siguientes términos:

Los Convenios para evotar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República?

Gráfico N°2: Comparación entre el marco constitucional vigente y la propuesta de reforma N°1 sobre el perfeccionamiento interno de los CDI

Texto constitucional vigente	Texto constitucional propuesto
<p>Art. 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. <u>También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos;</u> los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución. 	<p>Art. 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. <p>También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.</p>

Fuente: Elaboración propia

La finalidad que subyace a esta propuesta se orienta a eliminar los CDI de la lista taxativa de instrumentos internacionales que requieren de aprobación previa por el Congreso para su perfeccionamiento interno. Con ello, se dotará de mayor celeridad al trámite de entrada en vigor del CDI al agilizar el tiempo que transcurrirá entre la fase de suscripción y ratificación del CDI. Con esto, se dejará de lado las atribuciones de responsabilidad al Ejecutivo y/o Legislativo por el retardo en remitir el instrumento o por emitir la resolución legislativa que dispone su aprobación, respectivamente. Cabe precisar, que suprimir el requisito de aprobación previa para el perfeccionamiento interno del CDI (control ex ante) no implica que el mismo se encuentre exento de control. Todo lo contrario, luego de iniciada su vigencia, el Ejecutivo deberá presentar el instrumento para su debida fiscalización por el Congreso a fin de determinar su utilidad y concordancia para con los fines del ordenamiento jurídico, así como para identificar posibles inconsistencias del mismo que puedan afectar gravemente el orden soberano del país, al ser ahora aplicable el control ex post o simplificado de la Constitución bajo este modelo propuesto (al suprimir los CDI de la lista taxativa del artículo 56°, ahora deberán sujetarse a lo predispuesto en el artículo 57° de la Carta Magna).

Sin embargo, somos de la opinión que la viabilidad de materializar esta propuesta en la realidad encuentra complicaciones. Ello, porque el texto constitucional del artículo 56° alcanza no solo a los CDI sino, además, a otros tratados en materia tributaria (por ejemplo, en materia de intercambio de información en materia fiscal, sobre resolución de conflictos, respecto a la distribución de potestad tributaria sobre rentas derivadas de la navegación marítima y aérea, etc.), por lo que suprimir la disposición “también deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos” afectaría tal clase de acuerdos. Del mismo modo, si bien esta primera propuesta de reforma busca alcanzar un estándar de celeridad para el perfeccionamiento interno (aprobación de los CDI), podría ocurrir que se colisione con otros parámetros constitucionales como el principio de legalidad contemplado en el artículo 74° de la Carta Magna (los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley). Una situación de esta naturaleza, como es evidente, no puede aceptarse en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

Es por tales razones que a pesar de la interesante finalidad que involucra la primera propuesta presentada no nos adscribiremos a la misma, debido a las dificultades que emanarían de su eventual aplicación en la realidad.

De otro lado, el segundo bosquejo de reforma constitucional que proponemos responde a la siguiente redacción:

Gráfico N°3: Comparación entre el marco constitucional vigente y la propuesta de reforma N°2 sobre el perfeccionamiento interno de los CDI

Texto constitucional vigente	Texto constitucional propuesto
<p>Art. 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. <p>También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de</p>	<p>Art. 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. <p>También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de</p>

Los Convenios para evotar la Doble Imposición y su régimen constitucional de perfeccionamiento interno: ¿Una reforma esencial ante el Bicentenario de la República?

alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.	alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución. <u>Para el caso de los tratados contemplados en este artículo, el Poder Ejecutivo deberá remitir al Congreso el texto del tratado en un plazo que no excederá los 45 días hábiles contados a partir de la suscripción, a fin de que el mismo resuelva su aprobación en un plazo que no excederá los 45 días hábiles. Luego de emitida y publicada la resolución legislativa que aprueba el convenio, el Poder Ejecutivo emitirá el decreto supremo mediante el cual se ratifica el tratado en un plazo que no excederá los 15 días hábiles.</u>
--	---

Fuente: Elaboración propia

Mediante este segundo bosquejo de reforma ya no se pretende eliminar los CDI de la lista de tratados que requieren de aprobación previa para su perfeccionamiento interno. El objetivo, ahora, consiste en delimitar una serie de plazos estandarizados que deberán observar, obligatoriamente, tanto el Ejecutivo como el Legislativo para proceder a remitir el instrumento que contiene al tratado internacional (entre ellos, los CDI) como para emitir la resolución legislativa que dispone su aprobación, respectivamente. Bajo esta estructuración persiste la mentalidad de conceder mayor celeridad al trámite de entrada en vigor del CDI, producto de acelerar el tiempo que transcurrirá entre la fase de suscripción y ratificación del CDI.

Ahora bien, consideramos que la viabilidad de esta segunda propuesta sí encuentra fundamento. Ello, porque este bosquejo no se orienta a modificar sustancialmente la línea original de la Constitución, a comparación del modelo precedente, en donde se pretendía retirar el requisito de aprobación previa por el Congreso a los CDI (lo cual podía llegar a afectar a la totalidad de tratados tributarios). Asimismo, la aplicación de los plazos estandarizados será transversal a la totalidad de materias incluidas en el artículo 56° de la Constitución (derechos humanos, materia tributaria, obligaciones financieras, etc.) y no se concentrará en una materia exclusiva (CDI). Esto último refleja un enfoque integral en la concepción del derecho de los tratados, distanciándonos de cualquier clase de sesgo sobre el particular. Además, no se advierte algún tipo de colisión con algún principio y/o valor fundamental consagrado por la Constitución.

Considerando todo lo anteriormente expuesto, manifestamos nuestra plena suscripción en poder llevar a cabo esta propuesta en la realidad.

A modo de complemento, un tercer modelo de reforma constitucional puede enmarcarse en la siguiente lectura que sigue a continuación:

Gráfico N°4: Comparación entre el marco constitucional vigente y la propuesta de reforma N°3 sobre el perfeccionamiento interno de los CDI

Texto constitucional vigente	Texto constitucional propuesto
<p>Art. 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución. 	<p>Art. 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución. <p><u>Art. 56.1.- El Congreso dará prioridad, en el desarrollo de su agenda legislativa, al trámite de los proyectos aprobatorios de los tratados que versen sobre las materias contempladas en el artículo 56°, atendiendo a las circunstancias que ameritan su atención con carácter de urgencia.</u></p>

Fuente: Elaboración propia

Mediante este tercer bosquejo, se preserva el requisito de aprobación previa para el perfeccionamiento interno de los CDI. Se pretende exhortar a un ente específico (Legislativo) para que otorgue prioridad, en su agenda legislativa, a los proyectos aprobatorios sobre tratados internacionales (entre ellos, los CDI) que le sean sometidos por parte del Ejecutivo, a fin de llevar a cabo, céleremente, su función de examen sobre el contenido y posterior emisión de la resolución legislativa de aprobación, teniendo en cuenta que las circunstancias que envuelven a la temática de tratados contemplados en el artículo 56° son aquellos que, con mayor frecuencia, se celebran por parte de la congregación internacional (incluyendo al

Perú). Vale precisar que, a diferencia de la segunda propuesta de reforma constitucional, este bosquejo actúa de forma genérica y no bajo algún plazo definido, considerando la eventual manifestación de críticas por intentar impulsar diversos regímenes que establezcan tiempos perennes si se tiene en cuenta la excesiva carga administrativa que manejan los poderes del Estado.

Ahora bien, respecto a la factibilidad de esta propuesta, consideramos que la misma sí encuentra cabida. Antes de todo, debemos precisar que la incorporación de este artículo 56.1 dispone como antecedente una interesante disposición de la Constitución de Colombia de 1991³⁸. Si bien la redacción se asemeja, existe una diferencia sustancial entre ambos preceptos, ya que mientras la Carta de Magna de Colombia busca instar al Legislativo para que otorgue prioridad al tratamiento legislativo de los instrumentos internacionales que versen sobre una de las principales ramas de interés y preocupación para la sociedad internacional (derechos humanos), nuestra proposición de reforma es transversal a la totalidad de materias contenidas en el artículo 56° de la Constitución (derechos humanos, obligaciones financieras, CDI, etc.). En la misma línea, ante la hipotética implementación de esta propuesta en conjunto con el modelo precedente (sobre la cual manifestamos nuestra plena adscripción), consideramos que su lectura debe efectuarse de forma integral y concordada, debido a que esto nos permitirá preservar una visión uniforme e idónea sobre la concepción del derecho de los tratados.

Por lo expuesto, expresamos nuestra suscripción para que esta propuesta de reforma constitucional pueda materializarse en la realidad.

Otro aspecto relevante por abordar es la mecánica constitucional para llevar a cabo las reformas sobre las que determinamos su viabilidad de aplicación en la realidad. Para ello, debemos remitirnos al artículo 206°. El mismo nos instruye que la iniciativa para la presentación de un proyecto de reforma constitucional corresponde: i) al presidente de la república con aprobación del consejo de ministros, ii) a los congresistas y iii) a un número de ciudadanos equivalente al 0.3% de la población electoral con firmas debidamente comprobadas por la autoridad electoral. Posterior a la presentación de la iniciativa, la misma deberá ser aprobada por el Legislativo con mayoría absoluta del número legal de sus miembros (66 votos de los 130 posibles), además de ser ratificada a través de un referéndum. Esto último podría omitirse sí y solo si el acuerdo aprobatorio de la reforma se alcanza en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en ambos casos, que supere los dos tercios del número legal de congresistas (87 votos)³⁹.

Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta esta parte, no podría faltar un lector que aún mantenga dudas sobre la necesidad de que el Legislativo impulse una

³⁸ **Artículo 164.** - El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno.

³⁹ CHANAMÉ ORBE, Raúl. *La Constitución de todos los peruanos*. Lima: Fondo editorial cultura peruana, 2011.

modificación constitucional vinculada con un artículo que se ha mantenido inalterado desde 1993, partiendo de un caso específico como el de los CDI.

Sobre el particular, si bien el texto del artículo 56° de la Constitución no ha sido objeto de modificaciones desde su promulgación en 1993 (un aproximado de 28 años) y, en consecuencia, ha sido empleado ante el sometimiento de todo tratado que se enmarque en su ámbito de aplicación (incluidos los CDI vigentes a la fecha), no es menos cierto recordar que toda Constitución, al igual que el ser humano, es en sí misma incompleta y se encuentra lejos de alcanzar un estatus de perfección. Las circunstancias que concurrieron al momento de la publicación de la norma no necesariamente serán las mismas transcurrido un período de tiempo determinado.

Las expectativas cambian y, al mismo tiempo, surgen nuevas problemáticas. Al momento de emitirse la Norma Suprema de 1993 se aspiraba congregarse un repertorio de tratados sobre materias específicas que uniformicen tanto el resguardo de aspectos elementales para garantizar una vida en sociedad (protección de derechos humanos, integridad estatal, etc.) como la promoción de mejoras en el curso económico, institucional y/o social del país en general (CDI, asunción de obligaciones financieras, etc.).

En ese sentido, si tal aspiración del legislador constitucional falló en cierta forma debido a un supuesto concreto (bajo el régimen actual disponemos de una escasa red de CDI), se torna en evidente que debe intentarse articular algún mecanismo de solución para este dilema, siempre y cuando ello no colisione con otros valores y principios que emanan del texto constitucional y, en general, se respete la integridad y concordancia inherente a nuestra Carta Magna en aras de dotar de viabilidad su eventual producción en la realidad. Justamente, tales presupuestos lo cumplen a cabalidad las propuestas de reforma constitucional N°2 y N°3 que expusimos anteriormente.

Son en estos argumentos, entonces, los que nos permiten enfatizar en la posición de impulsar una modificación constitucional sobre un artículo que ha permanecido inalterado desde la promulgación de la actual Norma Suprema, a partir de una materia concreta de acuerdos internacionales: los CDI.

Finalmente, la elección indistinta de las propuestas legislativas desarrolladas facilitará aproximarnos a una serie de expectativas que pueden ejercer los CDI como parte del cumplimiento de los objetivos estratégicos del Plan Bicentenario y, en general, de cara al porvenir: i) coadyuvará con el afronte adecuado de las nuevas tendencias en el derecho tributario internacional (el desarrollo de los establecimientos permanentes virtuales o no físicos a partir del criterio de la presencia económica significativa de la OCDE⁴⁰), ii) colaborará con la lucha contra la trampa de los ingresos medios en el Perú (luchar contra esta situación

⁴⁰ Para comprender la figura del establecimiento permanente virtual a partir del criterio de la presencia económica significativa, recomendamos ver: OCDE. El Enfoque Unificado: La Propuesta del Secretariado relativa al Primer Pilar. 9 de octubre - 12 de noviembre de 2019, OCDE, <https://www.oecd.org/tax/beps/documento-para-consulta-publica-el-enfoque-unificado-la-propuesta-del-secretariado-relativa-al-primer-pilar.pdf>

infructífera en la que se inserta la economía de un país⁴¹ puede lograrse mediante el fomento de la inversión que busca incentivar los CDI) y iii) cooperará con la ampliación del repertorio de medidas que impulsen la reactivación económica y social ante los perjuicios generados por el Covid-19.

V. Reflexión final

En las presentes líneas, determinamos que la doble imposición se presenta como una situación perniciosa que afecta al contribuyente, la igualdad de las rentas, la recaudación efectiva de un Estado, entre otros aspectos, ya sea desde su faceta económica como jurídica. Los CDI aparecían como uno de los principales instrumentos que utilizan los países para tratar de contrarrestar los efectos adversos que nos presenta la citada doble imposición. Producto de ello, la perspectiva que manejaría todo Estado sería ampliar ágilmente su red de CDI no solo para combatir situaciones de doble imposición, sino, además, para alcanzar la diversidad de beneficios que esta clase de convenios supranacionales nos presenta.

El Perú no debía ser la excepción a esta regla. Sin embargo, nuestra realidad demostraba que el repertorio de CDI se encontraba lejos de alcanzar un estándar de idoneidad, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, si tomábamos como ejemplo el esquema de CDI en otros países de la región latinoamericana y pertenecientes a la OCDE (México, Chile y Colombia), los cuales eran sustancialmente mejores a comparación del Perú.

Bajo esta premisa, fue necesario desmenuzar los aspectos que motivaban la problemática expuesta. Gracias a ello, se pudo comprobar que un factor clave (sin perjuicio de la existencia de otros) que impedía otorgar un trámite de celeridad a la suscripción y subsecuente ratificación de los CDI, en el hoy en día, recaía en el marco constitucional para su perfeccionamiento interno (aprobación previa por el Congreso, conforme los términos del artículo 56°). Este parámetro delimitaba en la práctica una serie de obstáculos que impedían acelerar el transcurso de la etapa de suscripción a la ratificación del CDI para su posterior entrada en vigor.

En ese sentido, planteamos tres propuestas para la modificación del régimen constitucional para el perfeccionamiento interno de los CDI en el Perú (desvirtuando la viabilidad de la primera y suscribiendo la factibilidad de las otras dos), considerando que la temática adquiere relevancia no solo por su connotación nacional para fines supranacionales (el ingreso de la Perú a la OCDE), sino también por el panorama que afronta nuestro país actualmente (el Bicentenario de La República).

⁴¹ Un análisis exhaustivo sobre la incidencia de la trampa de los ingresos medios en el continente latinoamericano lo desarrollamos en la ponencia “El dilema de los ingresos medios en Latinoamérica ante la pandemia: alternativas para una mejoría continental”, la cual fue presentada en el 1° Congreso Latinoamericano “Crisis Mundial y Geopolítica: Pensar y construir el multipolarismo y el pluriversalismo para un nuevo orden mundial” organizado por el Centro de Investigaciones en Política y Economía y el Observatorio Internacional de la Crisis y llevado a cabo en formato virtual durante los meses de noviembre y diciembre de 2020.

A partir de todo lo expuesto, podemos inferir que la agenda pendiente en torno al régimen de los CDI en el Perú seguirá siendo la misma hacia el porvenir: ampliar nuestro repertorio de CDI, además de fortalecer los ya vigentes. El logro de esta aspiración puede alcanzarse de varias formas. En este trabajo, mediante las reflexiones desarrolladas, buscábamos lograr el objetivo mediante la proposición de ciertos tópicos estructurados en bosquejos de reforma constitucional bajo perspectivas claramente delineadas.

Sin perjuicio que los términos de las propuestas de reforma constitucional anteriormente delineadas (tanto sobre las dos que manifestamos nuestra adhesión como aquella sobre la que expresamos nuestras críticas por no ser viable) sean de aceptación unánime, parcial o se propongan nuevos bosquejos de reforma, lo que sí debe quedar claro es lo imprescindible de manifestar ideas que coadyuven con la mejora de la estabilidad social, económica e institucional del país, tanto para cumplir con las expectativas que demanda el Bicentenario de La República como para mejorar la estructura tributaria interna en aras de alcanzar el ansiado ingreso del Perú de la OCDE. Asimismo, no olvidemos tener en cuenta que el análisis de la problemática de los CDI y el planteamiento de alternativas de solución -desde una óptica constitucional u otra visión jurídica- siempre deberá llevarse a cabo bajo enfoques de gobernabilidad democrática y gobernanza global.

Solo así se podrá avanzar idónea, progresiva y sostenidamente, en el camino anhelado. Tenemos la certeza de ello.