

LA LEGISLACION Y LA LUCHA ANTI CORRUPCIÓN: CASO DE LAS FUNDACIONES EN EL PERÚ (Homenaje al Dr. JORGE BASADRE)

Carmen Meza Ingar

Profesora de Derecho Civil, Derechos Humanos y
Derecho de Menores de la Facultad de Derecho en la UNMSM

SUMARIO:

1.- Introducción	285
2.- La Fundación: Concepto y Elementos Esenciales	287
3.- Clases de Corrupción en la Sociedad Moderna	293
4.- Casuística: Las fundaciones en el Perú	298
5.- Conclusiones	298
6.- Bibliografía	299

1.-Introducción.

En un análisis del comportamiento funcional de los administradores de varias de las Fundaciones en el Perú, se verificó la comisión de hechos ilícitos, que podrían estar incluidos entre casos de corrupción. Esta situación que viven estas instituciones, llamadas a cumplir importantes fines sociales y culturales, motivó un estudio de casos de corrupción como fenómeno social, pero especialmente en la perspectiva jurídico-moral.

Es importante tomar nota que la Ley de Funcionarios públicos, data de 1869, en un país que se ufana en tener 27,000 leyes, contadas desde 1904... quiere decir que, pese a la frondosa legislación, no hubo verdadero interés en precisar las funciones, las modalidades, las responsabilidades de todos los funcionarios, en este caso, de los administradores de las Fundaciones, algunas de las cuales, cuentan con patrimonio cuantioso.

Los antecedentes de la corrupción en el Perú datan de la colonia, si recordamos el trato que recibió de parte de la justicia del siglo XVI el primer graduado de la Universidad de San Marcos, doctor Diego Salinas cuando denunciando un grave caso de corrupción y tráfico de influencias del hijo del Virrey Conde de Villar, se enfrentó a los poderes civil y eclesiástico. En esos días la Inquisición excomulgó al Virrey Conde de Villar.

No obstante esos antecedentes, los más notables casos de corrupción se dan particularmente en la Guerra de la Independencia, con capitales extranjeros y con la confiscación de bienes. Se dio también en la desmesurada explotación del guano e ingresó a las instituciones públicas, y, a muchas organizaciones privadas, algunas de ellas fiscalizadas, pero donde se producen un concurso de situaciones, incluso ilícitas, que dificultan su supervisión.

El Perú ratificó en 1997 la Convención Interamericana contra la Corrupción, no obstante ello, no se modificó la legislación concordante, y por el contrario, se promulgó en julio de 1999 la Ley N° 27151 que disminuye la pena de prisión en delitos de malversación, con el fin que los procesados sean citados solo con orden de comparecencia.

En la década del noventa la sociedad ha vivido en una atmósfera de corrupción, no solo en las entidades del Estado sino en las empresas denominadas privadas, pero tan vinculadas al orden social, al orden público, como el caso de los medios de comunicación social que estuvieron al servicio exclusivo del poder, es decir, dedicados a la re-reelección del gobernante autoritario, por tercera vez, impidiendo sistemáticamente la difusión de los planes y programas de otros candidatos de diferentes partidos políticos y desinformando, por tanto, a la población.

Por televisión se ha visto en los denominados vladivideos, cómo el asesor presidencial de los últimos diez años entregaba dinero ¿público? a los concesionarios de diferentes medios de comunicación o a sus gerentes y empresarios, para comprometer su apoyo. Nótese que en los casos de medios televisivos, los propietarios de edificios y micrófonos, no son dueños de los espacios ni de las ondas..., las que en puridad, pertenecen al Estado, que les otorga en concesión... sin embargo, dichos operadores no han sido sancionados a cabalidad. En la desinformación de los electores y en la manipulación que hubo previa a las elecciones, el Jurado Nacional de Elecciones no señaló los delitos contra la voluntad popular, parecía que el Perú no tenía Código Penal.

Sería muy largo enumerar los delitos de corrupción, que es la amenaza moderna para la democracia y para la vida social. Lo más grave es que la corrupción frena muchos programas para eliminar la pobreza.

Por eso, parécenos oportuno, dedicar estas páginas al eminente sanmarquino y peruano JORGE BASADRE, en el año del centenario de su nacimiento. La obra que nos legó es un aporte para construir el país, desde cimientos sólidos, especialmente de carácter moral¹.

2.-La Fundación: concepto y elementos esenciales.

En el Perú se enfocó el tema de anti corrupción desde el estudio de las Cuentas de la República, y la investigación principal se dirige a los logros de cada pliego presupuestal mediante exámenes de la Contraloría General de la República.

Pese a ello la Contraloría no pudo supervisar todas las entidades públicas, una de ellas, el CONSEJO DE SUPERVIGILANCIA DE FUNDACIONES, del Ministerio de Justicia.

En este análisis hemos escogido a las Fundaciones, porque la naturaleza y esencia de la institución, en otros países ha dado maravillosos frutos de servicio a la comunidad estudiosa, a las Universidades, a los becarios, a los investigadores, a deportistas de fama, o también se ha realizado programas de carácter social que brindan eficientes servicios a las comunidades de las que forman parte, pero en nuestro medio no existe ni la supervisión debida ni el control adecuado para garantizar el cabal cumplimiento de los fines fundacionales.

Por eso estudiamos la Fundación. De conformidad con el art. 99 del Código Civil Peruano, la fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.

El acto constitutivo debe expresar su finalidad y el bien o bienes que se afectan. Se debe señalar el domicilio de la fundación y se debe nombrar a los administradores o al administrador y señalar las normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción. Vemos, pues, que algo esencial es la afectación de un patrimonio a una o a varias finalidades.

¹ 2003 fue declarado "Año de Jorge Basadre Grohman y de las personas con discapacidad"

En la legislación española se define la Fundación "los patrimonios autónomos" destinados primordialmente, por sus fundadores a la educación, investigación científica y técnica o cualquier actividad cultural, en el caso de las fundaciones culturales. Tienen también las de orden social como la de los ciegos, pero los hispanos siempre aclaran la finalidad de la fundación y la situación no lucrativa, es decir, que la institución no puede tener fines de lucro. Su gobierno debe obedecer a normas como Estatutos y Reglamento aprobado oportunamente para el buen funcionamiento de esta clase de asociación, con fines sociales, que pueden ser culturales o de fines similares, siempre de servicio a la colectividad o a un universo de la población estudiantil o científica o deportista o en el caso de los ciegos, esa particularidad de personas discapacitadas. Las fundaciones constituidas regularmente, gozan de personalidad jurídica.

Para algunos estudiosos la fundación está configurada por una masa de bienes adscrita a un fin, otros dicen que se trata de un patrimonio afectado a un fin. Y, es evidente que se habla de dos novedades:

- A.- La referencia al carácter autónomo del patrimonio, sirve para diferenciar a las fundaciones de las asociaciones, y
- B.- La precisión que la administración se realiza sin ánimo de lucro.

Es lógico que las actividades financieras, comerciales o mercantiles de la fundación, que tiene patrimonio rinden sus frutos civiles, pero no se trata de "utilidades" como correspondería a otras organizaciones. Estos frutos civiles son para el cumplimiento de sus fines. No existe la distribución de utilidades, no es actividad típica de comercio, sino actividades sin fines de lucro, con frutos o rentas para el cumplimiento estricto y riguroso de sus fines fundacionales.

La naturaleza jurídica de la fundación siempre estuvo ligada a la consideración de un patrimonio adscrito a un fin..sin embargo, últimamente, varias legislaciones se refieren a la fundación como a una organización, dando lugar a una extensión en cuanto a sus propios fines y contenidos. Con esta referencia, el elemento "organización" alcanza una relevancia que antes no tenía, por lo menos desde el punto de vista legal.

Al referirse a "organización" se quiere dar a entender que su estructura crece, evoluciona con el tiempo y de acuerdo a lo moderno, es decir, a las necesidades que puede solucionar y cubrir, debe ser algo más que un patrimonio dedicado a un fin. Es, ante todo, una organización que requiere de más profesionalización, y, por consiguiente, un mayor esfuerzo de gestión.

Esta clarificación no significa que se relegue a segundo plano el patrimonio afectado a un fin fundacional. La existencia de una organización apta para desarrollar la actividad fundacional, implica que flexibilicen -de algún modo- los requisitos que debe reunir el patrimonio fundacional. Pero, pese a la importancia que se concede al aspecto organizacional, no supone, que se trate del único soporte o sustrato de la personalidad jurídica de la que gozan las fundaciones.

En doctrina hay distintos enfoques sobre el sustrato de la personalidad jurídica de la fundación. Existen los seguidores del "patrimonio", otra tendencia prefiere la "organización", pero también hay quienes dan mayor importancia al "fin fundacional"... Se ha dicho que Mirabeau alegaba que la Fundación se basa en el Estado, mientras Zitelmann afirmó que se basa en "la voluntad objetivada del fundador" y Michoud justificó su existencia en "los beneficiarios o destinatarios de la actividad"².

Los teóricos tratan de dar más luz a su propio fundamento, opacando los otros elementos de igual importancia en esta singular institución denominada "fundación".

Es lógico que toda institución tiene organización y sin ese apoyo sería difícil su actividad y su continuidad, en cambio el "patrimonio" es algo sin lo cual la fundación no podría existir. Resulta incuestionable que sin patrimonio la fundación no puede existir, aún cuando el patrimonio aislado sería inerte. El patrimonio es necesario, pero también la organización y más aún "el fin fundacional" son indispensables. En puridad ésta es la causa para que exista una fundación, aunque no se debería confundir la razón por la que se crea una entidad con esta misma.

En la materia objeto de análisis, resulta de cierto interés la posición que al respecto mantiene Albaladejo³. Opina este autor que en esta cuestión puramente conceptual, el ente ideal lo constituye "la obra, que consiste en el hecho que, sirviéndose de los bienes adscritos persigue un fin, mediante la adecuada organización humana. A ella se atribuye, - por razones, como sabemos de conveniencia práctica- la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Por eso dice que lo que está revestido de personalidad es la obra.

² Michoud, L. "La théorie de la personnalité moral et son application au Droit Française", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964

³ Albaladejo García, M. "Comentario al artículo 609" en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, tomo VIII Vol. I, EDESA, Madrid, 1987.

Nótese que dentro de la obra se encuentran incluidos esos tres elementos:

Patrimonio
Organización, y
Fin fundacional

De todos modos, ha sido preocupación constante de los estudiosos el encontrar cuál es el elemento decisivo de la fundación, el que produce su nacimiento, es decir, constitución y cuya falta impide su existencia, de allí que varios autores están seguros que entre los elementos esenciales no puede estar solo uno de ellos. Y es verdad que la constitución de la fundación exige patrimonio, exige fin fundacional, y, es obvio, también una organización sin la cual no podría ejecutar sus objetivos y metas.

Los elementos constitutivos están en la naturaleza, esencia y fines de la fundación, porque se trata de una entidad llamada a cumplir fines con un patrimonio señalado y mediante una organización que tiene administradores en la legislación peruana. Sus elementos son, en realidad, interdependientes.

Para la constitución de la fundación, puede darse en un acto *Inter Vivos*, por escritura pública o también por testamento, si se tratara de un acto *mortis causa*.

El Derecho le dio personería jurídica a la fundación porque se ha constatado que a través de los siglos siempre hay benefactores o personas generosas que no cesarán en su empeño de hacer el bien, y crean organizaciones para destinar patrimonios a fines de interés general de la comunidad, y la manera más operativa de colaborar con estos benefactores y filántropos es considerar dichas organizaciones como personas jurídicas, con deberes y derechos.

Quiere decir que desde el punto de vista jurídico se impulsa la generosidad de los particulares, al mismo tiempo que se consigue un beneficio indudable para la colectividad.

Sobre el particular, vale la pena considerar la opinión científica de Valero Agundez⁴:

⁴ Valero Agundez, U. "La Fundación como forma de empresa" Universidad de Valladolid, 1969

Precisa este autor que en primer lugar se hace necesario sustraer la masa patrimonial aplicada al fin fundacional al poder de disposición en utilidad propia y a toda titularidad que lo funde, de personas individuales que pudieran desviar el destino de aquella masa a finalidades distintas de las que fueron asignadas; la propiedad de la fundación es propiedad vinculada al fin de la misma.

En segundo lugar se requiere configurar un centro de actividad para el logro del fin propuesto, sobre la base de que existan personas físicas que la realicen, de forma que los efectos de dicha actividad no se conecten jurídicamente con ellas mismas, sino que sirvan directamente a la realización del fin pretendido.

En tercer lugar, dado que la promoción del fin fundacional no se limita normalmente a un espacio de tiempo prefijado de antemano, la organización jurídica a que se someta la actividad que lo realice, ha de satisfacer una exigencia de permanencia en el tiempo.

Y, en cuarto lugar señala Valero que no puede dejarse de tener en cuenta que el fin fundacional y las líneas generales de la actividad encaminada a su logro vienen fijados por la voluntad del fundador, que, por tanto debe contar con la posibilidad de conformar la legalidad interna de la organización jurídica de la fundación, para que, efectivamente, sirva a la realización de dicho fin.

La legislación peruana recoge estas consideraciones, tanto en el Código Civil, como en el Reglamento de Fundaciones aprobado en marzo de 1994, diez años después de la promulgación del Código Civil que dio una normatividad racional a las fundaciones. Antes, diremos que el segundo Código civil peruano, el de 1936, es el que incorpora legalmente a las fundaciones a la normatividad peruana. Lo hace, sin embargo, en forma tímida, como una institución nueva, pese a que en la exposición de motivos hay explicación suficiente sobre la naturaleza de la fundación y los éxitos que esta clase de entidad tiene en los países desarrollados como Suiza, Estados Unidos, mencionando —como modelos— entre otras, a las poderosas fundaciones Kellog o Rockefeller.

De los elementos mencionados, es primordial hablar de la organización o, en puridad, de su funcionamiento. Se acepta universalmente que la organización, es decir, la administración de la fundación debe ser señalada en el instrumento de su constitución. Trátese de escritura pública, si es *Inter Vivos*, o de testamento, si fuere *mortis causa*. La organización debe ser fijada por el fundador o los fundadores en el documento constitutivo, quiere decir que, obedece,

en esencia, a la voluntad del fundador. Sin embargo, algunos autores reconocen que los elementos imprescindibles de la fundación son el patrimonio y el fin. En la legislación peruana se admite que el fundador puede haber omitido la denominación o domicilio de la fundación. Igualmente acepta el Código Civil Peruano en su art. 104, inc. 2 que puede haber omitido el fundador designar a los administradores, hecho que puede ser efectuado por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

Por enmienda, nacida por iniciativa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se dio la Ley N° 26813 que amplió y modificó dicho párrafo limitando en parte los requisitos de los administradores de las fundaciones, en cuanto que están impedidos de serlo los beneficiarios o los representantes de las instituciones beneficiarias, como es el caso de la Beneficencia Pública de Lima. También se ha puntualizado en ese segundo inciso del art. 104 que el cargo de administrador es indelegable.

Algo importante, para el buen funcionamiento de las fundaciones es lo preceptuado en el inciso 3, del mismo art. 104 del Código Civil Peruano, referido a la determinación de oficio y con audiencia de los administradores, o a propuesta de éstos el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniere a los fines de la fundación.

El inciso 5 del mismo numeral contiene una garantía de integridad patrimonial, cuando faculta al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones a autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso.

En el Perú, dada la necesidad de la cooperación ciudadana se ha establecido en el inc. 6 del pre citado artículo la necesidad de promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos, cuando los bienes de éstas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente.

Vemos, pues, que la legislación peruana, valorizando el aporte que a la sociedad pueden dar las fundaciones, ha regulado mediante el Código y un Reglamento sectorial sobre el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

Dicho Consejo debe supervisar en la fecha 166 fundaciones, con fines de servicio social, educativo, deportivo, artístico y cultural. Muy pocas fundaciones tienen patrimonio considerable, como la fundación "Ignacia Rodulfo viuda de Canevaro". Desde 1925, fecha de su constitución -antes que entrara en vigor el Código Civil de 1936,- que legisla sobre dicha institución, no ha tenido un control serio, y se dice que muchos de sus administradores tendrían desbalance patrimonial a su favor, después de administrarla durante diez, doce y a veces dieciocho años. Su primer Gerente ocupó el cargo desde 1925 hasta 1950 y no tuvo ningún control ni supervisión. Al constituirse dicha Fundación el Perú no tenía legislación sobre la materia, recordemos que el Código Civil Peruano de 1852, que fue el primero de orden nacional en Sudamérica (segundo si se considera el Código de la Confederación Peruano-Boliviana), no legislaba sobre Fundaciones.

En 1936 solo se menciona la nueva entidad pero no se señala los requisitos, etc.

Después, de acuerdo a normas de la Contraloría y otras complementarias, se ha tratado de supervisar las fundaciones, con el propósito que se garantice el cumplimiento de sus fines, cuando se trata de administradores funcionarios públicos. Pero, como veremos más adelante, hay vacíos y contradicciones en la normatividad.

3.-Clases de Corrupción en la Sociedad Moderna.

En pleno siglo XXI podríamos decir que el ámbito en donde se desenvuelve la corrupción trasciende la actividad de los individuos involucrados en la Administración Pública y se desarrolla en los distintos escenarios del tejido social. Tanto en su origen como en su propagación intervienen causas históricas, sociales, políticas y económicas.

Se trata de un problema social cuya gestación no puede atribuirse a la modernidad o post modernidad pues sus antecedentes se remontan a los inicios de la historia. Tampoco es propio de algún modelo específico de economía.

La complejidad de la corrupción- dada la diversidad de sus componentes y distintos y variados ambientes, de desarrollo hace difícil conceptuarla de modo general. Por esta razón, ha tratado de comprenderse desde distintas perspectivas analíticas entre las que destacan las siguientes corrientes teórico-explicativas:

- a) La perspectiva legista -moral-. Según este punto de vista la impunidad termina por menoscabar la moral pública, por lo que la comisión de actos de corrupción debe ser sancionada con un marco legal adecuado
- b) La perspectiva económico-liberal.-Sostiene que la corrupción se origina en la excesiva intervención del Estado en la economía y en la sociedad.
- c) La perspectiva de la instrumentalización del Estado.-Según la cual la corrupción se origina en la indebida utilización que hacen del Estado los grandes grupos económicos.
- d) La perspectiva del fortalecimiento de la gobernabilidad.-Para esta corriente, la corrupción es producto de la deficiente organización estatal, por lo que se deben fortalecer las instituciones y, por ende, la gobernabilidad.
- e) La perspectiva histórico-culturalista.-Sostiene que la corrupción se encuentra en las raíces histórico-culturales de los pueblos, donde las relaciones de amistad y parentesco se constituyen en medios para lograr beneficios indebidos de la administración pública.

Sería muy amplio estudiar toda clase de formas de corrupción, en puridad, para este estudio nos interesa analizar la corrupción en la administración pública, consistente por lo general en la comisión o en la omisión del agente, de implicancias diversas que trasciende a alguna actividad específica (entiéndase pública y privada), que puede beneficiar a un particular en detrimento de otro particular. Esta actividad genérica que tiene una notoria especificidad en el ámbito estatal, donde el agente, Funcionario Público, se encuentra en una posición privilegiada frente a los recursos que tiene bajo su responsabilidad y ante la persona natural (ciudadano) o también una persona jurídica convertidas ambas personas en recurrentes; posición generada a partir de su relación con el Estado, sustrato sin el cual le sería imposible desarrollar su ilícita actividad y cuyas consecuencias van más allá de afectar lo colectivo, para ubicarse en el daño a la esfera privada, como el patrimonio.

Objetivamente, se puede afirmar que la legislación sobre fundaciones no es controlista. Como decimos, la Fundación estudiada inició sus actividades en 1925 cuando ninguna Ley Peruana regulaba dicha forma de inversión de capital o patrimonio.

Por eso, al estudiar la organización administrativa o, como se dice, el órgano de gobierno, se aprecia que se ha tratado de utilizar la influencia de personajes de gobierno. La Fundación referida nace por un testamento en el que se entrega la administración de la fortuna de la fundadora a una Junta integrada

por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el señor Ministro de Culto, el Director de la Beneficencia de Lima, el Dean del Cabildo Metropolitano y el representante de una institución que nunca tuvo vida social, como la Unión Católica de Caballeros.

Como sabemos las fundaciones tienen en muchos países duración permanente, salvo casos de fundaciones temporales, como la que colaboró en el Quinto Centenario del Descubrimiento de América, que funcionó en Italia. De todos modos la duración debe ser considerable para justificar la constitución de una persona jurídica.

En la regulación de las fundaciones se da mucha importancia a los fines fundacionales, es decir, a los servicios que presta a la comunidad, o, mejor dicho, el señalamiento de los beneficiarios, sean personas naturales o jurídicas. También se da importancia debida al destino del patrimonio, pues no todas las fundaciones dan el esperado fruto que idearon sus fundadores. De ahí la importancia de constatar que las fundaciones creadas por testamento deben aplicar rigurosamente las mandas del testador, en el caso estudiado, de la testadora.

La legislación internacional y también el Código Civil Peruano, prevén que el patrimonio fundacional, si se extinguiere la fundación pasa a otra de similar naturaleza para evitar que en alguna oportunidad no deseada, se trate de utilizar la figura de la fundación con fines distintos de los que está llamada a cumplir por su especial naturaleza.

En la Fundación se analiza su organización, sus fines, el órgano de gobierno y el patrimonio. Cuestión clave es el órgano de gobierno, sui generis en la Fundación Ignacia Rodulfo de Canevaro, particularmente si conocemos que su Junta está integrada por los funcionarios públicos mencionados y que, prácticamente, sin rendir cuenta debidamente supervisada o supervigilada, ha funcionado desde 1925.

Nótese que recién en 1984 se crea el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, cuyo Reglamento data de 12 de marzo de 1994. Tanto el Código Civil, como el Reglamento se dan cuando se encuentra en vigor la Constitución Política de 1979, que prohíbe en forma expresa que tanto los señores Ministros como el Presidente de la Corte Suprema actúen en negocios o asuntos particulares. Este impedimento constitucional para el Presidente de la Corte Suprema y para el Ministro de Culto, hoy de Justicia, nominados por la fundadora como dos de sus cinco administradores, coloca a la Fundación en difícil situación para

su normal funcionamiento, máxime, si uno de los representantes institucionales fue cuestionado por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones en sesión de 28 de mayo de 1987, cuando declaró nulo el nombramiento del Dr. Ramírez Gastón, representante de la Acción Católica Peruana, pues dicha organización no estaba mencionada en el Testamento, pero de las actas de la Fundación aparecen los representantes de dicha institución actuando en representación de la denominada Unión Católica de Caballeros, que no tenía vida propia, es decir, actividades, ni Junta Directiva.

Con la resolución mencionada se prueba la objeción a uno de los miembros de la Junta de Administración.

Otros dos miembros, son objetados por la Constitución de 1979 y por la Constitución de 1993:

El Presidente de la Corte Suprema y el Ministro de Justicia, que viene designando representantes en forma irregular y a mi juicio inconstitucional.

Si tres miembros tienen impedimento, la Junta de Administración no tendría quórum para sesionar con solo dos miembros hábiles. Y, que conste que uno de estos dos miembros representa a una entidad beneficiaria como la Beneficiencia Pública de Lima, que por ética no debería estar en una Junta que aprueba las donaciones, por ser juez y parte en dichas liberalidades de la fundación.

Pese a dichos impedimentos jurídicos, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones no ha emitido opinión actualizada. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en sesión de su Comité Ejecutivo de 29 de octubre de 2001, ha declarado nulo el nombramiento del Dr. Figallo, del mes de setiembre de 1994, emitido por el Consejo de Gobierno en esa fecha. Es argumento de la Corte que si el señor Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia está impedido de gestionar o de actuar personalmente, no puede asistir indirectamente, mediante representante designado ante esa Fundación, máxime si el cargo es remunerado.

No se aclara si dicho ex miembro deberá devolver los viáticos recibidos durante siete años y meses por su representación que ha sido declarada nula.

Además, es conveniente tener presente que un Presidente de la Corte Suprema o su representante, en la administración, podría influir frente a una serie de acciones judiciales de la fundación, tanto en su vida administrativa

como patrimonial, en su calidad de propietaria de numerosas fincas urbanas y rurales.

La Constitución de 1979 y la de 1993 impiden a dichos funcionarios actuar como administradores, sin embargo se ha visto a sus "representantes", en dichas tareas de orden patrimonial y no solo de carácter filantrópico, pues los beneficiarios, como los niños del Puericultorio, los ancianos, los incurables y los niños ciegos y sordo mudos, no han recibido el suficiente apoyo, en proporción al cuantioso capital financiero de tan importante fundación.

Las auditorías de 1994, 1995 y 1996, que pude leer dicen que se ha sobrevalorado el gasto administrativo y no hay suficiente aporte a los beneficiarios, por ejemplo, los niños del Puericultorio tienen tuberculosis, y ellos son los beneficiarios de una poderosa Fundación.

Nótese que en el Perú nacen 620 mil niños cada año..un tercio de ellos nacen de madres enfermas, según estadísticas de INE. Son altas las proporciones de madres tuberculosas, de hepatitis, desnutrición y sida.

Menciono estos datos, porque en un Informe de la Universidad del Pacífico del año anterior, se da a conocer que en el Perú hay tres millones de niños pobres que no reciben ninguna ayuda social del Estado como consecuencia de la mala distribución de los recursos.

Estos datos son importantes, pues el Testamento de la Fundadora señala como fin primordial de la Fundación Canevaro el servicio a la niñez desamparada, a los ancianos pobres y a los incurables del Hospicio situado en los Barrios Altos, Jirón Ancash. Entre los niños señala a los niños ciegos de Barranco y a los del Puericultorio. Una visita a estas instituciones nos lleva a confirmar que las pequeñas o insignificantes donaciones que entrega la Fundación a estas organizaciones no resuelve mayores problemas económicos y de orden presupuestal que subsisten durante varias décadas en esas entidades, una dependiente del Ministerio de Educación por ser escuela, la otra dependiente de la Beneficencia Pública de Lima.

Una religiosa de la Congregación de San Vicente, antigua directiva del Puericultorio Pérez Aranibar, manifestó que su congregación decidió salir de dicho servicio en 1969 por cuanto los niños eran "legalmente" herederos o legatarios de la señora Canevaro, con presupuesto millonario, pero que eso era una promesa incumplida durante muchos años y que su permanencia en dicha

institución hubiera significado involucrarse en hechos de complicidad, pues no se cumplía a cabalidad con las mandas de la señora difunta.

Si dichos niños tienen derecho a acceder a un gran presupuesto, no es justo que el personal continúe recibiendo pequeñas ayudas, sin formular queja o, como en este caso, renunciar a ser parte del personal que figura como administrador de los beneficiarios.

El testimonio referido es un llamado de atención a los administradores de la Fundación, y, especialmente, al representante de la Beneficencia, quien gestiona y recibe las donaciones, a veces insuficientes, o tal vez dedicadas a otras entidades de la Beneficencia y no al Puericultorio, que es el que figura como beneficiario en el Testamento de la fundadora.

4.-Casuística: las Fundaciones en el Perú.

Algo urgente para el proceso de lucha contra la pobreza es contar con programas que sean de efectivo servicio a la comunidad. En el estudio de las Fundaciones en el Perú vale la pena tener presente que se pueden constituir por testamento o por escritura pública, según sea mortis causa, o, Inter. Vivos. En el ejemplo mencionado hemos dado mayor atención a las fundaciones originadas en testamentos, pues el control no es tan detallado ni garantiza -en la mayoría de casos- una buena administración. Si el testamento de la señora Canevaro se cumpliera a cabalidad, por ejemplo, no solo habría recursos para los beneficiarios, sino que se debería cumplir sus mandas. En el testamento, la señora Canevaro dispuso, previendo que no se pueda constituir la Junta de Administración, como ejemplo, si se respetara la falta de quórum aludida, que la administración de la Fundación se entregue a la Beneficencia Pública de Lima, algo que ni los directivos de la Beneficencia han procurado, dejando honda preocupación entre los auditores, pues quién desdeña un cuantioso patrimonio es ¿por qué tiene otro interés mayor?.

5-Conclusiones.-

- 1.-La ONU ha adoptado el Tratado anti Corrupción, que ha sido ratificado por seis Estados Latinoamericanos, entre los que no figura el Perú.
- 2.-Sería necesario realizar una campaña nacional para que el Perú ratifique dicho Tratado Anti Corrupción de la ONU.

- 3.-En el ámbito continental el Perú ratificó en 1997, la Convención Interamericana contra la Corrupción, que significa un compromiso para dar nuevas normas y adaptar y modificar la legislación en vigor sobre la materia, sin embargo la Ley 27151 de julio de 1999 disminuye la pena de prisión en delitos de malversación, para citar bajo comparecencia a los involucrados. Grave signo de contradicción.
- 4.-Recomendar la necesidad de elaborar un Código de Ética de la Función Pública.
- 5.-Recomendar la adecuación de la legislación Peruana a lo dispuesto en la Convención Interamericana contra la Corrupción.
- 6.-Habiendo estudiado la normatividad que regula las Fundaciones, que contiene vacíos que no garantizan la conducta de los administradores, se recomienda modificar el art. 104 inc 2 del Código Civil, referido al nombramiento de administradores de las fundaciones, adicionando la siguiente propuesta:
"Los administradores de fundaciones de gran capital patrimonial solo ejercerán el cargo por dos años improrrogables".

6.-Bibliografía.

- Albaladejo García, M.: "Comentario Al artículo 609" en Comentario al Código Civil, Volumen I, Edersa, Madrid, 1987
- Código Civil Peruano de 1984, edición oficial
- Holguín Callo, Oswaldo: "Poder, Corrupción y Tortura en el Perú de Felipe II" Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2002.
- Meza Ingar, Carmen: "Discriminación mediante el Derecho", Concytec, Lima, 1988
- Meza Ingar, Carmen: "El Derecho a la Información", Exigráfica, Lima, 2001
- Meza Ingar, Carmen: "Más Allá de la Igualdad", Amaru Editores, Lima, 1986

- Michoud, L.: "La Théorie de la personnalité morale et son application au Droit Française", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964
- Ministerio de Justicia, Res. Min. 047-2001-JUS, Diario Oficial "El Peruano", 21 de febrero de 2001
- Morillo González, Fernando: "La fundación: concepto y elementos esenciales", Editorial Tecnos, Madrid, 2001.
- Poder Judicial, Resolución del Consejo Ejecutivo, 29 de octubre, 2001
- Testamento de la Fundación Canevaro, Archivo General de la Nación
- Vadillo. Aída: "Las Fundaciones en el Perú", Tesis, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- Valero Agundez, U. : "La fundación como forma de empresa", Universidad de Valladolid, 1969