



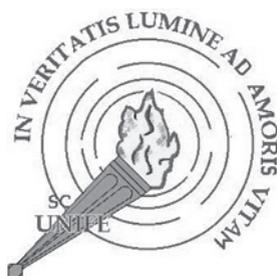
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

LUMEN

NÚMERO 15 - II

Julio - Diciembre 2019

LIMA, PERÚ



UNIVERSIDAD FEMENINA DEL SAGRADO CORAZÓN

AUTORIDADES

Rectora

Carmela Alarcón Revilla, rscj.

Vicerrectora Académica

Rosario Alarcón Alarcón

Vicerrectora de Investigación

Victoria García García

Decano de la Facultad de Derecho

Mario Romero Antola

LUMEN: Revista de la Facultad de Derecho

Domicilio: Av. Los Frutales N° 954 - Urb. Santa Magdalena Sofía – La Molina. Lima 12, Perú

Teléfono: 4343-424

E-mail: revistalumen@unife.edu.pe

Revista indizada en Latindex

[www. Latindex.org](http://www.Latindex.org)

Alicia – Repositorio Nacional Digital

URL <http://alicia.concytec.gob.pe>

DOI: <http://doi.org/10.33539/LUMEN>

<http://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen>



ISSN: 2225-0840

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-03199

La Revista Lumen es una publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón cuyo objetivo es promover la investigación jurídica.

La Revista Lumen es arbitrada por pares. Desde el año 2018 su periodicidad es semestral apareciendo en soporte físico y digital; su primera edición abarca de enero a junio, y la segunda de julio a diciembre.



UNIVERSIDAD FEMENINA DEL SAGRADO CORAZÓN

Director

César Aníbal Fernández Fernández

CONSEJO EDITORIAL

Mario Castillo Freyre (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Benjamín Aguilar Llanos (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Manuel Ramírez Jefferson (Universidad Femenina del Sagrado Corazón)
Víctor Guevara Pezo (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

EDITORA

Millitza Franciskovic Ingunza

lumenderecho@unife.edu.pe

- El contenido de los artículos publicados en la Revista Lumen es responsabilidad exclusiva de los autores.

CONTENIDO

EDITORIAL / *Editorial*.....151

DERECHO ADMINISTRATIVO

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CLAUSURA TEMPORAL
DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL UN LARGO CAMINO POR RECORRER**
*ADMINISTRATIVE SANCTIONING PROCEDURE TEMPORARY CLOSURE
OF COMMERCIAL ESTABLISHMENT A LONG WAY TO TRAVEL*

Piero Da Giau Roose

Rene Palomino Sánchez.....153

**NECESARIO CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RECOMENDACIONES
EFECTUADAS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL INSTITUCIONAL EN LOS SERVICIOS
DE CONTROL INTERNO PREVENTIVOS Y SIMULTÁNEOS**

*NECESSARY BINDING NATURE OF THE RECOMMENDATIONS MADE BY
THE GENERAL COMPTROLLER OF THE REPUBLIC AND INSTITUTIONAL
CONTROL BODIES IN THE PREVENTIVE AND SIMULTANEOUS INTERNAL
CONTROL SERVICES*

Pedro Patrón Bedoya

Jorge Enrique Medina Vásquez164

**LAS DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON LA DETERMINACIÓN DE
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INCUMPLIMIENTO A LAS
NORMAS DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**
*DEFICIENCIES RELATED TO THE DETERMINATION OF ADMINISTRATIVE
RESPONSABILITY FOR BREAKING RULES OF TRANSPARENCY AND ACCESS
TO PUBLIC INFORMATION*

Heidi Soraya Cárdenas Arce171

DERECHO INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ISLÁMICO
INTRODUCTION TO ISLAMIC LAW

Nuccia Seminario Hurtado.....187

**UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO**
*AN APPROXIMATION TO THE STUDY OF PUBLIC
INTERNATIONAL LAW*

Millitza Franciskovic Ingunza.....194

DERECHO CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL: DISOLUCIÓN DEL CONGRESO
CONSTITUTIONAL OR UNCONSTITUTIONAL: DISSOLUTION OF THE CONGRESS

José Mendívil Nina203

**UNA MIRADA CRÍTICA A LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA
EN EL PERÚ A PROPÓSITO DEL 30° ANIVERSARIO DEL CONVENIO
169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

*A CRITICAL EYE AT THE APPLICATION OF THE PRIOR CONSULTATION
IN PERU TO THE PURPOSE OF THE 30TH ANNIVERSARY OF THE 169
CONVENTION OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION*

Karen Maribel Rebaza Vílchez

Diana Mileny, Uchuypuma Tupia

Jakelín Verónica Nicolás de la Cruz.....213

DERECHO LABORAL

LA ESTIMATIVA JURÍDICA DE LOS CARGOS DE CONFIANZA

THE LEGAL ESTIMATE OF TRUST CHARGES

Jorge Luis Godenzi Alegre230

DERECHO DE FAMILIA

**IGUALDAD DE DERECHOS DE LAS UNIONES DE HECHO
Y LA FAMILIA MATRIMONIAL EN ASOCIACIONES**

*EQUAL RIGHTS OF THE UNIONS OF FACT AND THE
MARRIAGE FAMILY IN ASSOCIATIONS*

Mario Romero Antola.....239

**SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA RECONOCER HIJOS EXTRAMATRIMONIALES
POR LOS APOYOS DEL PADRE O LA MADRE EN ESTADO DE COMA, EN EL MARCO
DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1384 Y LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

*ON LEGAL CAPACITY TO RECOGNIZE EXTRAMATRIMONIAL CHILDREN FOR
THE SUPPORTS OF THE FATHER OR MOTHER IN THE STATE OF COMA, IN THE
FRAMEWORK OF LEGISLATIVE DECREE N ° 1384 AND THE CONVENTION ON THE
RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES*

Abner Hernán Príncipe Mena247

**DE LA INTERDICCIÓN AL SISTEMA DE APOYOS: DESAFÍO A LA
JUDICATURA PERUANA**

*FROM INTERDICTION TO THE SUPPORT SYSTEM: CHALLENGE TO
THE PERUVIAN JUDICATURE*

Jenny López Freitas

José Julio Goicochea Elías

Maritza Daniela Chávez Alejo.....253

DERECHO PENAL

LA VICTIMOLOGÍA, PERSPECTIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL

VICTIMOLOGY, PERSPECTIVE OF CRIMINAL POLICY

Walter Jorge Mendizábal Anticona259

COLABORADORES EN EL PRESENTE NÚMERO272

BASES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS275

EDITORIAL

Creo que podemos convenir que existen pocos espacios en el ámbito editorial para las discusiones públicas de elevada calidad cuyos artículos de opinión tengan además el talante pluridisciplinar. En esta nueva edición la revista LUMEN se ha esforzado y asume el desafío para abordar, desde ese elevado reducto, una diversidad de temas de relevancia nacional por su connotación jurídica y política.

Es indudable que nuestras instituciones republicanas y el derecho como conceptos, conjuntamente con la democracia como método de justificación del poder, no solo se fundamentan en teorías políticas, ni en normas jurídicas, ni en la presencia recurrente de los caudillistas de turno. Se basan - escribe uno de nuestros articulistas - en algo que se encuentra anidada en la conciencia de las personas: en la integridad moral, en los valores éticos que son homenaje permanente a la decencia y en la sujeción a ese mandato viejo, sabio e insoluble de: "obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza".

Se basan entonces en el sentido de justicia, en la noción de responsabilidad para que en el Estado de Derecho las garantías constitucionales y las leyes de toda índole no deban estar sometidas a la discrecionalidad de decretos, reglamentos, resoluciones y actos administrativos, ni a las caprichosas y muchas veces antojadizas interpretaciones de los magistrados del Tribunal Constitucional. Si no hay respeto a la jerarquía normativa, si los derechos se condicionan a lo que diga el acto de la autoridad o la sentencia jurisdiccional contraria a la ley y a la justicia, no habrá seguridad jurídica.

La estabilidad normativa, la eficacia de la ley, la vigencia de los derechos individuales y el rigor de la jurisprudencia, debería ser la incuestionable evidencia de que rige la seguridad jurídica, no solo como teórica declaración de la Constitución, sino que los actos de fe que deposita el pueblo en el poder (ley y autoridad) son naturales y lógicos.

En esta edición de la revista LUMEN se acoge con espíritu ecléctico y tal vez sincrético esa variedad de ópticas que se condensan en los doce artículos que la contienen. Este número, en consecuencia, es una herramienta que modestamente contribuirá a darle realce a la discusión pública a fin promover descubrimientos e ideas nuevas tendientes a poder entendernos y comprendernos algo mejor.

Reiteramos una vez más que ese es el derrotero por el que nos hemos propuesto transitar, afianzando cada vez y con más ahínco su cartel de órgano de vanguardia de la moralidad jurídica.

Habría que ser muy poco perspicaz para no darse cuenta de que en semejantes circunstancias la mejor opción es atender los juicios y criterios de calidad y en apostar por la tolerancia y la sensatez.

Millitza Franciskovic Ingunza

Editora

Lumen

Jul - Dic. 2019.Vol 15 N°2: pp. 153-163

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1816

***PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR CLAUSURA TEMPORAL,
DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL
UN LARGO CAMINO POR RECORRER***

***ADMINISTRATIVE SANCTIONING PROCEDURE
TEMPORARY CLOSURE OF COMMERCIAL
ESTABLISHMENT A LONG WAY TO TRAVEL***

Piero Da Giau Roose
Rene Palomino Sánchez

LUMEN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CLAUSURA TEMPORAL DE ESTABLECIMIENTO COMERCIAL UN LARGO CAMINO POR RECORRER

*ADMINISTRATIVE SANCTIONING PROCEDURE
TEMPORARY CLOSURE OF COMMERCIAL ESTABLISHMENT
A LONG WAY TO TRAVEL*

Piero Da Giau Roose
Rene Palomino Sánchez

RESUMEN:

El presente artículo analiza la situación posterior a la clausura de un establecimiento comercial, ordenada por la administración pública, y el procedimiento que los administrados deben seguir, a fin de continuar con sus actividades comerciales.

Analizaremos como en tales situaciones existen incentivos que influyen en la toma de decisiones de las personas y de esa manera, regulan su conducta, en ocasiones para obedecer las disposiciones administrativas normativas y, en otras, para simplemente satisfacer sus necesidades. Veremos que el procedimiento posterior a la orden de clausura temporal significa un largo y oscuro camino que el administrado sujeto a fiscalización se encuentra obligado a seguir, y que ello muchas veces constituye un incentivo perverso que motiva al administrado a no obedecer.

Asimismo, veremos que el factor de detección de las infracciones, es como un indicador de la deficiencia del Estado para reconocer a los administrados infractores y exigirles cumplir con el correspondiente pago por multas impuestas, lo cual, a su vez, también crea incentivos que motivan a los administrados a desobedecer la orden de clausura.

Finalmente, proponemos como alternativa de solución, la aplicación del principio de privilegio de controles posteriores, establecido en el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley No. 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General", entendido como el derecho que tiene la autoridad, de comprobar la veracidad de los argumentos, documentos e información presentada por los administrados, en el marco de los procedimientos administrativos, lo cual, constituye, un mecanismo eficiente para la situación bajo análisis, puesto que de ser así, la lentitud con la que generalmente opera el Estado al momento de ejercer su facultad de fiscalización no perjudicará los derechos de los administrados.

PALABRAS CLAVE:

Decisiones, incentivos, disyuntivas, administración pública, derecho administrativo sancionador, cierre temporal, medida provisional, medida cautelar, privilegio de controles posteriores, fiscalización posterior.

ABSTRACT:

This paper analyzes the situation following the closure of a commercial establishment, ordered by the Public Administration, and the procedure that applicants must follow, in order to be able to open the establishment again for business and continue with their trading activities.

The existence of incentives that influence people's decision-making in these situations and thus regulate their behavior –sometimes to follow the regulatory administrative provisions, and at others to simply meet their needs–, will be analyzed. We identify that the procedure after the temporary closure order means a long and dark path

that the inspected applicant is obliged to follow. This often constitutes a perverse incentive that motivates the applicant to disobey.

Likewise, the offense detection factor can be seen as an indicator of the deficiency of the State to identify the offenders and to require them to comply with the corresponding payment of fines. This also creates incentives that motivate those applicants to disobey the closure order.

Finally, we propose as an alternative solution, the application of the principle of privilege of subsequent supervision, established in paragraph 1.16 of Article IV of the Preliminary Title of Law No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (General Administrative Procedure Law), understood as the right of the authority to verify the authenticity of the statements, documents and information provided by applicants, within the framework of administrative procedures, which constitutes an efficient mechanism for the situation under analysis, since if so, the slowness with which the State generally operates at the time of exercising its power of supervision will not prejudice the fundamental rights of those applicants.

KEY WORDS:

Decisions, incentives, disjunctive, Public Administration, administrative sanction law, temporary closure, temporary measure, precautionary measure, privilege of subsequent supervision, subsequent supervision.

INTRODUCCIÓN

A través de las normas administrativas se crean incentivos que regulan el comportamiento de los administrados, a veces de manera positiva y otras veces de manera negativa. Si un mandato contenido en alguna norma provoca un daño no previsto en perjuicio del administrado, éste generará la disyuntiva de obedecerla o de rechazarla. Bajo los dos escenarios el perjudicado debería ser siempre el administrado; puesto que de obedecerla se vería perjudicado con el daño no previsto, y de no obedecerla, la administración pública debería detectar dicho desacato y aplicar la respetiva sanción. Sin embargo, en algunos casos el factor de detección de una infracción generará incentivos que motivarán al administrado a efectuar una determinada conducta infractora, la misma que podría quedar sin castigo, el administrado es un ser racional.

En el ejercicio de las actividades de fiscalización que ejercen las entidades públicas, éstas se encuentran facultadas para ordenar medidas cautelares y/o medidas de carácter provisional. Dentro de ellas, encontramos la orden de clausura temporal de establecimiento comercial, la cual es dictada en cualquier momento en el marco de una fiscalización y tiene como objetivo asegurar la eficacia de la resolución final, siempre y cuando no cause un perjuicio de difícil o imposible reparación. Sin embargo, el problema principal de esta medida es que siempre causa un perjuicio de difícil reparación, y en algunos casos, el daño es irreversible.

CONCEPTOS PRELIMINARES

Las Decisiones:

Tomamos decisiones en cada momento de nuestras vidas, incluso cuando creemos que no estamos decidiendo nada y simplemente nos encontramos leyendo estas líneas, esta situación es consecuencia de una decisión tomada segundos antes de iniciar la lectura. “La primera lección sobre la toma de decisiones la resume el dicho <<el que algo quiere, algo le cuesta>>” (1), y es muy cierto porque en nuestra búsqueda de alcanzar lo que queremos, generalmente debemos renunciar a otra que también queremos. Por ejemplo, al decidir leer este artículo, hemos renunciado

¹ N. Gregory Mankiw, Principios de la Economía 3ª Edición (2004), “Los Individuos se enfrentan a disyuntivas”. 4.

a invertir ese tiempo en alguna otra actividad, y ¿Por qué hemos decidido de esa manera?, tal vez sea por curiosidad; o tal vez, porque el tema sea importante para él, es decir, existen muchas probabilidades que nos de una razón lógica, pero, la operación que realizaremos al “decidir” siempre será la misma: “cuando los individuos se enfrentan a disyuntivas, para tomar decisiones deben comparar los costes y los beneficios de los diferentes cursos de acción posible ⁽²⁾, en este ejemplo, el lector considerará que satisfacer su curiosidad, o conocer la implicancia legal que encierra la ejecución de un cierre temporal, será mayor a lo que sea que vaya a sacrificar por acabar la lectura, como por ejemplo, leer otra materia o simplemente descansar.

Tomamos decisiones a fin de obtener un beneficio.

A veces, el resultado de las decisiones que tomamos se pueden apreciar en un corto tiempo, como la decisión de leer esta lectura o como cuando decidimos qué ropa usar para ir al trabajo o a la universidad, y una vez en nuestro centro laboral o de estudios, como resultado de una acertada decisión, recibimos un comentario positivo sobre nuestra vestimenta, y tal vez ello signifique el beneficio esperado. Por tanto, todas las personas buscamos tomar una decisión a fin de conseguir un beneficio, es decir, nadie toma una decisión deseando verse perjudicado con ella.

Los incentivos influyen en las decisiones de las personas.

Por otro lado, existen factores externos a la voluntad de la persona, que crean juicios de valor y motivan al individuo a tomar una decisión específica. Nos referimos a los incentivos. “Como los individuos toman decisiones comparando los costes y los beneficios. Su conducta puede cambiar cuando varían los costes o los beneficios. Es decir, los individuos responden a los incentivos” ⁽³⁾.

Un ejemplo, es el caso de la “Ordenanza del Pico y Placa” y el dilema entre transitar o no transitar por la avenida Javier Prado. Si mi auto es de placa impar, no tendré ningún problema en transitar por esa avenida el primer día laboral de la semana; sin embargo, el día martes tendré que decidir entre pasar por esa avenida y arriesgarme a que me apliquen una papeleta o en su defecto, despertarme un poco más temprano y pasar por las vías alternas, en donde con seguridad habrá más tráfico. Si pensamos en la idea de elegir transitar por Javier Prado cuando no nos corresponda, advertimos la posibilidad de recibir una sanción administrativa, lo cual constituiría un incentivo que nos motivaría o, en todo caso, desmotivaría a no transitar por esa avenida. En consecuencia, podemos decir que la aplicación de una sanción podría significar un incentivo determinante que regule la conducta de las personas en un caso concreto.

Incentivos: Las Sanciones Administrativas

Con una educación básica que permita conocer las normas elementales que regulan nuestro sistema, es poco probable que las decisiones que tome un individuo promedio, configuren como resultado la configuración o tipificación de un delito, y en consecuencia, deba estar inmerso dentro de un proceso penal, con todo el infortunio que ello implica a fin que se le aplique la correspondiente sanción penal. Sin embargo, de lo que casi nadie se podrá salvar, es de una sanción administrativa, siendo muy poco probable que un ciudadano no haya sido sancionado administrativamente a lo largo de toda su vida, precisando asimismo que el error de derecho no exime de responsabilidad “*ignorantia juris non excusat*”.

En efecto, con todas las normas administrativas que hoy en día existen, es casi imposible por decirlo menos y reiterándolo, que una persona encuentre la vejez sin antes haber sido imputada de

² N. Gregory Mankiw, Principios de la Economía 3^o Edición (2004), “El coste de una cosa es aquello a lo que se renuncia para conseguir un beneficio” p. 4.

³ N. Gregory Mankiw, Principios de la Economía 3^o Edición (2004), “Los individuos responden a los incentivos” p. 5.

haber cometido alguna infracción, y en consecuencia, se haya situado dentro en un **Procedimiento Administrativo Sancionador** (En adelante “PAS”).

Sin temor a equivocarnos, podríamos replicar aquella famosa frase del evangelio -“aquel de ustedes que esté libre de pecado, que tire la primera piedra”.... quien no haya tomado alguna de las siguientes decisiones:

- i. **Sacar la basura fuera del horario establecido por el municipio (4).**
Claro, es posible que la municipalidad de tu distrito haya establecido un horario para el recojo de residuos, pero no lo sabías “*ignorantia legis neminem excusat*”.
- ii. **No recoger las heces de tu perrito dejadas en el parque luego de jugar (5).**
A pesar de que el origen de esta infracción no nazca precisamente de la voluntad de las personas, es pertinente aclarar que lo que aquí se castiga es la acción posterior al acto natural ejecutado por tu can. Es decir, el hecho constitutivo de infracción es “no recoger”.
- iii. **No izar la bandera en julio (6).**
Sin importar tu nacionalidad o los ideales religiosos que pudieras tener, el Estado establece que si tienes una propiedad, estás en la obligación de cumplir con la presente exigencia.
- iv. **No pintar anualmente tu casa (7).**
Así también, en algunas ocasiones el Estado decide ayudarte con la elección del pintado de tu casa, bajo el criterio de que sus buenos gustos van en favor al ornato de la ciudad.

En el ejercicio de las actividades que desarrollamos en nuestro día a día, es muy probable que las decisiones que tomemos con conocimiento o sin él, configuren una infracción administrativa y tenga como consecuencia una sanción, y la situación podría ser más abrumadora si se tratara de una persona que desarrolla una actividad económica. Aunado a ello, está lo difícil que en ocasiones puede llegar a ser cumplir con una determinada norma administrativa, ya sea porque los requisitos sean muchos o porque su cumplimiento nos genere pérdidas económicas.

La decisión de desobedecer una disposición normativa.

A pesar que el desconocimiento o ignorancia no es causa justificable para eximir o atenuar una sanción administrativa (8), debemos señalar que un gran número de infracciones se dan por esos factores, pero para los intereses del presente artículo, hablaremos del otro grupo de personas, las que con conocimiento toman la decisión de cometer el hecho constitutivo de infracción.

Existen innumerables situaciones en donde una persona tomará la decisión de cometer una infracción, como por ejemplo, el caso de Tiffany, una peruana que como muchas, trabaja muy duro

⁴ Tipificada como infracción administrativa según la Ordenanza No. 37-2017-MPC, expedida por la municipalidad provincial de Cañete.

Código de Infracción 5.22, sanción 0.03 UIT.

⁵ Tipificada como infracción administrativa según la Ordenanza No. 345-2019-MDCH, expedida por la municipalidad distrital de Chorrillos

Líteral C: no recoger las heces de sus mascotas 0.15 UIT.

⁶ Tipificada como infracción administrativa según la Ordenanza No. 1971, expedida por la municipalidad de Lima, que institucionaliza los actos cívicos patrióticos en fechas conmemorativas en el Cercado de Lima.

Código de Infracción 06-0603, sanción 0.10 UIT.

⁷ Tipificada como infracción administrativa según la Ordenanza No. 327-MDSM, expedida por la municipalidad distrital de San Miguel, que regula el pintado de fachadas y el acabado exterior de las edificaciones ubicados en el distrito de San Miguel.

Código de Infracción 2336, sanción 0.50 UIT.

⁸ Artículo 236-A de la Ley No. 27444, modificada según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272: Eximentes y Atenuantes de responsabilidad por infracciones.

para mantener a su familia y poder sacarla adelante, y para ello, se vale de un pequeño negocio que ella dirige.

En el ejercicio de las actividades propias de su negocio, desafortunadamente el dispensador de bebidas sufrió una avería, justo el día cuando la municipalidad decidió realizar una visita de fiscalización inopinada.

En la diligencia de inspección, los fiscalizadores, además de emitir el Acta de Infracción en la cual se describió la falta advertida, decidieron además emitir una segunda acta mediante la cual se ordenó como medida de carácter provisional, el cierre temporal de su establecimiento hasta que cumpliera con subsanar las observaciones.

Tiffany, muy preocupada por lo sucedido, contrató a un electricista para que reparara el dispensador de bebidas averiado, luego fue a la municipalidad a fin de recibir orientación respecto de los pasos a seguir para abrir nuevamente su negocio. En la Municipalidad le informaron que i) primero debía subsanar la observación advertida (reparar el dispensador), luego debía redactar un escrito comunicando la subsanación y dirigirlo a la oficina de Fiscalización; ii) luego, debía redactar otro escrito dirigido a la oficina de Vigilancia Sanitaria, solicitando a los inspectores de dicha oficina, que regresen a su establecimiento a verificar la subsanación efectuada, habiendo previamente pagado la suma de S/ 25.00, por derecho de visita de inspección; iii) luego, debía permanecer con su establecimiento cerrado al público y esperar entre cuatro a cinco días para que los inspectores regresen y verifiquen la subsanación efectuada; iv) luego, si en la visita de inspección los inspectores confirmaban la veracidad de la subsanación, emitirían un acta de conformidad, y acto seguido, debía redactar nuevamente un escrito dirigido a la oficina de fiscalización, comunicando que la oficina de vigilancia sanitaria, había verificado el cumplimiento de la subsanación, adjuntando para esos efectos, una copia del acta de verificación; v) luego, debía esperar entre cuatro a cinco días más con su establecimiento cerrado al público, a que el personal de la oficina de fiscalización tome conocimiento del escrito presentado y emita el acta de levantamiento de la medida de carácter provisional de cierre temporal; vi) finalmente, debía continuar con su establecimiento cerrado, y esperar a que se le notificara con el acta de levantamiento, lo cual ocurriría en un plazo no determinado, puesto que ello dependería del número de procedimientos que se encontraran en trámite al momento que Tiffany presentara el escrito final.

- i. Cerrar su negocio y cumplir con el procedimiento indicado o;
- ii. abrir su negocio y continuar con el ejercicio de sus actividades.

*En los dos escenarios, el hecho constitutivo de infracción ha sido subsanado.

Tal como lo hemos mencionado, esta disyuntiva se resolverá comparando los costes y los beneficios. Si Tiffany decide la opción "i", sabe muy bien que los costes serán muy altos, dado que no podrá cumplir con sus obligaciones, hecho que le podría traer daños irreparables, y el beneficio significará estar en "regla" con el Estado, y no recibir ninguna eventual sanción adicional por desobedecer la orden de cierre. En cambio, si decide la opción "ii" y abre su negocio, los costes serán que eventualmente cabría la posibilidad de ser detectada por la municipalidad y que se le aplique una sanción más perjudicial que la anterior, incluso que se le abra un proceso judicial por la presunta comisión del delito de desacato y/o resistencia a la autoridad; y el beneficio para este caso sería que va a cumplir con todas sus obligaciones familiares y contractuales.

Asimismo, Tiffany sabe que la misma deficiencia con la que actúa el Estado para verificar el levantamiento de una observación y emitir la correspondiente autorización para abrir, lo cual puede tardar días o incluso semanas, también se presenta al momento en que el Estado debe

detectar la comisión de un desacato. Por tanto, la decisión que tome la efectuará no solamente en función a la magnitud total de la sanción que vaya a recibir en caso sea descubierta, sino también, evaluará además la capacidad que tiene el Estado para detectar estos desacatos, capacidad que en muchas ocasiones es nula.

Entidades Públicas trabajan lento.

En efecto, el administrado conoce lo deficiente que es la Administración, que a menudo, se ve reflejada en incentivos que ésta misma crea para que los administrados sancionados cumplan de manera voluntaria con asumir sus obligaciones.

Por ejemplo, si te sancionan y pagas la multa dentro de los cinco primeros días de impuesta, entonces la administración te retribuye ese buen acto, con una reducción del 30%, 50% y en ocasiones hasta el 80% de la sanción; y la razón de ese actuar benévolo no es precisamente el espíritu generoso que tiene, sino más bien, atiende a que la administración es consciente de su deficiencia e incapacidad, y sabe que por muchos factores económicos, es difícil detectar omisiones y recaudar el pago de las respectivas multas.

¿Qué haría usted? ¿Acataría la orden de cierre, o simplemente seguiría su camino?

Del ejemplo basado en hechos, personas y entidades que a menudo se presentan en nuestra realidad, se desprende una verdad preocupante. Por un lado, está el procedimiento que el administrado debe seguir a fin de abrir nuevamente su establecimiento, luego de la ejecución de un cierre temporal, lo cual es un largo y fangoso camino por recorrer, lleno de ambigüedades; y, por otro lado, encontramos la deficiencia del Estado para actuar rápidamente y detectar las infracciones en los casos de desacato a la orden de cierre.

Dos realidades que sin duda perjudicarán a cualquier persona, ya sea natural o jurídica que desea realizar algún tipo de actividad económica en nuestro país.

CIERRE TEMPORAL DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

Medida de Carácter Provisional o Medida Cautelar.

La **Ley del Procedimiento Administrativo General No. 27444**, en adelante “**Ley General**”, establece que la administración pública tiene la facultad para ordenar el cierre temporal de un establecimiento comercial como una “Medida de Carácter Provisional”⁽⁹⁾ dentro de un **PAS**, o como una “medida cautelar”⁽¹⁰⁾ dictada dentro de la resolución que ponga fin a dicho procedimiento.

Cuando se ordene dentro de un **PAS**, a través de una “medida de carácter provisional” su finalidad será asegurar la eficacia de la resolución final, cuidando de que en su aplicación, no se cause perjuicio de difícil o imposible reparación al administrado. Asimismo, cuando sea ordenada como una “medida cautelar” juntamente con la resolución que ponga fin al **PAS**, tendrá el objetivo de garantizar su eficacia en tanto lo ordenado no sea ejecutado.

Ahora bien, del ejemplo citado en los párrafos precedentes, podemos advertir que la medida adoptada corresponde a una de “carácter provisional”, aplicada al momento de la inspección,

⁹ Artículo 236 de la Ley No. 27444, modificada según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272: Medidas de Carácter Provisional.

¹⁰ Artículo 237 de la Ley No. 27444, modificada según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272: Resolución.

es decir, en el transcurso del PAS. Sin embargo, sin importar que la orden de cierre se haya aplicado mediante una “Medida de Carácter Provisional” en el transcurso del **PAS** o una “medida cautelar” al momento de resolver, para los intereses del presente artículo, corresponde analizar el procedimiento a seguir luego de la orden de cierre.

Oscuridad en la Norma.

El legislador ha dejado al libre albedrío de cada entidad, la regulación del procedimiento a seguir luego de haberse dictado un cierre temporal, y cada entidad, en muchos casos, por no decir en todos, ha decidido limitarse a únicamente expresar en sus reglamentos, el siguiente enunciado: “Clausura temporal hasta que se subsane o se adecúe la conducta infractora”.

Dicha falta de regulación ha provocado que en la práctica el administrado y hasta incluso los propios funcionarios, no tengan herramientas legales para resolver determinadas situaciones, puesto que del marco legal existente que establece algunos “alcances” por decirlo de algún modo, de lo que podría significar el procedimiento a seguir luego de una orden de cierre temporal, podemos advertir que el derecho constitucional al trabajo que tiene todo administrado, se encuentra supeditado a la voluntad y disponibilidad del personal inspector de la entidad fiscalizadora, toda vez que en la práctica, únicamente se considerará que la observación objeto del cierre temporal ha sido subsanada, solo si el personal inspector llega a verificar su cumplimiento.

Sin embargo, también podemos ver que en la práctica esa simple constatación pudiera generar un daño de difícil reparación o en algunos casos, irreparable, en perjuicio del administrado, toda vez que la inoperatividad de la administración pública por falta de personal y presupuesto así lo ha demostrado.

Consecuencia de no existir un Procedimiento Post-Cierre.- Daño de difícil reparación o en algunos casos, irreparable.

En efecto, tanto para la medida de carácter provisional como para la medida cautelar, la Ley General establece que no deberían causar perjuicio de difícil o imposible reparación ⁽¹⁾.

Sin embargo, lo que habitualmente sucede en la práctica, cuando se decide ordenar un cierre temporal, ya sea como una medida de carácter provisional o como una medida cautelar, es que el cierre del establecimiento genera un perjuicio de difícil o imposible reparación, y para calcular dicho perjuicio, bastaría con desarrollar el siguiente análisis.

Pongamos, por ejemplo, que para reparar el daño originado por un (01) día de cierre, no siempre bastará con que el administrado trabaje al día siguiente, una jornada doble, dado que:

- i) Los clientes no llegan a su establecimiento las 24 horas del día, sino que existen horarios de mayor afluencia de público, En tal sentido, así el administrado trabaje hasta de madrugada, no podrá cubrir lo trabajado en el horario normal de mayor afluencia.
- ii) Todos los días, la familia exige gastos de manutención, que de no cubrirse, se deberá disponer dinero de los ahorros y si no se contara con ellos, se deberá recurrir a créditos que conllevan al pago de intereses.
- iii) Si el pago a sus acreedores no fuera diario, un negociante sabe que una parte de la ganancia de un día de trabajo, constituirá un porcentaje del pago mensual destinado a honrar sus deudas, y de no cubrir ese porcentaje debido a ese día no laborado, el administrado incurrirá en moras y/o intereses.

¹ Artículo 236.4 y 237.2 de la Ley No. 27444, modificada según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272.

Ahora bien, mientras a más días se prolongue el cierre, mayor será el daño y habrá más posibilidades de que éste sea irreparable, con lo cual, se estaría infringiendo lo dispuesto por la Ley General, respecto a los cierres: **no deberían causar perjuicio de difícil o imposible reparación.**

El Principio de Privilegio de Controles Posteriores.- Alternativa de solución.

Es cierto que la Administración Pública debe constatar el cumplimiento de la subsanación para aceptarla, puesto, al parecer, no bastará la palabra del administrado quien haya comunicado haber cumplido con adecuar su conducta infractora.

Una alternativa de solución podríamos encontrar en el **Principio de Privilegio de Controles Posteriores**, establecido en el **numeral 1.16 del Artículo IV**, del **Título Preliminar** de la Ley General:

“La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz”

El mencionado principio establece que los procedimientos administrativos se deberán sustentar en la aplicación de la fiscalización posterior, es decir, la administración pública, comprobará la veracidad de la información que el administrado proporcione en determinado procedimiento.

Por su parte, el **Tribunal Constitucional** ⁽¹²⁾, ha referido que la aplicación de este principio guarda sujeción con los principios de razonabilidad, presunción de veracidad y verdad material:

Considerando del Tribunal Constitucional

4. De conformidad con el Principio del Privilegio de Controles Posteriores contemplado en el artículo IV, numeral 1.16, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 en la tramitación de los procedimientos administrativos que se sustenta en la aplicación de la fiscalización posterior, la autoridad administrativa se reserva el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada no sea veraz, en concordancia con los principios de razonabilidad, presunción de veracidad y de verdad material establecidos en los artículos 1.4, 1.7 y 1.11 del citado artículo IV denominado "Principios del procedimiento administrativo"

(El resaltado y subrayado es agregado)

En efecto, el privilegio de controles posteriores se empleará con posterioridad a la información brindada por el administrado, considerando que en su momento dicha información era veraz (presunción de veracidad), asimismo, en la aplicación de este principio la autoridad buscará constatar las afirmaciones del administrado y adoptar toda evidencia probatoria permitida por ley, a fin de tomar decisiones de manera motivada (principio de verdad material).

Si consideramos a las diligencias posteriores que, tanto el administrado como la administración deberán realizar, a fin de corroborar la adecuación de la conducta, es en conjunto un acto que integra un procedimiento independiente a lo que motivó la aplicación de la medida de cierre temporal, entonces en beneficio del administrado, se debería aplicar este principio y dejar que el administrado cumpla con comunicar la subsanación y otorgarle automáticamente la orden de apertura.

Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, podemos señalar además que lo mencionado guarda estrecha relación con el principio de presunción de licitud que regula al procedimiento administrativo sancionador, toda vez que la administración deberá tener por ciertas las afirmaciones que el administrado presente en la primera oportunidad que comunique las subsanaciones en tanto no se demuestre lo contrario.

El procedimiento sería el siguiente:

- i. Orden de cierre de establecimiento originada por una medida de carácter provisional o una medida cautelar.
- ii. Subsanación de la observación y la respectiva comunicación por escrito del administrado (autorización de apertura automática).

De ser así, se evitará todo el trámite burocrático que envuelve al “procedimiento”, vale decir, no establecido por la ley general, que se aplica para la etapa post clausura de establecimiento.

De esa forma se resguardarían tantos derechos fundamentales que se ven afectados por la demora en la verificación de las subsanaciones que declara haber realizado el administrado.

Se podría señalar, con justa razón, que ello podría generar un incentivo perverso que motivaría a los administrados que hayan sido perjudicados por una orden de clausura temporal, a presentar escritos de manera indiscriminada, indicando una falsa subsanación a fin de no verse perjudicados con dicha medida. Sin embargo, debemos recordar que el Principio del Privilegio de Controles Posteriores establece en su último párrafo que se aplicarán las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz, de ahí que el legislador, podría establecer medidas mucho más gravosas para el administrado que falte a la verdad a fin de generar incentivos que lleven al administrado a hacer lo correcto.

CONCLUSIONES

1. Un incentivo importante que motivará al administrado a desobedecer una orden de cierre temporal, es el perjuicio de difícil o imposible reparación que se generaría por el tiempo que dure el cierre. Incentivo que muchas veces nace de la imposibilidad de la administración para verificar las subsanaciones que originaron el cierre.
2. El Estado, quien generalmente se ocupa en regular todas las situaciones y conductas de los administrados, ha dejado al libre albedrío de la administración pública, el regular en sus procedimientos especiales, los pasos que el administrado debe seguir luego de un cierre temporal, en el marco de las fiscalizaciones.
3. La administración pública por su parte, lejos de proporcionar claridad a esta incertidumbre legal y no perjudicar al administrado con distintos procedimientos, ha resumido su explicación del procedimiento posterior al cierre, a la siguiente premisa **“la clausura subsistirá hasta el cumplimiento de las subsanaciones”**, lo cual, en la práctica, ha significado que **la clausura subsistirá hasta que la subsanación haya sido verificada por el personal fiscalizador**, limitando de esa manera, el derecho del administrado a la voluntad y posibilidad que tiene el personal fiscalizador para poder verificar el cumplimiento de las subsanaciones, que como lo hemos mencionado, para el Estado es una actividad muy difícil de realizar.
4. Finalmente, consideramos que la solución es la aplicación del principio de controles posteriores, mediante la cual, bastaría la sola comunicación por parte del administrado en donde señale que ha cumplido con subsanar las observaciones que originaron el cierre, para que éste

pueda abrir nuevamente su establecimiento, y la autoridad, en virtud al mencionado principio, realiza una fiscalización posterior, verificando la veracidad de lo afirmado.

En este escenario no se perjudicaría al Administrado y las medidas de cierre temporal cumplirían con lo que establece el marco legal respecto a que **las mencionadas no deben causar un daño de difícil o imposible reparación para el Administrado.**

REFERENCIAS

- Barra, Rodolfo Carlos (1980) Principios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, DePalma.
- García de Enterría (2011) Curso de Derecho Administrativo, Lima, Palestra.
- Guzmán Napurí, Christian (2011) Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo, Lima, Caballero Bustamante.
- Huamán Ordoñez, Luis Alberto (2017) Procedimiento Administrativo General Comentado, Lima, Jurista Editores.
- Mankiw, Nicholas Gregory (2004) Principios de la Economía, Madrid, McGraw-Hill.
- Morón Urbina, Juan Carlos. (2017) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima, Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2014). El Control Jurídico de los Reglamentos de la Administración Pública, Lima, Gaceta Jurídica.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

Lumen

Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 164-170

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1817

**NECESARIO CARÁCTER VINCULANTE DE LAS
RECOMENDACIONES EFECTUADAS POR LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y
LOS ÓRGANOS DE CONTROL INSTITUCIONAL
EN LOS SERVICIOS DE CONTROL INTERNO
PREVENTIVOS Y SIMULTÁNEOS**
**NECESSARY BINDING NATURE OF THE
RECOMMENDATIONS MADE BY THE GENERAL
COMPTROLLER OF THE REPUBLIC AND
INSTITUTIONAL CONTROL BODIES IN THE
PREVENTIVE AND SIMULTANEOUS INTERNAL
CONTROL SERVICES**

Pedro Patrón Bedoya

Jorge Enrique Medina Vásquez

LUMEN

NECESARIO CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RECOMENDACIONES EFECTUADAS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL INSTITUCIONAL EN LOS SERVICIOS DE CONTROL INTERNO PREVENTIVOS Y SIMULTÁNEOS

NECESSARY BINDING NATURE OF THE RECOMMENDATIONS MADE BY THE GENERAL COMPTROLLER OF THE REPUBLIC AND INSTITUTIONAL CONTROL BODIES IN THE PREVENTIVE AND SIMULTANEOUS INTERNAL CONTROL SERVICES

Pedro Patrón Bedoya
Jorge Enrique Medina Vásquez

RESUMEN

El presente artículo tiene como enfoque principal coadyuvar a una gestión pública más eficiente, eficaz y transparente. Para ello, el autor plantea que las recomendaciones realizadas a las entidades públicas por parte de la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional, a través de los servicios de control interno preventivos y simultáneos, tengan carácter vinculante, a fin de fortalecer el Sistema Nacional de Control, en la lucha contra la corrupción.

PALABRAS CLAVE:

Control gubernamental, control interno, control preventivo y control simultáneo.

ABSTRACT

The main focus of this article is to contribute to a more efficient, effective and transparent public management. For this, the author states that the recommendations made to public entities by the Comptroller General of the Republic and the Institutional Control Bodies, through internal control services, preventive and simultaneous, have vinculant character for the purpose of strengthen in order to strengthen the National Control System, in the fight against corruption.

KEY WORDS:

Gobermment control, internal control, preventive control and simultaneous control.

INTRODUCCIÓN.-

A fines del mes julio del año 2017, el actual Contralor General de la República, luego de ser designado y juramentar en el cargo, planteaba como propuesta la reestructuración del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, a través de una nueva ley que permita su modernización y fortalecimiento.

El Dr. Nelson Schack Yalta, precisaba que existía un problema estructural sobre la forma en cómo se venía haciendo control, principalmente el control previo, en razón a que las recomendaciones efectuadas por la Contraloría General de la República, no eran cumplidas por las diferentes entidades públicas, por lo que existía la necesidad de que estas sean vinculantes.

Es por ello que, en el presente artículo se plantea la necesidad del carácter vinculante de las recomendaciones efectuadas por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional, en los servicios de control interno preventivo y simultáneo que realizan a las diferentes entidades públicas.

I. CONTROL GUBERNAMENTAL

Antecedentes

A nivel internacional, la Contraloría General de la República del Perú, como entidad fiscalizadora superior (EFS), es miembro de pleno derecho de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) desde 1968, cuyos documentos normativos emitidos conforman la base para el correcto funcionamiento de los organismos auditores, relacionados, entre otros, con el ejercicio de la función de control sobre los recursos públicos de un Estado a este respecto.

En tal sentido, las Normas Internacionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) contienen las normas profesionales y lineamientos de mejores prácticas para la fiscalización pública, las mismas que son emitidas oficialmente por la INTOSAI para la formulación de documentos normativos a nivel de cada Estado miembro. (Santy Cabrera & Rubina Meza, 2019, págs. 84 - 85)

En ese orden de ideas, mediante la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República – Ley N° 27785, se estableció en el artículo 6° como definición de Control Gubernamental, la siguiente:

(...) Consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción.

Sin embargo, el Control Gubernamental puede definirse de manera concreta para autores como Díaz Guevara (2019) como “el control de la legalidad de los actos de la gestión pública teniendo como verbo rector de dicho precepto a la ley, término que de ser excluido nos llevaría a otro campo de acción y de diferentes connotaciones” (pág. 21).

Asimismo, mediante la Resolución N° 273-2014-CG, que aprueba las Normas Generales de Control Gubernamental, se establece que el control gubernamental constituye un proceso integral y permanente, que tiene como finalidad contribuir a la mejora continua en la gestión de las entidades, así como en el uso de los bienes y recursos del Estado.

A su vez, el control gubernamental se clasifica de la siguiente manera:

- En función de quién lo ejecuta: Control interno y externo.
- En función del momento de su ejecución: Control previo, simultáneo, y posterior.

II. CONTROL INTERNO

Se define como un proceso continuo y dinámico efectuado por el titular de la entidad, funcionarios y trabajadores; alcanza la totalidad de la organización y es inherente a las funciones y actividades que realiza la institución. No existe una formalidad administrativa, las decisiones y actividades se dan y realizan de acuerdo con las circunstancias. (García Cossio & León Zárate, 2019, pág. 179)

III. SISTEMA DEL CONTROL INTERNO

Se encuentra referido a la aprobación de políticas, normas, planes, organización, registros, procedimientos, acciones, actividades y métodos, incluyendo la actitud de las autoridades y del personal, en busca de fortalecer el control interno; es decir, cuando la institución tiene aprobada

una estructura administrativa formal dentro de su organización. (García Cossio & León Zárata, Op Cit, pág. 180)

Asimismo, para el funcionamiento del sistema de control interno en el Perú, se han aprobado y dictado las siguientes normas:

- Ley N° 28716 – Ley de Control Interno de las Entidades del Estado.
- Resolución de Contraloría N° 320-2006-CG (Aprueba las normas de control interno).
- Resolución de Contraloría N° 149-2016-CG (Aprueba la Directiva N° 013-2016-CG/GPROD “Implementación del Sistema de Control Interno en las entidades del Estado”).
- Resolución de Contraloría N° 004-2017-CG (Aprueba la Guía para la implementación del Sistema de Control Interno en las entidades del Estado).

En esa misma línea, el artículo 4° de la Ley de Control Interno de las Entidades del Estado – Ley N° 28716, establece que las entidades se encuentran obligadas a aplicar sistemas de control interno en sus procesos, actividades, recursos, operaciones y actos institucionales, orientando su ejecución al cumplimiento de los siguientes objetivos:

- a) Promover y optimizar la eficiencia, eficacia, transparencia y economía en las operaciones de la entidad, así como la calidad de los servicios públicos que presta;
- b) Cuidar y resguardar los recursos y bienes del Estado contra cualquier forma de pérdida, deterioro, uso indebido y actos ilegales, así como, en general, contra todo hecho irregular o situación perjudicial que pudiera afectarlos;
- c) Cumplir la normatividad aplicable a la entidad y sus operaciones;
- d) Garantizar la confiabilidad y oportunidad de la información;
- e) Fomentar e impulsar la práctica de valores institucionales;
- f) Promover el cumplimiento de los funcionarios o servidores públicos de rendir cuenta por los fondos y bienes públicos a su cargo y/o por una misión u objetivo encargado y aceptado.

Para efectos del presente artículo, nos ocuparemos únicamente del desarrollo del control interno previo y simultáneo.

IV. EL CONTROL PREVIO

Este tipo de control se realiza antes de la ejecución de los recursos públicos, es adoptado por los niveles de dirección y gerencia de las entidades para cautelar la correcta administración de los recursos financieros, materiales, físicos y humanos, y se ejecuta a través de un conjunto de procedimientos y acciones. Asimismo, la Contraloría General de la República efectúa con anterioridad a la ejecución de un acto u operación de una entidad, labores de control previo por mandato legal, a fin de emitir un resultado de acuerdo a la materia del requerimiento de la entidad solicitante (Santy Cabrera & Rubina Meza, Op Cit, pág. 38), lo que se denomina como Servicio de Control Previo.

En ese sentido, la Contraloría emite opinión previa sobre, ejecución de prestaciones adicionales de obra y supervisión; operaciones por endeudamiento; asociaciones pública- privadas; obras por impuestos y garantías; y, en las adquisiciones con carácter de secreto militar u orden interno.

V. EL CONTROL SIMULTÁNEO

Constituyen servicios de control simultáneo el conjunto de procesos prestados por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Interno, que involucran la plena ejecución regular de presupuesto público antes de que el procedimiento administrativo relacionado concluya.

Su marco normativo se encuentra definido primigeniamente en la Directiva N° 017-2016-CG/DPROCAL, Control Simultáneo, aprobada por Resolución de Contraloría N° 432-2016-CG, cuerpo que lo define como aquel control gubernamental:

Que se realiza a actos, hechos o actividades de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de la entidad sujeta a control gubernamental, con el objeto de alertar oportunamente al titular de la entidad sobre la existencia de hechos que ponen en riesgo el resultado o logro de sus objetivos, a fin de que la entidad defina las acciones que correspondan para el tratamiento de estos (...). (Díaz Guevara, Op Cit, pág. 27)

Por otro lado, el servicio de control simultáneo tiene por objeto alertar oportunamente al titular de la entidad, sobre la existencia de hechos que ponen en riesgo el resultado o logro de los objetivos de un proceso en curso, a fin de que la entidad defina las medidas preventivas que correspondan que contribuyan a mitigar y, de ser el caso, superar el riesgo identificado (Santy Cabrera & Rubina Meza, Op Cit, pág. 87).

No obstante, cabe indicar, que el ejercicio del control simultáneo, no debe suponer la conformidad de los actos de gestión de la entidad, pero tampoco limita el ejercicio del control posterior de los órganos de control del sistema.

Por tanto, conforme a lo señalado hasta aquí, consideramos que el papel de la Contraloría General de la República y de los Órganos de Control Institucional debe estar orientado a realizar un eficiente servicio de control interno preventivo y simultáneo en las entidades públicas solicitantes, a fin de garantizar el correcto uso de los recursos y bienes estatales, así como el cumplimiento de la normativa aplicable, demostrando que un correcto servicio de control interno, no obstaculiza la gestión administrativa de la entidad.

VI. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RECOMENDACIONES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL, EN LA NORMATIVA ACTUAL DE CONTROL INTERNO

El artículo 6° de la Ley de Control Interno de las Entidades Públicas – Ley N° 28716, establece como deber legal de los titulares de las entidades, la implementación de todas las recomendaciones planteadas por el Sistema Nacional de Control.

Artículo 6.- Obligaciones del Titular y funcionarios

Son obligaciones del Titular y funcionarios de la entidad, relativas a la implantación y funcionamiento del control interno:

- e) Disponer inmediatamente las acciones correctivas pertinentes, ante cualquier evidencia de desviaciones o irregularidades.
- f) Implementar oportunamente las recomendaciones y disposiciones emitidas por la propia entidad (informe de autoevaluación), los órganos del Sistema Nacional de Control y otros entes de fiscalización que correspondan.

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República – Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 30742 – Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control, establece en sus artículos 22°, 32° y 42°, las facultades del Sistema Nacional de Control para proponer recomendaciones, supervisar su cumplimiento, y sancionar en caso de omisión.

Artículo 22.- Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

- c) Supervisar y garantizar el cumplimiento de las recomendaciones que se deriven de los informes de control emanados de cualquiera de los órganos del Sistema.
- g) Absolver consultas, emitir pronunciamientos institucionales e interpretar la normativa del control gubernamental con carácter vinculante, y de ser el caso, orientador. Asimismo, establecerá mecanismos de orientación para los sujetos de control respecto a sus derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades previstos en la normativa de control.
- j) Emitir opinión previa vinculante sobre adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras, que conforme a ley tengan el carácter de secreto militar o de orden interno exonerados de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa.

Artículo 32.- Facultades del Contralor General

En el desempeño de su gestión, el Contralor General de la República se encuentra facultado para:

- d) Ejercer e impulsar directamente, o en caso de incumplimiento, a través de la autoridad llamada por ley, las acciones pertinentes para asegurar la implementación de las recomendaciones y acciones legales derivadas del proceso de control a cargo del Sistema.

Artículo 42.- Infracciones

Constituyen infracciones sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General:

- d) La omisión en la implantación de las medidas correctivas recomendadas en los informes realizados por los Órganos del Sistema.

No obstante, de la lectura del artículo 22° de la citada ley, se advierte que la Contraloría General de la República, sólo podría emitir opinión vinculante en los supuestos establecidos en los literales g) y j).

Sin embargo, para la doctrina el carácter obligatorio de las recomendaciones de deslinde de responsabilidades funcionales –como cualquier otra recomendación– queda claramente establecido a partir de entender los alcances de la capacidad de influencia vinculante que posee la administración de control (afincada en el Sistema Nacional de Control) sobre la administración activa, de gestión o auditada. (Morón Urbina, 2013, pág. 137)

VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Se coincide con la posición del actual Contralor General de la República, en continuar fortaleciendo el Sistema Nacional de Control. Para ello, consideramos necesario reforzar los servicios de control interno preventivos y simultáneos, prestados por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional, a las entidades públicas solicitantes, dotando de carácter vinculante a las recomendaciones que efectúan.

Si bien, el artículo 22° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República – Ley N° 27785, faculta a la Contraloría a emitir opinión vinculante sólo,

en: g) la interpretación de la normativa de control; y, j) sobre adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras, que tengan el carácter de secreto militar, nos acogemos a la postura asumida por la doctrina, en el sentido de entender el alcance e influencia que posee el Sistema Nacional de Control, sobre las entidades públicas sujetas a control, siendo una de sus principales atribuciones, la de impulsar la modernización y mejoramiento en las áreas sensibles a corrupción administrativa; por lo que en esa línea de ideas, planteamos como propuesta que la atribución de emitir recomendaciones vinculantes sea ampliada a todos los demás casos en los que la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional, prestan servicio de control interno preventivo y simultáneo, a fin de seguir fortaleciendo el Sistema Nacional de Control, en la lucha contra la corrupción.

REFERENCIAS

- Díaz Guevara, J. J. (2019). La Responsabilidad Administrativa Funcional Derivada del Control Gubernamental: Análisis y Descripción Metodológica - Jurisprudencial. Lima: Instituto Pacífico.
- Díaz Guevara, J. J. (s.f.). Op Cit.
- García Cossio, L. A., & León Zárate, A. (2019). Gestión Pública Dirección y Control Gerencial en la Administración del Estado. Lima: Macro E.I.R.L.
- García Cossio, L. A., & León Zárate, A. (s.f.). Op Cit.
- Morón Urbina, J. C. (2013). Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Lima: Gaceta Jurídica.
- Santy Cabrera, L. V., & Rubina Meza, J. C. (2019). Control Gubernamental Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios y Servidores Públicos Auditoría de Cumplimiento. Lima: Instituto Pacífico.
- Santy Cabrera, L. V., & Rubina Meza, J. (s.f.). Op Cit.
- Santy Cabrera, L. V., & Rubina Meza, J. (s.f.). Op Cit.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

Lumen

Jul -Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 171-186

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1822

***LAS DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON
LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA POR INCUMPLIMIENTO A
LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA Y ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA***

***DEFICIENCIES RELATED TO THE DETERMINATION
OF ADMINISTRATIVE RESPONSABILITY FOR
BREAKING THE RULES OF TRANSPARENCY AND
ACCESS TO PUBLIC INFORMATION***

Heidi Soraya Cárdenas Arce

LUMEN

LAS DEFICIENCIAS RELACIONADAS CON LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR INCUMPLIMIENTO A LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

DEFICIENCIES RELATED TO THE DETERMINATION OF ADMINISTRATIVE RESPONSABILITY FOR BREAKING RULES OF TRANSPARENCY AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

Heidi Soraya Cárdenas Arce

RESUMEN:

En el presente artículo se efectúa un análisis respecto a las deficiencias normativas para determinar la responsabilidad administrativa por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Al respecto, se propone fortalecer a la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública otorgándole la facultad sancionadora de forma expresa a través de una norma con rango de ley y revisar las disposiciones en materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública que regulan el procedimiento administrativo sancionador vigente que es solo aplicable a las personas jurídicas de derecho privado que brindan servicios públicos no incluyendo en su ámbito de aplicación a las entidades de la Administración Pública.

PALABRAS CLAVE:

Transparencia y acceso a la información pública; procedimiento disciplinario; procedimiento administrativo sancionador; Autoridad Nacional de Transparencia y acceso a la información Pública; Tribunal de Transparencia y acceso a la información pública.

ABSTRACT:

This article tries your analyse the regulatory deficiencies to determine the administrative responsibility for breaking rules of transparency and public information.

In this regard, it is proposed to strengthen the faculties of the National Transparency and Access to Public Information Authority to empower it and review the Transparency and Public Information law regarding the purposes charged to the private entities that provide public services, excluding of this scope the rest of Public Administration entities.

KEY WORDS:

Transparency and access to public information; disciplinary procedure; sanctioning administrative procedure; National Transparency and Access to Public Information Authority; Transparency and Access to Public Information Court.

I. INTRODUCCIÓN.

El 03 de agosto de 2002 se publicó la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Posteriormente, se aprobó su Reglamento mediante Decreto Supremo N° 072-2003-PCM y el Texto Único Ordenado de la Ley mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.

Una década después se publicó el Decreto Supremo N° 070-2013-PCM que modificó el Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para regular las

obligaciones de la máxima autoridad de la entidad, del funcionario responsable de entregar la información, del funcionario o servidor poseedor de la información, del funcionario responsable del Portal de Transparencia y disposiciones relacionadas con la conservación de la información que garanticen su disponibilidad a los ciudadanos que la requieran.

Para el año 2017, con la emisión del Decreto Legislativo N° 1353 se crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública y el Tribunal de Transparencia pero al haber transcurrido hasta la fecha, 17 años desde la creación de la Ley de la materia, se conoce que existe un total de 116,004 solicitudes formuladas por los ciudadanos que no han sido atendidas lo que ha generado altos índices de quejas por estos incumplimientos ante la Defensoría del Pueblo.

Ello, plantea un gran reto para la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la información Pública en cuanto a promoción y difusión de la cultura de transparencia pero también respecto a imponer sanciones ejemplares por incumplimientos a la normativa. Empero, sobre este último punto, a pesar de que la Ley establezca responsabilidad administrativa, existen deficiencias relacionadas con la potestad sancionadora y disciplinaria por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública que en el presente artículo se procederán a detallar.

II. RESPECTO AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO APLICABLE A FUNCIONARIOS, SERVIDORES Y EX SERVIDORES

La responsabilidad administrativa disciplinaria es aquella que exige el Estado a los servidores civiles por las faltas previstas en la Ley que cometan en el ejercicio de las funciones o de la prestación de servicios, iniciando para tal efecto el respectivo procedimiento administrativo disciplinario e imponiendo la sanción correspondiente, de ser el caso¹.

El artículo 35 del TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública², establece que los servidores y ex servidores³ que incumplan con las normas de transparencia y acceso a la información pública están sujetos a sanción de amonestación escrita, suspensión sin goce, multa, destitución o inhabilitación. Para ello, son aplicables las normas del servicio civil, es decir, la Ley N° 30057, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM y la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-2015-SERVIR-PE.

Por su parte, el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 019-2017-JUS establece que el procedimiento sancionador se encuentra a cargo de cada entidad, es decir, que son las propias entidades de la Administración Pública quienes sancionan en primera instancia en esta materia y como segunda y última instancia administrativa el Tribunal de Transparencia conforme a lo establecido en el artículo 7.2 y 8 del Decreto Legislativo N° 1353, salvo para los casos de destitución e inhabilitación⁴

¹ Artículo 91 del Reglamento de la Ley N° 30057.

² El artículo 35 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública señala: "(...) 35.1 Las sanciones que pueden imponerse por las infracciones previstas en el presente régimen sancionador son las siguientes:

- a) Amonestación escrita.
- b) Suspensión sin goce de haber entre diez y ciento ochenta días.
- c) Multa no mayor de cinco unidades impositivas tributarias.
- d) Destitución.
- e) Inhabilitación

35.2 Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa (...) están sujetas a la sanción de multa (...)"

³ Cabe señalar que, según el artículo 90° del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, el régimen disciplinario y procedimiento sancionador se aplica a los funcionarios públicos de designación o remoción regulada con expresas excepciones, a los funcionarios públicos de libre designación y remoción con excepción de los Ministros de Estado, a los directivos públicos, a los servidores civiles de carrera, a los servidores de actividades complementarias y a los servidores de confianza, más no a los funcionarios públicos de elección popular, directa y universal.

⁴ El Reglamento de la Ley N° 27806 en sus artículos 39, 40 y 41 señala expresamente cuáles son las infracciones muy graves, graves y leves respectivamente según las cuales se impondrán las sanciones de amonestación escrita, suspensión sin goce, multa, destitución o inhabilitación.

en los que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública solo emite un informe como prueba preconstituida que es remitido al Tribunal del SERVIR para que este resuelva la apelación.

De acuerdo a lo señalado, se sigue el siguiente esquema ilustrativo sobre el procedimiento administrativo disciplinario en caso algún funcionario, servidor y exservidor haya incumplido las normas de transparencia y acceso a la información pública:

Estructura PAD

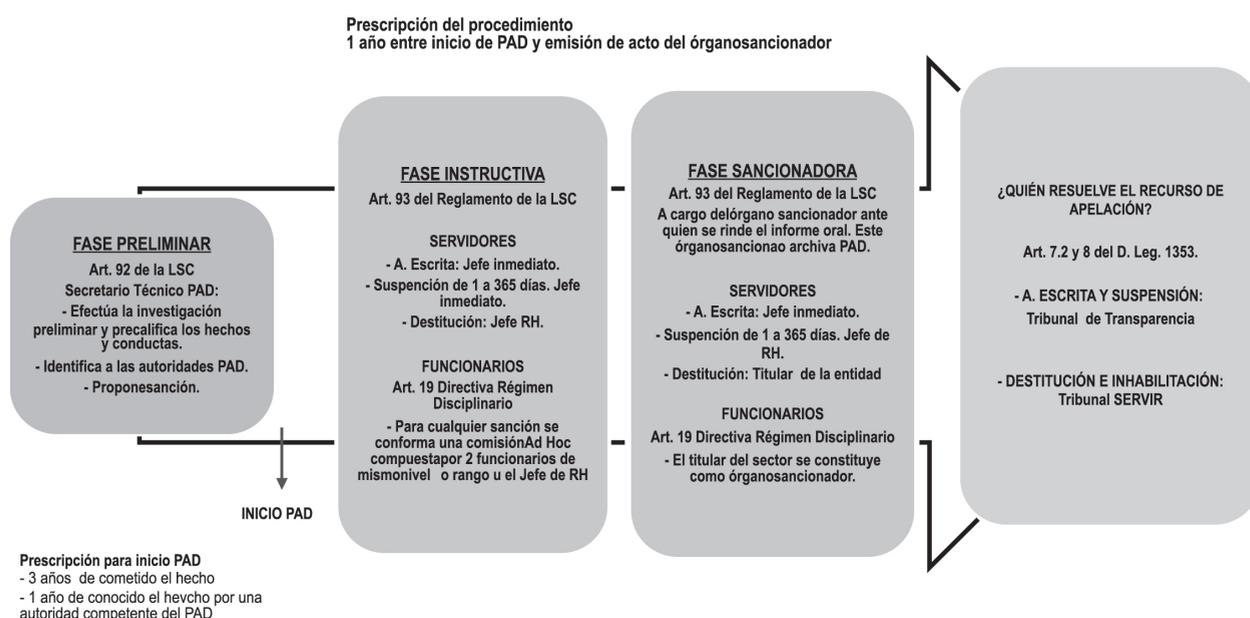


Figura 1: Estructura de un Procedimiento Administrativo Disciplinario

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos de Ley N° 30057 y la Ley N° 27806, Reglamento y modificatorias.

El referido esquema nos muestra que existe una fase preliminar que la realiza el Secretario Técnico del procedimiento administrativo disciplinario de la entidad en la que se cometió la infracción y que prescribe al año de conocido el hecho por una autoridad competente o a los tres años de cometido el hecho.

Posteriormente, el Secretario Técnico del procedimiento administrativo disciplinario de la entidad remite, previa evaluación de la investigación, un informe de precalificación para que el órgano instructor proceda con el inicio del procedimiento administrativo disciplinario, luego del cual se emitirá el correspondiente informe destinado al órgano sancionador. Respecto de quien actúa como órgano instructor o sancionador, de tratarse de una amonestación escrita, es el jefe inmediato quien actúa como órgano instructor y sancionador a la vez, de tratarse de una suspensión sin goce, el órgano instructor es el jefe inmediato y el órgano sancionador es el Jefe de Recursos Humanos y de tratarse de una destitución el Jefe de Recursos Humanos se constituye en órgano instructor mientras que el titular de la entidad en órgano sancionador⁷.

⁷ Debemos precisar que el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, ha previsto la definición de titular de la entidad, señalando que para efectos del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se entiende por tal, a la máxima autoridad administrativa de una entidad pública.

De tratarse de funcionarios⁸, para cualquier sanción se conforma una comisión ad hoc compuesta por dos funcionarios del mismo nivel o rango y el Jefe de Recursos Humanos quien actuará como órgano instructor mientras que el titular del sector se constituye como órgano sancionador.

Ahora bien, habría que preguntarse lo siguiente: ¿se han aplicado sanciones a funcionarios o servidores por incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información pública?. Al respecto, podemos mencionar el Informe Defensorial 165 denominado “balance a los 10 años de vigencia de la ley de Acceso a la información pública 2003-2013” que señaló lo siguiente:

“(...) en relación a la existencia de casos en los que las entidades habrían sancionado a los funcionarios, ningún ministerio ni municipalidad indicó que se haya sancionado a funcionarios por el incumplimiento de sus obligaciones legales en la materia (...) por lo que es importante que las entidades públicas lleven un registro de funcionarios que han sido sancionados por el incumplimiento de sus obligaciones (...)”.

Cuando hablamos de registro de funcionarios que han sido sancionados por el incumplimiento de sus obligaciones sería interesante poder conocer información sobre el tipo de infracción por el cual un funcionario o servidor ha sido sancionado. Al respecto, existe un Registro Nacional de Sanciones contra servidores civiles – RNSSC regulado por el Decreto Legislativo N° 1295, que es una plataforma electrónica en la que se registran las sanciones administrativas disciplinarias y funcionales y las de índole penal de inhabilitación, pero en este registro no se publica la infracción cometida; por lo que, sería recomendable modificar la citada norma en este extremo.

Regresando al punto anterior, que versa sobre la aplicación de sanciones a funcionarios y/o servidores se debe manifestar que, de la revisión de los reportes anuales efectuados por la Presidencia del Consejo de Ministros⁹ y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se ha verificado que desde la creación de la norma no se conocía de ningún caso en el que se haya iniciado procedimiento administrativo disciplinario ni se habían impuesto sanciones a funcionarios o servidores por el incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información pública, lo que nos conduce a pensar la poca aplicabilidad del procedimiento disciplinario para las infracciones que se configuran en materia de transparencia y acceso a la información pública.

A partir del año 2018¹⁰, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a raíz de la elaboración del Informe anual sobre pedidos de acceso a la información pública correspondiente a este año requirió precisamente esta información a las entidades a fin de conocer las sanciones impuestas por incumplimiento a la Ley N° 27806 siendo el resultado que de las 515 entidades que reportaron, solo 06 de ellas indicaron haber impuesto sanciones por incumplimiento de la Ley N° 27806, **pero no precisaron la infracción cometida**, según se observa a continuación:

⁸ El artículo 3 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil señala la definición de funcionario público y hace una precisión con la de directivo público y servidor de confianza de la siguiente manera:

- “Funcionario público” es un representante político o cargo público representativo que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado, dirige o interviene en la conducción de la entidad así como aprueba políticas y normas; - “Directivo público” es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial; - “servidor de confianza” es el que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó, puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias.

⁹ Antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1353, la Presidencia del Consejo de Ministros era la encargada de presentar los informes anuales de consolidación de las Solicitudes de Acceso a la Información Pública atendidas y no atendidas que reportaban las entidades de la Administración Pública.

¹⁰ El Informe Anual 2018 titulado “pedidos de acceso a la información pública atendidos y no atendidos por las entidades de la administración pública” fue presentado por la Autoridad de Transparencia en 25 de abril de 2019 en el auditorio del Ministerio de Justicia.

Cuadro 1: Sanciones reportadas por entidades

Fuente: Elaboración propia con datos extraídos de la Dirección General de Transparencia y Acceso a la Información Pública – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos proporcionada a través del Oficio N° 436-2019-JUS/DGTAIPD, como respuesta a la solicitud de acceso a la información pública del 25.04.2019 (Expediente N° 028957).

N°	ENTIDAD	INFRACCIÓN	SANCIÓN
1	Cofopri (adscrito al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento)	No precisa información. Solo señala, de modo general, incumplimiento de plazo de entrega de información.	Amonestación
2	Sociedad de Beneficencia de Lima (adscrita a la Municipalidad Metropolitana de Lima)	No precisa información	Amonestación
3	Municipalidad Distrital de Parcoy (La Libertad)	No precisa información. solo señala “no contar con registro detallado de solicitudes ingresadas”	Amonestación
4	Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión	No precisa información	Amonestación
5	Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle	No precisa información. solo señala “incumplimiento de atención de la solicitud”	Amonestación
6	Municipalidad Distrital de Pachacamac (Lima)	No precisa información	Amonestación

La información del Cuadro 1 comprende a las sanciones emitidas en primera instancia; por lo que a efectos de conocer si alguno de los sancionados ha impugnado ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública como segunda instancia administrativa que resuelve los recursos de apelación de los funcionarios y servidores sancionados por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública, se ha efectuado una consulta en torno a este tema y se nos ha señalado que “(...) hasta el 02 de julio de 2019, ningún funcionario ni servidor ha presentado apelación al Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (...)”¹¹, lo que nos muestra que ninguna de las sanciones ha sido impugnada.

De estos 6 casos reportados, en 5 de ellos se impuso la sanción de amonestación y solo en 1 caso la sanción de suspensión sin goce de haber, por lo que, dado que en este último caso no se precisó la infracción cometida, se solicitó a la Municipalidad Distrital de Pachacamac copia del mencionado expediente reportado a la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (ver cuadro 2, n° 6) y que se encuentra publicado en la web del Ministerio de Justicia y Derechos

¹¹ Consulta efectuada el 03 de julio de 2019 al correo tribunaltaip@minjus.gob.pe y atendida el 03 de julio de 2019 señalado que “no se ha recibido ningún recurso de apelación de sanción por incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información pública”.

Humanos¹². Sin embargo, la Municipalidad Distrital de Pachacamac ha respondido señalando que “no cuentan con la información solicitada”, lo nos hace presumir por una parte que, lo reportado a la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información no ha sido exacta ni veraz; y, por otra parte, que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información debe reforzar su accionar para verificar la información recibida antes de ser publicada y realizar supervisiones in situ.

Ahora bien, en el Cuadro 1, se observa en primer lugar, información inexacta que ha sido reportada a la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública toda vez que no se detalla el tipo de infracción (si es una infracción muy grave, grave o leve tipificada en los artículos 39, 40 y 41 del Reglamento de la Ley N° 27806) en la que habría incurrido el servidor. En segundo lugar, se evidencia un reducido número de sanciones impuestas por las entidades teniendo en cuenta que para ese mismo año, el 67% de entidades no reportaron sus consolidados anuales y tampoco se atendieron 6,345 solicitudes de acceso a la información pública, lo que nos hace pensar que el ciudadano no denuncia o no sabe ante quien hacerlo, desconociendo la existencia de una Secretaría Técnica de procedimientos disciplinarios en cada entidad y de un procedimiento aplicable al tema.

Cabe indicar que, el procedimiento disciplinario se inicia con una denuncia administrativa (la que puede iniciar la misma entidad al tomar conocimiento de la infracción o el ciudadano al haber sido afectado en su derecho, independientemente de ejercer su derecho de apelar ante el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública) o con un informe de control que recomienda determinar responsabilidades, lo cual no se viene dando toda vez que los Órganos de Control Institucional de las entidades determinan responsabilidades cuando existen contrataciones o adquisiciones con elevada cuantía que perjudican los intereses del Estado y la adecuada administración de los recursos públicos. ¿Sin embargo, cabe preguntarnos si acaso la afectación del derecho fundamental de acceso a la información pública debe ser cuantificada previamente para ser considerada en un informe de control que determine responsabilidades?

Sería interesante evaluar si con la actual estructura con la que cuenta la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública o fortaleciendo su estructura se establezca un órgano de línea dentro de esta Autoridad que se constituya como órgano instructor y otro como órgano sancionador, de tal manera que sea el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública el que se constituya como segunda instancia administrativa y resuelva los recursos de apelación de los funcionarios y servidores sancionados por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública, como actualmente sucede.

Más aun teniendo en cuenta el caso de los funcionarios en el que se requiere la conformación de una comisión ad hoc compuesta por dos funcionarios del mismo nivel o rango y el Jefe de Recursos Humanos quien actuará como órgano instructor y la emisión de una Resolución del titular del sector al que pertenece el funcionario, quien actúa como órgano sancionador, lo cual en la práctica no se viabiliza de forma ágil, mientras que de realizarlo la Autoridad nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dicho procedimiento podría ser más célere y podría desarrollarse con mayor agilidad, como en Chile y México, países en los que se ha establecido un procedimiento sumario.

En ese contexto, es importante realizar modificaciones a la norma a fin de que la potestad disciplinaria cumpla su objetivo. En este escenario, el Tribunal Constitucional ha señalado que “una de las maneras de promover la eficacia de este derecho son las sanciones a los funcionarios y servidores públicos que obstruyan u obstaculicen de cualquier modo la materialización del derecho de acceso a la información pública. Estas sanciones no son solo necesarias sino inherentes a la defensa y protección de los derechos fundamentales. Y es que con las sanciones a las conductas contrarias a los derechos fundamentales se pretende también desincentivarlas” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2009). De esta forma, en virtud a lo señalado por el máximo intérprete de la Constitución, existe la necesidad

¹² Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/IA-Saip-2018_WEB.pdf

de contar con los mecanismos idóneos orientados a proteger el derecho de acceso a la información pública, toda vez que los datos y cifras muestran un significativo número de solicitudes de acceso a la información pública no atendidas que desde el año 2004 al 2018 ascienden a 116,004 (según datos tomados de los informes anuales de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), un alto porcentaje de entidades que no reportan sus consolidados anuales¹³, alto grado de insatisfacción de los ciudadanos por haberse vulnerado su derecho lo que se materializa en las 5,400 quejas formuladas por los ciudadanos ante la Defensoría del Pueblo, desde el año 2013 al 2018 por incumplimiento de plazo para entregar información, negativa a dar información por excepciones no contempladas en la normativa, negativa de dar información por inadecuada interpretación de las excepciones y cobros ilegales o arbitrarios. Asimismo, en solo 4 meses, esto es, de enero a abril del 2019, el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública ha emitido un total de 248 Resoluciones de las cuales el 65% han sido declaradas fundadas¹⁴ lo que significa que se habría vulnerado el derecho de acceso a la información de los solicitantes.

Todos estos datos nos demuestran que se deben hacer algunos ajustes a la normativa vigente para poder generar un impacto positivo en la adecuada protección a este derecho fundamental; para ello, se puede mencionar el caso Chileno en el que el Consejo para la Transparencia, sanciona, previa instrucción de una investigación sumaria, a los funcionarios y servidores por el incumplimiento injustificado de entregar la información de manera pecuniaria, con una multa de 20% a 50% de su remuneración y en caso de reincidencia se le suspende en el cargo por un lapso de 5 días; asimismo, las sanciones son publicadas en el portal web del Consejo para la Transparencia.

De acuerdo a ello, en nuestro país se podría modificar el tipo de sanción a imponer a los funcionarios y servidores con relación laboral vigente que incumplen las normas de transparencia y acceso a la información pública para incluir la sanción pecuniaria como sucede en Chile toda vez que en nuestra realidad, la multa solo es aplicable a los ex servidores y a las personas jurídicas, más no a los servidores con vínculo vigente en sus entidades en las que se incumple la normativa de transparencia y acceso a la información pública.

Por su parte, en México, país en el que se ha conseguido que el acceso a la información pública sea un derecho y una práctica generalizada, existe el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos como organismo autónomo que encabeza el Sistema Nacional de Transparencia (Congreso Mexicano, 2016). En este país, se pueden imponer las medidas de apremio de amonestación pública o multa de 150 veces el salario mínimo general; de igual modo, el incumplimiento de los sujetos obligados es difundido en sus portales de transparencia.

III. RESPECTO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El procedimiento administrativo sancionador es concebido como el poder que se atribuye a la Administración para determinar la existencia de responsabilidad administrativa, es decir, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción. Se encuentra regulado en el capítulo III del Título IV del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹⁵.

¹³ En relación al porcentaje de entidades que no reportaron sus consolidados anuales, desde el año 2004 hasta el 2018, el porcentaje de incumplimiento es mayor al 50% llegando al 90% en el año 2006.

¹⁴ Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/resoluciones-ttaip/>

¹⁵ Según el artículo 255° del TUO de la Ley N° 27444, el procedimiento sancionador se inicia de oficio (bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior), petición motivada de otras entidades o por denuncia. En relación a las etapas: este se inicia con las actuaciones previas de investigación para verificar si se justifica la iniciación del procedimiento sancionador, luego del cual la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado y con el respectivo descargo, la autoridad que instruye el procedimiento realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción. De tal forma que, concluida la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción.

El artículo 35 del TUO de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que las personas jurídicas están sujetas a sanción de multa¹⁶. En ese sentido, se observa que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública podría iniciar un procedimiento sancionador por incumplimiento de estas normas e imponer una multa observando las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

A pesar de que la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública se aplica a todas las entidades de la Administración Pública, el procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento a las normas de transparencia y acceso a la información pública solo sería aplicable a las personas jurídicas sujetas al régimen privado que brinden servicios públicos. De esta manera, el artículo 38 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 019-2017-JUS¹⁷ establece que el procedimiento sancionador a las personas jurídicas comprende la fase instructora y la sancionadora. Asimismo, la fase instructora está a cargo del órgano de línea de la Autoridad que establezca el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la fase sancionadora está a cargo de la Autoridad.

En ese sentido, para conocer quién realiza la fase instructora se han revisado los artículos 70¹⁸ al 75 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que regula las funciones de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y sus órganos de línea, no encontrando ninguna mención expresa respecto de

16 Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/IA-Saip-2018_WEB.pdf

El Reglamento de la Ley N° 27806 en sus artículos 39, 40 y 41 señala expresamente cuáles son las infracciones muy graves, graves y leves respectivamente según las cuales se impondrán las sanciones de amonestación escrita, suspensión sin goce, multa, destitución o inhabilitación.

17 El artículo 38 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso señala con respecto al Procedimiento sancionador a las personas jurídicas que “comprende la fase instructora y la sancionadora. La fase instructora está a cargo del órgano de línea de la Autoridad que establezca el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La fase sancionadora está a cargo de la Autoridad (...)”.

18 El artículo 71 del Decreto Supremo 013-2017-JUS señala que son funciones de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales las siguientes:

- a) Ejercer la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales y la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- b) Proponer políticas y proyectos normativos en materias de su competencia.
- c) Emitir directivas y lineamientos que sean necesarios para el cumplimiento de las normas en el ámbito de su competencia.
- d) Emitir opinión técnica respecto de los proyectos de normas que se refieran total o parcialmente a los ámbitos de su competencia. En materia de protección de datos personales la opinión técnica es vinculante.
- e) Absolver las consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a información pública; así como sobre protección de datos personales.
- f) Solicitar, dentro del ámbito de su competencia, la información que considere necesaria a las entidades, las cuales están en la obligación de proveerla, salvo las excepciones previstas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y otras leyes que limitan el acceso a la información pública.
- g) Fomentar la cultura de transparencia y acceso a la información pública, así como la de protección de datos personales.
- h) Diseñar y ejecutar sistemas o campañas de difusión y promoción sobre transparencia, acceso a la información pública y protección de datos personales.
- i) Elaborar y presentar al Congreso de la República el informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública. Este informe se presenta dentro del primer trimestre de cada año y es publicado en la página web de la Autoridad.
- j) Supervisar la administración y actualización del Registro Nacional de Protección de Datos Personales.
- k) Emitir autorizaciones a favor de los bancos de datos de titularidad privada y pública, cuando corresponda, conforme al Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales.
- l) Resolver en segunda instancia los procedimientos iniciados ante la Dirección de Protección Datos Personales, así como las reclamaciones formuladas por los titulares de datos personales en tutela de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- m) Representar al país ante las instancias internacionales en materia de sus competencias y generar mecanismos de cooperación bilateral y multilateral.
- n) Celebrar, previa delegación del Ministro, convenios de cooperación interinstitucional con la finalidad de velar por los derechos de las personas en materia de protección de datos personales que son tratados dentro y fuera del territorio nacional.
- o) Otras funciones que le asigne el Despacho Viceministerial de Justicia y aquellas que le sean dadas por normativa expresa.

cuál de ellos (Dirección de Transparencia y Acceso a la Información, Dirección de protección de Datos Personales o Dirección de Fiscalización e Instrucción) realiza la fase instructora en materia de acceso a la información pública, pudiendo recaer en cualquiera de las 3 unidades pertenecientes a la citada Dirección General.

En el siguiente gráfico, podemos ilustrar lo arriba mencionado, pues en la actualidad la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales cuenta con tres Direcciones:

- ✎ La Dirección de Fiscalización e Instrucción que fiscaliza, de oficio o por denuncia de parte, los presuntos actos contrarios a los establecido en la Ley de protección de datos Personales e instruir el procedimiento sancionador por infracción a la mencionada Ley.
- ✎ La Dirección de Transparencia y acceso a la información pública que tiene funciones de promoción y supervisión del cumplimiento de la normativa en materia de transparencia y acceso a la información pública¹⁹.
- ✎ La Dirección de Protección de Datos personales²⁰ que resuelve en primera instancia los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la Dirección de Fiscalización e Instrucción.

¹⁹ El artículo 73 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señala lo siguiente: "(...)

Son funciones de la Dirección General de Transparencia y Acceso a la Información Pública las siguientes:

- a) Presentar a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales los proyectos de propuestas de políticas en materias de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- b) Supervisar el cumplimiento de las normas, directivas y lineamientos en materia de transparencia y acceso a la información pública.
- c) Proyectar directivas y lineamientos para el cumplimiento de las normas sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública, que se sometan a consideración de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.
- d) Realizar estudios y diagnósticos sobre el cumplimiento de la normativa de transparencia y acceso a la información pública, que se sometan a consideración de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.
- e) Proyectar las opiniones técnicas respecto de los proyectos de normas que se refieran total o parcialmente a materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a consideración de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.
- f) Elaborar los proyectos de absolución de consultas que las entidades o las personas jurídicas o naturales formulen a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a información pública.
- g) Elaborar el proyecto de informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública que se presenta al Congreso de la República.
- h) Realizar labores de fomento a la cultura de transparencia y acceso a la información pública, mediante recomendaciones y acciones de capacitación.
- i) Supervisar el cumplimiento de la actualización del Portal de Transparencia Estándar de las entidades públicas.
- j) Otras funciones que le asigne la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales y aquellas que le sean dadas por normativa expresa.

²⁰ El artículo 74 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señala lo siguiente: "(...) son funciones de la Dirección de Protección de Datos Personales las siguientes:

- a) Resolver en primera instancia los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la Dirección de Fiscalización e Instrucción.
- b) Resolver en primera instancia las reclamaciones formuladas por los titulares de datos personales en tutela de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- c) Ejecutar las sanciones administrativas impuestas y hacer cumplir las medidas cautelares, correctivas o administrativas aplicadas, cuando sean de su competencia.
- d) Imponer multas coercitivas frente al incumplimiento de las obligaciones accesorias a las sanciones impuestas en el procedimiento sancionador.
- e) Mantener actualizado el Registro Nacional de Protección de Datos Personales.
- f) Administrar, sistematizar y supervisar los sistemas informáticos para el adecuado funcionamiento del Registro Nacional de Protección de Datos Personales en coordinación con la Oficina General de Tecnologías de Información.
- g) Inscribir los bancos de datos personales de Administración Pública o Privada, así como los datos relativos a estos que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de los titulares de los datos personales, conforme lo dispuesto en la Ley de Protección de Datos Personales y en su Reglamento.
- h) Inscribir las modificaciones solicitadas de manera posterior a la inscripción de los bancos de datos personales, hasta la cancelación de su inscripción.

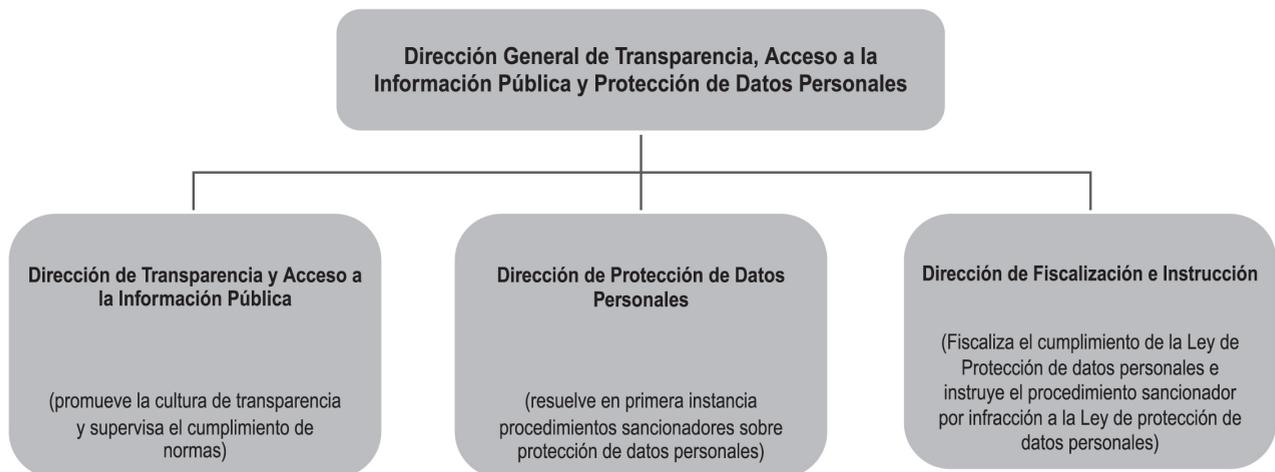


Figura 2: Estructura actual de la Dirección General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Fuente: Datos extraídos de ROF del Ministerio de Justicia

Cabe precisar que, el artículo 70° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-JUS establece que la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, es el órgano de línea encargado de ejercer la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como de ejercer la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

Según lo hasta aquí expuesto, existiría el siguiente flujo respecto al procedimiento sancionador en materia de transparencia y acceso a la información pública, lo cual por cierto, según el Reglamento de la Ley N° 27806 comprendería solo a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa:

- i) Cancelar la inscripción de los bancos de datos personales de titularidad pública o privada a solicitud de parte.
- j) Inscribir las comunicaciones de flujo transfronterizo de datos personales.
- k) Inscribir las sanciones administrativas, medidas cautelares o correctivas dispuestas por los órganos competentes, conforme a la Ley de Protección de Datos Personales y a su Reglamento.
- l) Dar publicidad de la inscripción de los bancos de datos personales de titularidad pública y privada a través del portal institucional; así como de los otros actos materia de inscripción.
- m) Resolver los Recursos de Reconsideración interpuestos contra el acto administrativo que deniega la inscripción y elevar a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales los recursos de apelación interpuestos contra la denegatoria de inscripción.
- n) Certificar la existencia o no existencia de inscripciones en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales.
- o) Otras funciones que le asigne la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales y aquellas que le sean dadas por normativa expresa (...).

Estructura PAS

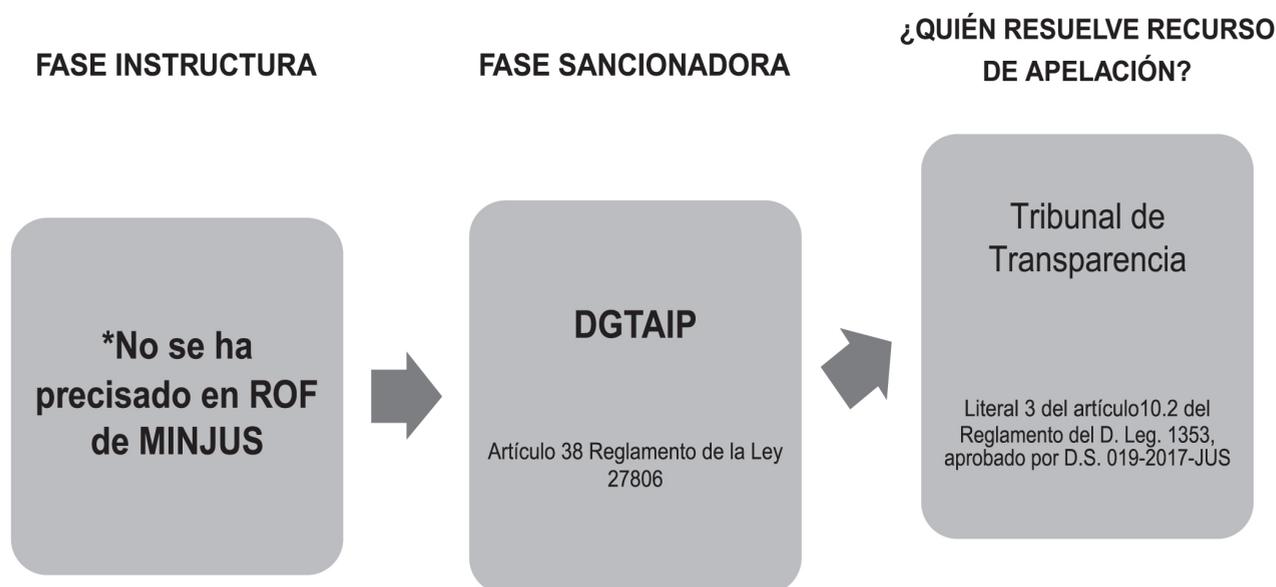


Figura 3: Estructura de un procedimiento administrativo sancionador

Fuente: Datos extraídos del D. Leg. 1353 y reglamento

En ese contexto, en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, no se ha precisado a cargo de qué órgano de línea de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales se encuentra la fase instructora, pero sí se señala que la fase sancionadora está a cargo de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales y que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública según el literal 3 del artículo 10.2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1353, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2017-JUS es quien resuelve, en última instancia administrativa, los recursos de apelación que interpongan las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806²¹ sancionadas por el incumplimiento de este dispositivo legal.

Hasta aquí, se observa que la normativa vigente en materia de acceso a la información solo habla de procedimiento administrativo sancionador para las personas jurídicas como si las entidades públicas no se encontrarían inmersas en este procedimiento ni en el ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

De otro lado, el artículo 70 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en mención también señala en general, que la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales “ejerce funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras”; sin embargo, las funciones sancionadoras a las que se hace mención, son con respecto a la “protección de datos personales” conforme a la Ley N° 29733 como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

²¹ El artículo 9° del TUO de la Ley N° 27806, señala que: “(..) Las personas jurídicas sujetas al régimen privado (...) que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce.

Cuadro 2: Funciones de la Autoridad nacional de Transparencia respecto a transparencia y acceso Vs. protección de datos personales

Fuente: Datos extraídos de la Ley N° 27806 y 29733

Decreto Legislativo N° 1353	Ley N° 29733
<p>Artículo 3.- “(...) El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Dirección Nacional de Transparencia y Acceso a Información Pública es la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (...)”</p>	<p>Artículo 32.- “(...) la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (...) <u>goza de potestad sancionadora</u>, de conformidad con la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, o la que haga sus veces, <u>así como de potestad coactiva</u>, de conformidad con la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (...)”.</p>
<p>Artículo 4.- “(...) son Funciones de la Autoridad de Transparencia:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Proponer</u> políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública. 2. <u>Emitir</u> directivas y lineamientos que sean necesarios para el cumplimiento de las normas en el ámbito de su competencia. 3. <u>Supervisar</u> el cumplimiento de las normas en materia de transparencia y acceso a la información pública. 4. <u>Absolver las consultas</u> que las entidades o las personas jurídicas o naturales le formulen respecto de la aplicación de normas de transparencia y acceso a información pública. 5. <u>Fomentar</u> la cultura de transparencia y acceso a la información pública. 6. <u>Solicitar</u>, dentro del ámbito de su competencia, la información que considere necesaria a las entidades (...). 7. <u>Elaborar y presentar</u> al Congreso de la República el informe anual sobre los pedidos de acceso a la información pública (...). 8. <u>Supervisar</u> el cumplimiento de la actualización del portal de Transparencia. (...). 	<p>Artículo 33.- “(...) La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales ejerce las funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, <u>fiscalizadoras y sancionadoras</u> siguientes:</p> <p>(...)</p> <ol style="list-style-type: none"> 5. Promover campañas de difusión y promoción sobre la protección de datos personales. 6. Promover y fortalecer una cultura de protección de los datos personales de los niños y adolescentes. 10. Absolver consultas sobre protección de datos personales (...) 20. <u>Iniciar fiscalizaciones</u> de oficio o por denuncia de parte por presuntos actos contrarios a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento y <u>aplicar las sanciones administrativas</u> correspondiente, sin perjuicio de las medidas cautelares o correctivas que establezca el reglamento (...)”.

En ese sentido, en el cuadro 2, se observa que la Ley 29733 le ha atribuido a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, expresamente la facultad sancionadora, mientras que el Decreto Legislativo N° 1353, que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública no le ha otorgado expresamente esta facultad sancionadora.

En relación a la potestad sancionadora, si bien el artículo 38 del Reglamento de la Ley menciona que la fase sancionadora del procedimiento sancionador para las personas jurídicas está a cargo de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, la Ley no le ha dado esta facultad expresamente.

Al respecto, el artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444 recoge 11 principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de las entidades públicas. Entre ellos se cuentan los siguientes: legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad y non bis in idem.

Específicamente, el principio de legalidad se encuentra contemplado en el inciso 1 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444 por el que se dispone que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora. Incluso, el principio de legalidad encuentra su fundamento normativo primigenio en el texto de la propia Constitución Política del Perú que en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la norma constitucional establece que nadie podrá ser condenado o sancionado con pena no prevista previamente en las leyes²².

El Tribunal Constitucional ha señalado que la aplicación del principio de legalidad impide que se pueda atribuir la comisión de una falta o aplicar una sanción administrativa cuando esta no se encuentre previamente determinada en la ley (Caso Carol Luz Sáenz, 2007). En ese sentido, dicho principio abarca una doble exigencia:

- Exigencia de carácter formal: Implica la exigencia y existencia de una norma legal o norma con rango de ley; y,
- Exigencia de carácter material: Implica la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes.

Al respecto, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública ha señalado que: *“no se cuenta con ningún procedimiento administrativo sancionador iniciado por no haberse recepcionado ninguna denuncia”*²³. Sin embargo, estos procedimientos no solo se inician por denuncia sino también de oficio o por propia iniciativa de la entidad, en este caso sería la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública²⁴. Y llama la atención de que a pesar que existen altos índices de incumplimiento a la fecha la Autoridad Nacional de Transparencia y acceso a la información pública no haya iniciado ningún procedimiento sancionador en base a las supervisiones que realiza.

Esta realidad demuestra la necesidad de fortalecer la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública como un ente independiente y no como actualmente ha sido concebido, como una Dirección General dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que depende del Viceministerio de Justicia mientras que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, depende administrativamente del Ministro de Justicia lo que nos hace ver que existe un problema de diseño que repercute negativamente en su desempeño y por tanto en el impacto sobre la adecuada protección a este derecho fundamental.

²² Según el artículo 2 de la Constitución política del Perú “(...) Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (...)».

²³ Mediante Oficio N° 761-2019-JUS/DGTAIPD, el Director General de Transparencia y Acceso a la Información ha contestado una solicitud de acceso que gira en torno al tema materia de análisis.

²⁴ El artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444 señala: “(...) El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia (...)”.

En ese contexto, se debe resaltar que en el marco del Decreto Supremo N° 044-2018-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de abril del 2018, que aprobó el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos presentó el Proyecto de Ley que busca ampliar las competencias de la actual autoridad para elevarla a la categoría de “organismo técnico especializado”, previsto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, con rectoría en las materias de su competencia a fin de dotarla de plena autonomía técnica, administrativa, normativa, económica y financiera. Esta es una iniciativa importante que de concretarse permitirá que la Autoridad pueda contar con los mecanismos de sanción y coerción necesarios para el cumplimiento de sus políticas.

IV. CONCLUSIONES

- 4.1. La promoción de la transparencia y el respeto del derecho fundamental de acceso a la información pública son indispensables para una gestión pública moderna, inclusiva y libre de corrupción, que busque asegurar la plena vigencia de los derechos de las personas y el eficiente manejo de los recursos del Estado.
- 4.2. Frente al incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información se ha establecido responsabilidad administrativa pero solo se han reportado 06 casos en los que se han aplicado sanciones disciplinarias a servidores pero a ningún funcionario ni tampoco se ha aplicado ningún procedimiento administrativo sancionador a ninguna entidad ni persona jurídica bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, debido a las deficiencias normativas en esta materia identificadas en el presente artículo y la falta de capacidad operativa de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública que, sin duda, debe ser fortalecida a fin de contar con una entidad empoderada que garantice la efectividad de la protección del Derecho de acceso a la información pública.
- 4.3. Dado los altos índices de incumplimiento de las normas de transparencia y acceso a la información es necesario contar con mecanismos idóneos que permitan promover la eficacia de este derecho y desincentivar las conductas contrarias a este.

REFERENCIAS

- Sentencia 77 (Tribunal Constitucional de España 03 de octubre de 1983).
- Carlos, M. J. (1991). La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Estudios sobre la constitución española , 247.
- Carlos, M. U. (2015). Comentarios Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica, 63-64.
- Caso Carol Luz Sáenz, Exp. 1182-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 26 de marzo de 2007).
- Caso Julio César Baldeón Salinas, Exp. 1654-2004-Aa/TC (Tribunal Constitucional 03 de agosto de 2004).
- Congreso Mexicano. (27 de enero de 2016). Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>
- Eduardo, G. d. (2011). Derecho Administrativo. Lima: Palestra.
- Fernando, G. F. (1953). Las transformaciones del concepto jurídico de política administrativa. Revista de Administración Pública, 11.
- Jorge, D. O. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Ius et Veritas, 150.
- José, B. V. (1998). La administración inspectora. Revista de Administración Pública, 41.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). Guía Práctica sobre la actividad

administrativa de fiscalización. Lima.

- Miriam, I. (2008). Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora. *Revista de Derecho Administrativo*, 115.
- Roberto, D. (2005). *Derecho Administrativo*. Lima: Editorial de Ciencia y Cultura.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

Lumen
Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 187-193
Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1818

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ISLÁMICO

INTRODUCTION TO ISLAMIC LAW

Nuccia Seminario Hurtado

LUMEN

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ISLÁMICO

INTRODUCTION TO ISLAMIC LAW

Nuccia Seminario Hurtado

“¡Oh vosotros, los que creéis! Sed perseverantes en la causa de Al-láh en calidad de testigos justos; y que la enemistad de un pueblo no os incite a actuar con injusticia. Sed siempre justos porque eso está más cercano a la piedad. Y temed a Al-láh. En verdad, Al-láh es consciente de lo que hacéis.” (Corán 5:9)

RESUMEN:

El presente artículo tiene como objetivo analizar los fundamentos y las fuentes del derecho islámico, partiendo del estudio de la historia del islam y su profeta Mahoma, asimismo, demostrar las razones por las cuales es considerado un derecho religioso. Nuestro propósito es que las personas que lean este modesto artículo conozcan los aspectos principales del derecho islámico.

PALABRAS CLAVES:

Islam, Mahoma, derecho, ley, historia y religión.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to analyze the fundamentals and sources of Islamic law, based on the study of the history of Islam and its prophet Muhammad, and also demonstrate the reasons why it is considered a religious right. Our purpose is the people who rely on this mode to know the main aspects of Islamic law.

KEY WORDS:

Islam, Muhammad, law, law, history and religion.

INTRODUCCIÓN.-

El islam es la tercera religión monoteísta con mayor número de fieles alrededor del mundo. Definida como una religión revelada, que posee un sistema de gobernación justificado en la meritocracia, basado en el credo, la cultura y los hábitos de los miembros quienes la conforman.

Dichos hábitos, usos y costumbres apuntalan a consecuencias jurídicas dentro de la sociedad islámica. Por tales consideraciones, consideramos que el derecho islámico es un derecho natural, de valores constantes, fundado en la naturaleza del hombre, y, un derecho positivo, porque posee un conjunto de normas jurídicas que regula las acciones de los miembros de la comunidad islámica en su determinada organización soberana.

Es decir, el derecho islámico está basado en la historia del islam, y, la trascendencia del Corán, pues, a partir de ello, se procederá a examinar los fundamentos jurídicos-religiosos en el presente artículo.

1. LA APARICIÓN DEL ISLAM

El islam¹ surge a comienzos del siglo VII en la península arábiga, lugar desierto donde abundaba sequía y arenal. En la región noroccidental de la península arábiga, situada a menos de 100 km del mar Rojo, existía un lugar llamado “Meca”, conocida como una zona de comercialización y distribución de bienes, este era el lugar preferido de los mercaderes y comerciantes del imperio Bizantino.

La Meca también fue un centro de peregrinación, ya que, “(...) existía un santuario que centraba las peregrinaciones de los beduinos. Este santuario, de planta rectangular, con un gran patio central a cielo abierto, había ido recogiendo con el tiempo, los ídolos de muchas tribus y familias, convirtiéndose en el panteón preislámico por excelencia”. (Vásquez, 2002, p. 92)

En la Meca, aparece un personaje designado por Dios a anunciar su palabra a toda la humanidad. Mahoma de 40 años de edad, comenzó a predicar a los habitantes de la Meca; sin embargo, luego fue obligado a trasladarse a Medina a causa de constantes mofas de los judíos hacia sus nuevas enseñanzas, no obstante, por medio de su constante fe, las siguió compartiendo a la Umma².

Luego de siglos, podemos recalcar que las enseñanzas que inculcó el profeta Mahoma, están constituidas como (...) una forma de vida tan extensamente significativa que eleva la educación, la sociedad y la cultura (...) la enseñanza islámica se establece para refinar y en alterar las cualidades humanas, aparejarlas con objetivos justos y razonables que dirijan y dicten paso hacia el objetivo deseado. (Musavi, 1990, p.131-132)

Actualmente, el islam es la tercera religión monoteísta con mayor número de fieles, se calcula que alrededor de 900 millones de personas alrededor del mundo practican el islamismo, después del judaísmo y cristianismo.

2. MAHOMA Y EL CORÁN

Mahoma³ nació en el año 570 en la Meca, hoy conocida como una de las principales ciudades de Arabia Saudí. Huérfano de padre y madre, su tío Abú Talib, fue quien se encargó de criarlo y velar por todas sus necesidades. Mahoma en su juventud se dedicó a la actividad y negociación del comercio, considerándolo como un joven emprendedor.

En el año 610, muy cerca a la Meca, Mahoma tuvo una visión que se le manifestaba que él era el mensajero enviado por Alá⁴. Al apreciar esta visión se sintió muy confundido e inseguro, no obstante, no tuvo por algún tiempo alguna visión similar. Después de dos años volvieron a comenzar las visiones, donde una vez más se le confirma lo manifestado en la primera visión. Por ello comenzó a predicar la nueva doctrina, teniendo mucha acogida principalmente en la Meca y Medina.

Durante el tiempo que Mahoma predicaba la nueva doctrina mediante las revelaciones dadas por Alá, se escribieron sus enseñanzas a memoria en instrumentos, que hoy conocemos como el Corán⁵. Este libro sagrado⁶ está compuesto por revelaciones transmitidas de Dios al profeta Mahoma por medio del arcángel Gabriel durante el tiempo que estuvo con vida en la tierra.

¹ Según el autor Sami A. Aldeeb Abu- Sahlieh: «La palabra islam significa sumisión y es el nombre dado por los seguidores de Mahoma. El islam proclama la sumisión del hombre a la voluntad de Dios que está expresa en el Corán».

² La palabra Umma significa «Toda la comunidad que profesa la religión islámica y sigue los preceptos del profeta Mahoma».

³ Mahoma, en árabe se escribe Mohamed y significa «muy alabado».

⁴ La palabra Alláh significa «Dios».

⁵ Al Qur'an, Alcorán o Ko'ran quiere decir en castellano «lectura o recitación».

⁶ Según el autor Sami A. Aldeeb Abu- Sahlieh: «El Corán es el nombre más utilizado para designar el libro sagrado de los musulmanes. Este término significa recitación, y en este libro existen 55 formas diferentes para designarlas.»

Según Aldeeb Abu- Sahlieh (2008): "(...) el Corán declara que Mahoma es el último profeta y que las autoridades musulmanas han perseguido cada persona que pretendía llamarse profeta después de Mahoma. (p. 94). Asimismo, el Libro Sagrado del Corán es la pilastra más importante de la sociedad islámica, pues, regula principios morales, éticos y jurídicos, constituyéndose como la primera fuente del Derecho Islámico.

3. LEY NATURAL Y DERECHO

El término religión proviene del latín religio; «re» que significa volver y «ligare» que significa unirse, amarrarse o ligarse a algo. Es decir, religión afianza el concepto de plegarse a algo o a alguien en su defecto.

Existen tres clases de religión: natural, revelada y atea. La religión natural es la creencia de una fuerza natural, que se le da una determinada categoría de dioses; ejemplo: rayo, sol, tierra, y otros; por otro lado, la religión revelada abarca la creencia en un ente supremo, y que por medio la revelación se dio a conocer; un claro ejemplo denota el judaísmo, cristianismo e islamismo; y, la religión atea o también llamada absolutista, señala que el hombre se liga a otros valores materializados, ejemplo: dinero, sexo, poder, consumismo, entre otros.⁷

Como habiéndolo mencionado anteriormente, el islam es una religión revelada; y como tal, las normas religiosas son reveladas al hombre por medio de la comunicación, estas son expresión de la naturaleza humana, porque existe una conciencia moral; por ejemplo: ¡No matarás!, se origina mediante la conciencia moral; la razón de fe señala que matar no está bien, por ello la ley revelada se convierte en objetiva mediante el escrito. Con esto expongo que las normas morales son expresión de la revelación de Dios, pero se promulga en la relación humana: derecho natural.

4. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO ISLÁMICO

Se ha visto necesario explicar la historia del islam y su profeta Mahoma, antes de analizar los fundamentos del derecho islámico, ya que se necesita conocer de la historia de la civilización y la cultura musulmana; pues el derecho islámico es un derecho que regula las relaciones jurídicas entre Dios y la comunidad islámica.

La expresión de derecho islámico «šarī'a»⁸ o «ley sagrada», es usada para señalar la vía indicada de Dios a través de sus profetas, el mensaje profético en su totalidad, o también evidenciando la dimensión jurídica de este, una ley, en un sistema jurídico revelado. (Ferrari, 2008, p.173).

En el derecho islámico existen dos preceptos jurídicos vitales para comprender su doctrina. La sharía, es la vía revelada por Dios; quiere decir que es la ley religiosa que abarca dogmas, ritos, preceptos morales y jurídicos; y el otro es el fiqh, ciencia jurídica que estudia las fuentes del derecho islámico, y elabora un método para la identificación y formulación de la regla y que, si se sigue correctamente, en ausencia de una autoridad superior, garantiza su legitimidad.

Mouaqit (2011) señala que "la sharía es un dispositivo normativo que consta de obligaciones y derechos aplicables a los musulmanes y que se acompaña de sanciones de carácter penal o civil, etc., al mismo tiempo, de carácter religioso. Es decir, es el orden normativo divino, que funda y determina la existencia y permanencia del orden político y social musulmán." (pp.51-52)

Según Khallaf en el versículo 6,57 citado por Aldeeb Abu- Sahlieh expresa que: "los juristas y doctrinarios del derecho islámico reconocen a la humanidad que Dios es su supremo legislador, que

⁷ Entrevista realizada a Flavio Gutiérrez Velasco; bachiller en Teología por la Facultad de Teología Pontificia y Civil de Lima; y magister en Sagrada Teología con mención en Teología Dogmática por dicha casa superior de estudios.

⁸ En castellano se denomina sharía.

es la fuente de los preceptos, que estos han sido anunciados explícitamente en los textos revelados a sus profetas, en particular a Mahoma, o que los doctrinarios de la ley islámica expresan usando el mecanismo de la analogía.” (2008, p.34)

5. FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO

5.1 La fuente suprema: El Corán

Del Giudice expresa que “el Corán representa la primera fuente del derecho islámico; constituido por el conjunto de revelaciones que, para los musulmanes, Mahoma ha recibido de Dios. En cuanto a la transcripción de la palabra divina, es considerado como eterna e inmutable, de obligatorio cumplimiento para todos los creyentes del islamismo.” (2013, p.29).

El Corán es la palabra de Dios comunicada al Profeta (Muhammad) cuyo texto escrito nos ha sido informado por múltiples testimonios. El texto del Corán es la primera fuente de la ley en el islam, la fuente de todos los demás. Es al mismo tiempo una fuente de derecho y un marco de legislación futura. Es en este sentido que constituye una fuente original. (Harsi, 2006, p.97)

Es decir, el Corán es la fuente principal y más autorizada de la ley islámica. Dado que se cree que el Corán contiene las palabras literales de Dios, es considerado el registro más auténtico de la ley islámica, encarnando el final, inimitables e infalibles requerimientos de validez eterna (...) El Corán, en otras palabras, presenta al islam como la religión misma que había sido predicado por profetas anteriores, entre ellos Abraham, Noé, Moisés y Jesús, quienes eran originalmente musulmanes. (Gray, 2018, pp.3-4)

Denotamos que en el Corán se encuentran los principios fundamentales de la vida, como la solidaridad, igualdad, fraternidad, prohibición de la distinción social o étnica. El texto del Corán está subdividido en 114 capítulos (sūre), y estos subdivididos a su vez en 600 versos normativos y 400 de ellos se refieren a las reglas de adoración (‘ibādāt). Entre los ibādāt se encuentran: oración, limosna ritual, ayuno, peregrinación, pureza ritual, provisiones para cubrir el cuerpo, funerales, reglas alimenticias, matanzas rituales, cacería, juramentos y votos.

5.2 Una fuente complementaria: La Sunna

Según Aldeeb Abu- Sahlieh (2008) “el Corán recita dieciséis veces el término Sunna para designar la conducta de Dios o de los hombres. La traducción del Corán utiliza el término “norma”, “modo de hacer” o “costumbre” (p.167); no obstante, los juristas musulmanes utilizan este término para designar todas las declaraciones, hechos y comportamientos aprobados inicialmente o explícitamente por Mahoma.

Este término antes del islam indicaba la conducta ejemplar puesta en marcha dentro de la familia o el clan por cualquier persona reconocida por su rectitud, carisma o estatura moral. Según Del Giudice (2013) expresa que “esta fuente representa el principal punto de referencia para integrar las disposiciones coránicas y constituir la segunda fuente de la Sharía. Hace referencia a la vida, a los ejemplos y actitudes del Profeta Mahoma en vida, señalando una serie de reglas tradicionales para disciplinar el Corán.” (p.31)

La Sunna viene justo después del Corán. La mayoría de las veces, ella explica o completa algunos versos mostrando su significado preciso o sus aplicaciones particulares. La Sunna se convierte, como el texto coránico, en un marco de legislación que debe ser respetado por las llamadas fuentes “derivadas”. (Harsi, 2006, p.99)

5.3 Las fuentes derivadas: Ijmā y Qiyās

5.3.1 Ijmā

La tercera fuente del Derecho Islámico es el ijmā´, definido como el consenso de la comunidad islámica; está conectado a un ḥadīṡ⁹ en el cual Mahoma recitó: "Mi comunidad nunca aceptará un error"; en apoyo de algunos pasajes coránicos: "Hemos hecho de ustedes una comunidad que sigue el camino del medio, para que puedan ser testigos antes de que todos los hombres y el Mensajero de Dios sean testigos frente a ustedes." (Corán II, 143)

El ijmā´ es una fuente de la ley, así como el Corán y la Sunnah. Como estos últimos no resuelven todos los problemas, y en la necesidad de deducir las nuevas reglas jurídicas, la comunidad musulmana tiene competencia para hacerlo: su acuerdo, establecido con los requisitos de la religión, se convierte en ley. (Harsi, 2006, p.99)

Es decir, el consenso de la comunidad musulmana permite individualizar una norma, también en ausencia del texto coránico o de un ḥadīṡ que puede ser la base. No existe una definición unánime de la figura del ijmā´; sin embargo, la comunidad musulmana reconoce el consenso de un determinado precepto religioso. (Ferrari, 2013, p.195)

5.3.2 Qiyās

El término qiyās ("analogía") significa la estima o evaluación con la razón humana del valor de una palabra, una acción o una cosa. En el plano jurídico, la analogía se define como la aplicación del uso de la razón humana en un determinado facto para resolverlo.

Según Harsi (2006) "la qiyās (pronunciamiento por analogía) es un método para el cual se aplica una regla jurídica planteada por un texto (verso, hadith solución ijmā) a los casos no comprendidos en sus términos, pero ordenados por la misma razón (...) el principal problema, es la razón que ha llevado al legislador a decidir en una situación dada, y luego a considerar si existe la misma razón en el caso para el cual uno quiere legislar. Este trabajo es competencia exclusiva de los mujtahids. (Pp. 100-101)

En la jurisprudencia islámica, la qiyās es el proceso de analogía deductiva en el que las enseñanzas del Hadiz se comparan y contrastan con las del Corán y la Sunnah, principalmente la qiyās se usa en presencia de un nuevo caso que requiere una solución legal. Para explicar mejor, podríamos referirnos a la prohibición coránica de beber vino, que se ha extendido a la prohibición del uso de sustancias estupefacientes (situación nueva o no), ya que la proporción es evitar lo intoxicante.

CONCLUSIONES

- 1.- La religión islámica, es la tercera religión con mayor número de seguidores a nivel mundial, que atesora como pilas: la fe en el libro sagrado del Corán y en el profeta Mahoma.
- 2.- El Derecho Islámico emana a partir de la instauración del islam como religión revelada, toda vez que los preceptos religiosos son determinados mediante consecuencias jurídicas.

⁹ Hadīṡ quiere decir en castellano «narración, historia o cuento».

3.- Los fundamentos del Derecho Islámico están divididos en: la sharía, que está basado en los usos y costumbres morales y religiosos; y de otra parte el fiqh que integra el análisis del estudio de las fuentes del derecho islámico.

4.- Las fuentes del Derecho Islámico están divididas y jerarquizadas en: una fuente suprema (Corán), fuente complementaria (Sunnah) y fuentes derivadas (Ijmā y Qiyās), que apuntalan a regular la normatividad divina, religiosa, social y jurídica en la sociedad musulmana.

REFERENCIAS

- Aldeeb Abu- Sahlieh, Sami. (2008). *Il diritto islamico: fondamenti, fonti, istituzioni*. Roma: Carocci Editore Roma.
- Del Giudice, Federico. (2013). *Compendio di diritto islamico*. (2da Edición). Napoli: Edizioni Giuridiche Simone.
- Gray, T. (2018). *Islam and International Criminal Law and Justice*. Recuperado de: <http://www.legal-tools.org/doc/0528c5/pdf/>
- Harsi, A. (2006). *Introduction au Droit Public Musulman*. (1ra Edición). Casablanca: Editions Maghrébines
- Ferrari, Silvio. (2008). *Introduzione al diritto comparato delle religioni*. Bolonia: Editorial Il Mulino.
- Moauqit, M. (2011). *Droit Public Musulman. Aspects classiques et contemporains*. Maroc: Afrique Orient.
- Musavi Lari, Mujtaba. (1990). *El islam y la civilización occidental*. (1ra Edición). Qom: Oficina de Promoción de Cultura Islámica.
- Jacques, Jomier. (1989). *Para conocer el islam*. Estella: Editorial Verbo Divino.
- Vásquez Borau, José Luis. (2002). *Las religiones del libro: judaísmo, cristianismo e islam*. (2da Edición). Madrid: San Pablo.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

Lumen

Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 194-202

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1826

***UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO***

***AN APPROXIMATION TO THE STUDY OF
PUBLIC INTERNATIONAL LAW***

Millitza Franciskovic Ingunza

LUMEN

UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

AN APPROXIMATION TO THE STUDY OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Millitza Franciskovic Ingunza

RESUMEN:

El presente artículo tiene como objetivo aproximar al lector a un análisis referido al objeto de estudio del Derecho Internacional Público, desde las diversas definiciones que sobre esta disciplina se han elaborado, así como también entender las diferencias entre los derechos internos de los Estados con el Derecho Internacional Público, abarcaremos además las diversas denominaciones que se han dado a esta disciplina y como se divide desde un punto de vista metodológico.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Interno, derecho internacional público, denominaciones del derecho internacional público, división del derecho internacional público.

ABSTRACT:

This article aims to bring the reader closer to an analysis referring to the object of study of Public International Law, from the various definitions that have been developed on this discipline, as well as to understand the differences between the internal rights of the States with the Law International Public, we will also cover the various denominations that have been given to this discipline and how it is divided from a methodological point of view

KEY WORDS:

Internal Law, public international law, denominations of public international law, division of public international law

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del Derecho Internacional Público y sus diferentes acepciones, se han desarrollado atendiendo a diversas corrientes o escuelas del derecho, en diferentes momentos históricos sobre todo luego de la consolidación de los Estados que conforman la comunidad internacional entendida esta como la totalidad de Estados y las relaciones mutuas entre ellas. Los Estados son los protagonistas por excelencia del Derecho Internacional Público, pero no son los únicos, luego de la creación de organizaciones internacionales y otra categoría de sujetos las definiciones que se han elaborado han ido variando en el transcurrir de la historia. Es por ello que en este artículo apreciarán las definiciones de esta disciplina desde diversas circunstancias históricas.

1.1. DEFINICIÓN:

Son varias las definiciones que se han dado en la doctrina sobre Derecho Internacional Público, así, para Monroy (1995) “El derecho internacional público es la rama del derecho público que estudia las relaciones entre Estados y entre estos y los demás sujetos de derecho internacional, así como la organización y funcionamiento de la comunidad internacional” (p.3).

Diez De Velasco en Monroy (1995) sostiene que “el derecho internacional general, está dirigido a reglamentar las relaciones jurídicas de los sujetos que componen la comunidad internacional” (p.3).

El derecho de gentes o derecho internacional público se ocupa según Rousseau (1966) “esencialmente de regular las relaciones entre los Estados o mejor entre los sujetos de derecho internacional, puesto que ambos términos no son sinónimos” (p.1)

El derecho internacional público cumple una triple función:

- a) Determinar las competencias entre los Estados en razón de que cada Estado dispone de una esfera de acción limitada, fuera de esta competencia carece en principio y salvo excepciones, de legitimidad para actuar. Esta afirmación se asemeja al derecho interno que tiene cada Estado y que lo desarrollaremos más adelante.
- b) La segunda función que se le atribuye al Derecho Internacional Público, según Rousseau (1966) es determinar las obligaciones negativas de los Estados, esto es, deberes de abstención o determinar las obligaciones positivas de los Estados, esto es, deberes de colaboración, de asistencia entre otros, que se le imponen a los Estados al ejercer sus competencias, sustituyendo la competencia discrecional por una limitada.
- c) Reglamentar la competencia de los organismos internacionales.

El derecho internacional público como un derecho mundial, es el derecho que rige las relaciones jurídicas de la comunidad mundial, la civitas máxima y que abarca el derecho uniforme, el derecho internacional privado y el derecho internacional público, de acuerdo a lo sostenido por Tanaka en Monroy (1995).

Korovin en Monroy (1995) dice que “el derecho internacional es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados en el proceso de sus conflictos y cooperación, y cuya meta reside en la salvaguardia de una coexistencia pacífica (...)” (p.5)

Ahora bien, en el Derecho Internacional Público las normas jurídicas internacionales son creadas por los Estados, aunque no son los únicos sujetos, a través de la celebración de tratados y los Estados y otros sujetos son a su vez destinatarios de dichas normas; en consecuencia, los Estados y otros sujetos generan normas y son destinatarios de ellas.

Entre las características del Derecho Internacional podemos enunciar alguna de ellas: A) La ausencia de un órgano legislador centralizado destinado a la elaboración de normas jurídicas, como sucede en un ordenamiento jurídico interno, en cambio en el Derecho Internacional las reglas jurídicas se crean a través de los tratados. B) La ausencia de un órgano jurisdiccional obligatorio que significa que en el Derecho Internacional Público no existe un tribunal al cual los Estados se encuentren sometidos, y los Estados pueden de manera voluntaria someterse en caso de controversia a una jurisdicción internacional en donde los tribunales internacionales suelen ser de única instancia siendo sus fallos inapelables. C) Ausencia de órgano sancionador que significa que en el Derecho Internacional Público no existe un órgano que imponga una sanción ante el incumplimiento de los tratados. Sin embargo, Nguyen en Novak y García-Corrochano (2001) señala que la ausencia de sanción no priva de eficacia al derecho internacional, menos aún la torna inexistente.

En ese orden de ideas es que las ausencias descritas en el párrafo anterior dieron lugar a que surjan doctrinas que niegan la naturaleza jurídica del Derecho Internacional y que establecieran a esta disciplina como un conjunto de normas morales o de cortesía. Los que niegan su naturaleza jurídica se sustentan en la forma de su elaboración y la falta de coerción, sosteniendo que no es derecho porque sus normas no sancionan y no son obligatorias.

Es un error poner demasiado interés en la existencia, por parte de los sistemas nacionales de derecho, de órganos para la ejecución de sus normas, y en la ausencia de cualquier contrapartida internacional equivalente de ellas. Es igualmente un error suponer que los conflictos que han dividido la comunidad internacional sean solo manifestaciones de carencia de derecho. Ningún sistema jurídico depende completamente, para su efectividad [...] de la aplicación o imposición por medio de un poder superior. Si los hombres se decidieran a no obedecer el derecho dentro del Estado, jamás podría haber suficiente policía para forzarlos a variar tal conducta, lo sostiene Sorensen en Novak y García-Corrochano (2001) (p.42)

Por otro lado, si sostenemos que el Derecho Internacional Público es un complejo normativo; un conjunto de reglas cuya función es ordenar las relaciones humanas con la finalidad de lograr que impere la paz social en la tierra.

Esta definición no nos ayuda a precisar el contenido de estudio del Derecho Internacional Público, para ello, será necesario tener en cuenta dos situaciones:

- a) Que, especifiquemos quiénes son los sujetos de las relaciones internacionales y,
- b) Que, determinemos el ámbito de aplicación de las reglas internacionales.

Para tener una respuesta con mayor certeza es necesario que procedamos a desarrollar de manera general las diferencias entre el derecho interno y el Derecho Internacional Público.

Para Kelsen en Monroy (1995)

Lo que distingue al derecho internacional público del derecho interno de los Estados no es tanto el sujeto de sus respectivas regulaciones sino el modo de su creación: el primero surge por la colaboración de dos o más Estados y el segundo de la voluntad de un solo Estado. (p.4)

Determinar el origen del derecho internacional y del derecho interno, según Rousseau (1966) lo sustentan dos doctrinas: doctrina voluntarista y la doctrina objetivista; en la primera, las reglas jurídicas (derecho interno) son producto de la voluntad humana y el derecho internacional nace del consentimiento de los Estados. En la doctrina objetivista, por el contrario, establece que el origen del ordenamiento jurídico se encuentra fuera del ámbito de la voluntad humana, y tiene como origen una norma fundamental de las que se derivan todas las reglas del derecho, conforme lo sostiene Kelsen en Rousseau (1966).

Según Rousseau (1966)

La diferencia esencial entre el derecho internacional y el derecho interno es una diferencia de estructura, que resulta del desigual grado de concentración de las sociedades respectivas. La cohesión y solidaridad que existe entre los Estados es menos profunda y mucho menos íntima que la que liga a los individuos de un mismo Estado. Por ello, se puede decir que mientras el derecho interno es un derecho de subordinación, el derecho internacional se nos presenta como un derecho de coordinación (p.6)

En consecuencia, el derecho interno constituye un derecho de subordinación y el Derecho Internacional Público constituye un derecho de coordinación. Derecho de subordinación porque el Estado establece normas que serán aplicables y cumplidas por los individuos de ese Estado y el derecho de coordinación la constituyen las relaciones entre Estados y otros sujetos del Derecho Internacional en igualdad de condiciones, sin subordinación alguna.

El derecho interno u ordenamiento jurídico está conformado por un conjunto de normas jurídicas que se aplican dentro del territorio de cada Estado, dentro de las fronteras de ese Estado, como por ejemplo las leyes civiles, leyes penales y/o leyes especiales, etc., de cada Estado y se aplican

a los individuos (personas naturales y/o jurídicas) que forman parte de dicho Estado, se caracteriza porque, en principio sus reglas jurídicas, se aplican a las sociedades estatales, pudiendo afirmar que cada Estado tiene su propio ordenamiento jurídico, su propio derecho interno, así: Ecuador, Bolivia, Argentina, entre otros Estados, tienen su propio derecho interno.

Por el contrario, las normas internacionales se caracterizan porque traspasan las fronteras de los Estados al normar en principio, las relaciones mutuas entre éstos. Estas reglas son útiles a la comunidad internacional o sociedad internacional, pero también lo son para las sociedades estatales. Las expresiones "Comunidad Internacional o Sociedad Internacional" designan a la totalidad de los Estados y sus relaciones, situadas físicamente en el planeta tierra y en un futuro en el espacio exterior.

Ahora bien, si los individuos se presentan como el único sujeto real de cualquier relación jurídica en el derecho interno, son los propios individuos quienes han creado entidades que tienen categoría de sujetos del Derecho; así, en las relaciones internacionales, los sujetos principales, en principio son los Estados, pero no son los únicos.

Una primera afirmación nos permite establecer que en el derecho interno los sujetos de las relaciones jurídicas son los individuos y el ámbito donde se aplican las reglas jurídicas es dentro del territorio de cada Estado, dentro de las fronteras de cada Estado. En el Derecho Internacional Público los sujetos de las relaciones internacionales son, en principio, los Estados, y como lo sostuvimos anteriormente, los sujetos principales, pero no son los únicos sujetos, y el ámbito de aplicación donde se originan y se aplican las reglas internacionales es la comunidad internacional o sociedad internacional.

Así, por ejemplo, si dos o más Estados desean celebrar un tratado pueden celebrarlo en el territorio de uno de ellos, en el territorio de los dos o más Estados ya sea en reuniones sucesivas o en el territorio de terceros Estados, es decir en el territorio de cualquier Estado o si desean lo pueden celebrar inclusive en altamar, ello dependerá de la voluntad de los Estados para celebrar el tratado, es decir, todo dependerá del acuerdo de los Estados intervinientes.

El Derecho Internacional en el sentido en que hoy se entiende, no existió en la antigüedad ni durante la primera etapa de la Edad Media. Cómo lo afirma Oppenheim (1961) el origen del Derecho Internacional es esencialmente producto de la civilización cristiana y comenzó a desarrollarse en forma gradual a partir de la segunda etapa de la Edad Media.

Romano en Monroy (1995) afirma que "el Derecho Internacional Público surge desde el momento mismo que existe comunidad internacional, que exige necesariamente un ordenamiento jurídico que la constituya y regule". (p 4)

El Derecho Internacional Público clásico tuvo como función normar las relaciones interestatales cuya finalidad es preservar la paz en la tierra. Por su parte Pastor (1972) sostiene que la Corte Permanente de Justicia Internacional definió que el Derecho Internacional Público rige las relaciones entre los Estados independientes.

Podemos sostener hasta acá que el Derecho Internacional Público se origina y se desarrolla debido a la existencia y la necesidad de los Estados independientes y soberanos de regular sus propias relaciones, ello quiere decir que sin la comunidad internacional (totalidad de Estados y sus relaciones mutuas) no existiría el Derecho Internacional Público y sin la necesidad de regulación entre los Estados tampoco habría la necesidad de que exista el Derecho Internacional.

Ahora, bien, según Verdross (1976) en su obra de Derecho Internacional Público afirma que, el Derecho Internacional Público no es la mejor y única ordenación jurídica del mundo, es una de las posibles ordenaciones jurídicas del mundo y que el Derecho Internacional Público es un fenómeno

histórico, que surge en el tiempo y que podría desaparecer y dar lugar a otra, mejor y distinta ordenación jurídica del mundo.

Aunque la función primordial del Derecho Internacional Público sigue siendo regular las relaciones de Estados entre sí, el Derecho Internacional contemporáneo se ha venido preocupando de las instituciones internacionales y aún del individuo con mayor interés, actualmente diríamos con intensa preocupación, al decir de Sorensen (1981).

Sin embargo los Estados no son los únicos sujetos en la sociedad internacional, no son los únicos actores de la relaciones internacionales; existen otras entidades (Organizaciones Internacionales, entre otros) que el Derecho Internacional califica como sujetos, de manera tal que la definición que sostuvimos en líneas precedentes de que el Derecho Internacional Público es un complejo normativo; un conjunto de reglas cuya función es ordenar las relaciones humanas con la finalidad de lograr que impere la paz social en la tierra debe completarse en el siguiente y concluyente sentido: El Derecho Internacional Público es un conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones entre los Estados, las relaciones de los Estados con otros sujetos del Derecho Internacional Público y las relaciones entre esos otros sujetos del Derecho Internacional constituyendo su objetivo preservar la paz social en la tierra.

Cabe añadir, tal como lo sostiene Novak y García Corrochano (2001) las relaciones que hoy son objeto de regulación por parte del Derecho Internacional Público versan sobre diversos ámbitos como por ejemplo el espacio ultraterrestre y los fondos marinos, la contaminación ambiental, la energía nuclear, la integración y cooperación internacional, así como la protección de los derechos humanos.

1.2. DENOMINACIONES DE LA DISCIPLINA

La denominación más conocida es la de Derecho Internacional Público. Sin embargo, los juristas suelen acudir, en ciertas circunstancias, a otra denominación: Derecho de Gentes, que tiene un origen muy antiguo y se remonta al Derecho Romano;

Para Iglesias en Novak y García-Corrochano (2001)

La fase del *ius Gentium* se extiende desde el final de la segunda guerra púnica-201 a.C.-hasta la muerte de Alejandro Severo- 235 d.C.-cuando cesa el predominio de Roma y de Italia [...]. Desaparece la ciudad Estado, transformándose la comunidad patricio-plebeyos en el Centro de un colosal Imperio. No el Imperio, uno y universal es el *ius Gentium*. Derecho exento de forma, regulador del comercio, aplicable entre romanos y frente a Extranjeros [...].(p. 34)

Al *Jus Gentium* o Derecho de Gentes se define como el conjunto de usos y costumbres propios de los pueblos de aquella época, que conjuntamente con el *Jus Civilis* o Derecho Civil se aplicaba para resolver los litigios. El *Jus Gentium* resolvía los pleitos entre extranjeros (peregrinos) y entre extranjeros y ciudadanos romanos. En tanto que el *Jus Civilis* se aplicaba exclusivamente a los ciudadanos romanos. De otro lado, el *Jus Gentium* contenía reglas que normaban las relaciones entre Roma y otras entidades políticas (el término "gens" equivalía a pueblo, ciudad, Estado). Pues bien, la denominación "*ius gentium*" sobrevive a la caída del Imperio Romano y se incorpora al derecho medieval.

El *ius gentium* al decir de Truyol en Monroy (1995) se diferenció pronto del *ius civile*, por su mayor flexibilidad, que procedía de la falta de rigorismo formal y de amplia libertad de movimientos del praetor peregrinus en su establecimiento e interpretación, en función de las exigencias cambiantes de un comercio jurídico cada vez más intenso con el exterior....El derecho de gentes, según esta concepción, es el que por fundarse en disposiciones y las necesidades humanas comunes, practican

todos o casi todos los pueblos: como escribió Gayo, "el que la razón natural estableció entre todos los hombres", o según Ulpiano, "el que practican las humanas gentes" (p.5).

En la época de los descubrimientos, Francisco de Vitoria (1480-1546) dominico español, considerado fundador del Derecho Internacional Público moderno, denomina a la disciplina Jus Inter Omnes Gentes (Derecho entre todas las Gentes). El término "Gentes" en aquella época era expresión sinónima de entidad política o Estado.

En Roma al decir de Verdross en Monroy (1995) el derecho de gentes no corresponde a lo que hoy se denomina derecho internacional, y es preciso observar que los postglosadores vieron al ius gentium como un conjunto de normas universales aplicables a todos los pueblos en todo orden, en contraposición al derecho civil o positivo.

Al consolidarse los Estados nacionales se sugirieron diferentes denominaciones: Hugo Van Groot (1583-1645) también conocido como Grocio o Grotius, jurista holandés, denomina a la disciplina De Jure Belli ac Pacis (Derecho de la Guerra y la Paz); Kant la denominó Derecho Interestatal y Jeremías Bentham International Law (Derecho Internacional) a la cual se le añadió la palabra "público" para distinguirla de otra disciplina, el Derecho Internacional Privado.

La diferencia entre el Derecho Internacional Público del Derecho Internacional Privado, radica en los sujetos de las relaciones jurídicas, las fuentes y la sanción. En el Derecho Internacional Público como ya hemos señalado en líneas precedentes los sujetos de las relaciones jurídicas son los Estados, aunque no son los únicos, en el Derecho Internacional Privado los sujetos de las relaciones jurídicas internacionales son las personas naturales o jurídicas de diferentes Estados cuyo objetivo es resolver los conflictos que se presentan cuando en una relación jurídica interviene un elemento extranjero; por la fuente se distinguen en que la fuente principal del Derecho Internacional Público está constituida por los tratados, en el Derecho Internacional Privado la principal fuente es la ley nacional de cada Estado; por la sanción: Un conflicto que se presente en el Derecho Internacional Público se resuelve por la solución pacífica de la controversia, por la guerra o por recurrir para que se resuelva esa controversia a la Corte Internacional de Justicia o a un Tribunal Arbitral. En el Derecho Internacional Privado un conflicto será resuelto por un juez nacional quien establecerá que ley nacional se deberá aplicar.

1.3. DIVISIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El Derecho Internacional Público se divide en dos grandes áreas:

- a) El Derecho Internacional Común o Universal, o General. – Establece que sus reglas obligan a todos los sujetos del Derecho Internacional Público y son reglas consuetudinarias o reglas de costumbre.

La norma general obliga a toda o casi toda la comunidad internacional, en consecuencia, el Derecho Internacional general estará constituido por normas consuetudinarias generales, principios generales del derecho y tratados multilaterales con vocación universal, conforme lo expresa Benadava en Novak y García Corrochano (2001)

No hay un derecho escrito Común o Universal, y podemos señalar como ejemplos: La buena fe, pacta sunt servanda o el cumplimiento de la palabra dada, la cosa juzgada, la libre navegación en alta mar, etc.

Puntualiza Verdross (1976) que el Derecho Internacional Común o Universal contiene muy pocas normas taxativas.

El conjunto de normas jurídicas internacionales aplicables a todos los sujetos del Derecho Internacional se denomina Derecho Internacional General conformado exclusivamente por normas consuetudinarias.

- b) Derecho Internacional Particular. – Establece que sus reglas obligan a dos Estados o a grupos de Estados con otros sujetos del Derecho Internacional. Por lo común son reglas escritas aun cuando también existen reglas de costumbre particulares.

Ejemplos: OEA, UE, CAN, etc.

Las características que las normas del Derecho Internacional Común, Universal y General y, del Derecho Internacional Particular presentan es que, contienen una obligación jurídica de carácter internacional, es decir no se trata de normas morales, ni recomendaciones y que la validez de dichas normas tanto en el Derecho Internacional Universal y General y el Derecho Internacional Particular estén sujetas y dependan del Derecho Internacional Público.

CONCLUSIONES

El derecho interno u ordenamiento jurídico está conformado por un conjunto de normas jurídicas que se aplican dentro del territorio de cada Estado, dentro de las fronteras de ese Estado, como por ejemplo las leyes civiles, leyes penales y/o leyes especiales, etc., de cada Estado y se aplican a los individuos (personas naturales y/o jurídicas) que forman parte de dicho Estado, se caracteriza porque, en principio sus reglas jurídicas, se aplican a las sociedades estatales, pudiendo afirmar que cada Estado tiene su propio ordenamiento jurídico, su propio derecho interno, así: Ecuador, Bolivia, Argentina, entre otros Estados, tienen su propio derecho interno.

Por el contrario, las normas internacionales se caracterizan porque traspasan las fronteras de los Estados al normar en principio, las relaciones mutuas entre éstos. Estas reglas son útiles a la comunidad internacional o sociedad internacional, pero también lo son para las sociedades estatales. Las expresiones "Comunidad Internacional o Sociedad Internacional" designan a la totalidad de los Estados y sus relaciones, situadas físicamente en el planeta tierra y en un futuro en el espacio exterior.

En el Derecho Internacional Público las normas jurídicas internacionales son creadas por los Estados, aunque no son los únicos sujetos, a través de la celebración de tratados y los Estados y otros sujetos son a su vez destinatarios de dichas normas; en consecuencia, los Estados y otros sujetos generan normas y son destinatarios de ellas.

Significa que los Estados no son los únicos sujetos en la sociedad internacional, no son los únicos actores de la relaciones internacionales; existen otras entidades (Organizaciones Internacionales, entre otros) que el Derecho Internacional califica como sujetos, de manera tal que la definición que sostuvimos en líneas precedentes de que el Derecho Internacional Público es un complejo normativo; un conjunto de reglas cuya función es ordenar las relaciones humanas con la finalidad de lograr que impere la paz social en la tierra debe completarse en el siguiente y concluyente sentido: El Derecho Internacional Público es un conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones entre los Estados, las relaciones de los Estados con otros sujetos del Derecho Internacional Público y las relaciones entre esos otros sujetos del Derecho Internacional constituyendo su objetivo preservar la paz social en la tierra.

REFERENCIAS

- Monroy, M. (1995). Derecho Internacional Público. (Tercera Edición). Santa Fé de Bogotá: Temis.
- Novak F y García Corrochano L (2001) Derecho Internacional Público, Tomo I y II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rousseau, C (1966). Derecho Internacional Público. (Tercera Edición). Barcelona: Ediciones Ariel.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

Lumen

Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 203-212

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1819

***CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL:
DISOLUCIÓN DEL CONGRESO***
***CONSTITUTIONAL OR UNS UNCONSTITUTIONAL:
DISSOLUTION OF THE CONGRESS***

José Mendivil Nina

LUMEN

CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL: DISOLUCIÓN DEL CONGRESO

*CONSTITUTIONAL OR UNCONSTITUTIONAL:
DISSOLUTION OF THE CONGRESS*

José Mendivil Nina

RESUMEN:

En este artículo refiero los puntos cuestionables del Auto admisorio de la demanda competencial interpuesta ante el Tribunal Constitucional por el Presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la República, que cuestiona la disolución del Congreso de la República, como los argumentos de los tribunalistas respecto a dicho Auto admisorio. Asimismo, refiero lo señalado en el Auto 3 por el Tribunal Constitucional en respuesta al recurso de reposición o aclaratorio del Auto admisorio planteado por la Comisión Permanente; también los argumentos de la Defensoría del Pueblo respecto a la disolución del Congreso de la República, contenidos en el Informe Defensorial sobre la crisis política, cuestión de confianza y disolución del congreso. Muestro los límites del derecho constitucional peruano que respecto a la disolución del Congreso de la República rechaza la medida cautelar de la Comisión Permanente contra el Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, cautelar que fue denegada por mayoría simple y que proponía se suspenda temporalmente el cierre del Congreso de la República hecha por decisión del Presidente de la República. Cuestiono la separación que el Tribunal hace de lo político y lo constitucional, lo que resulta debatible si se tiene en cuenta que la Comisión de Venecia respecto al tema de si es constitucional vincular la reforma constitucional a una cuestión de confianza como ha hecho el gobierno ha dicho, si bien lo afirmado por esta carece de valor vinculante, que en el derecho comparado vincular las enmiendas constitucionales a una cuestión de confianza es inusual. No califico el acto de disolución del Congreso, porque considero que dicho acto por singular merece un trato más abundante desde la teoría política y el derecho constitucional con el propósito de dar herramientas de análisis a la necesidad de reformar nuestro régimen político o de poder.

PALABRAS CLAVE:

reforma constitucional, cuestión de confianza, disolución del parlamento

Abstract:

In this article I refer to the questionable points of the order for the admissibility of the competence filed before the Constitutional Court by the President of the Permanent Commission of the Congress of the Republic, which questions the dissolution of the Congress of the Republic, such as the arguments of the courts regarding Said Auto Admissive. Likewise, I refer to what is stated in Order by the Constitutional Court in response to the motion for replacement or clarification of the Order admissible raised by the Permanent Commission; also the Ombudsman's arguments regarding the dissolution of the Congress of the Republic, contained in the Ombudsman's Report on the political crisis, a matter of trust and dissolution of the congress. I show the limits of the Peruvian constitutional law that regarding the dissolution of the Congress of the Republic rejects the precautionary measure of the Permanent Commission against Supreme Decree No. 165-2019-PCM, precautionary that was denied by simple majority and that it proposed to be temporarily suspended the closing of the Congress of the Republic made by decision of the President of the Republic. I question the separation that the Court makes of the political and the constitutional, which is debatable if one takes into account that the Venice Commission regarding the issue of whether it is constitutional to link the constitutional reform to a matter of trust as the government has done That being said, although what is affirmed by this has no binding value, that in comparative law, linking constitutional amendments to a matter of trust is unusual. I do not qualify the act of dissolution of the Congress, because I consider that said act as singular deserves a more abundant

treatment from political theory and constitutional law with the purpose of giving analysis tools to the need to reform our political or power regime.

KEY WORDS:

Constitutional reform, question of confidence, dissolution of parliament.

INTRODUCCIÓN

Los excesos del poder y la mejora de los derechos son regulados en el Perú desde la Constitución de 1979, Constitución que fue aprobada por la única asamblea constituyente de composición ideológica plural y representativa de los diversos sectores sociales del Perú pos-reforma agraria de 1969, por lo que en el derecho constitucional contemporáneo se conoce como el Estado Constitucional de Derecho, que no es otra cosa que la posibilidad de disponer de garantías constitucionales a ejercerse ante la jurisdicción constitucional en los casos de los excesos del poder del Estado y sus instituciones que se den en contra de los derechos de individuos y sociedades jurídicas, como en los casos de transgresiones de las competencias funcionales de las instituciones del Estado (Sosa, 2008), jurisdicción que se ejerce para favorecer la vida democrática de la sociedad, y que es ejercida desde la Constitución de 1993 por el Tribunal Constitucional.

Esta jurisdicción constitucional en la Constitución de 1979, la constitución más progresista en el reconocimiento de derechos individuales y colectivos, fue ejercida por el Tribunal de Garantías Constitucionales hasta su disolución por el golpe de estado de 1992.

Para saber si la disolución del Congreso de la República hecha por el Presidente de la República es constitucional o no, no sirve de mucho decir que lo ocurrido es un golpe de estado, y por lo tanto un acto inconstitucional, más aún si ha apelado a lo que llama 'denegación fáctica' de la cuestión de confianza planteada por el Primer Ministro respecto a modificaciones al procedimiento de elección de los miembros del Tribunal Constitucional; o justificar como constitucional la disolución recurriendo al artículo 134 de la Constitución de 1993¹. No voy a calificar ahora el acto de disolución del Congreso de la República, ya que considero que más importante es hacer notar que nuestros problemas de gobernabilidad e institucionalidad democrática, tienen explicación causal en la historia política de nuestra república, es decir, en el republicanismo autoritario con el que se funda la república peruana entre 1821 y 1824, y que va de la casi inaplicable Constitución de 1826 a la Constitución de 1993, en lo que en general, después del parlamentarismo jacobino de la Constitución de 1823, admitimos como la continuidad de un régimen político autoritario y populista, como fue el que intentó Montegudo hasta su asesinato, o el que en nombre del republicanismo intentara el Solitario de Sayán, o más recientemente, el de Velasco, y regímenes políticos que le siguieron, como el de García, Fujimori o Vizcarra, sin excluir a ninguno, y solo probablemente al de Bustamante que fuera derrocado por el general Odría en 1948, en las formas autoritarias y populistas de la representación pública del poder delegado.

Y como la historia no cuenta entre nosotros, historia que parece no querer dejar de ser una historia sin lecciones que aprender para evitar cometer errores parecidos a los del pasado más lejano o reciente, lo que el Tribunal Constitucional acaba de llamar 'conflicto competencial', reduciendo el problema generado por luchas por el poder político entre el Presidente de la república accesitario, acusado por graves delitos cometidos como gobernador regional y candidato en la plancha presidencial de PPK, no hace más que reducir a solo un tema de interpretación constitucional la disolución del Congreso de la República, reduciendo la importancia que tiene la representación pública del poder que se delega mediante el voto ciudadano a los poderes del estado y su equilibrio para la gobernabilidad del país, omitiendo que lo jurídico no agota lo político.

¹ Artículo 134 El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. ... No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato.

La verdad del interpretador constitucional

Respecto al conflicto de competencia el Tribunal Constitucional ha emitido el Auto 1, en el que nos encontramos con cosas como las siguientes:

1. Se dice que la disolución busca el equilibrio del poder entre el ejecutivo y el congreso, como admite el Tribunal Constitucional en el numeral 19 del Auto 1; argumento que es propio de un régimen parlamentario.
2. Señala que la vacancia según la Constitución pretende el mismo fin, sin advertir que su uso se presta a un uso político desmedido cuando se refiere a la incapacidad moral del presidente; con lo que evita señalar que el problema es el de las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo establecidas en la Constitución de 1993, que favorece al presidencialismo.
3. También existe abuso del voto de confianza en las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, problema que el Tribunal Constitucional omite inmiscuirse, problema del régimen político en la Constitución de 1993, régimen que hace evitables los excesos de autoritarismo en el ejercicio del poder. Esta constitución fue acusada por los constitucionalistas como una constitución espuria a su aprobación, algo que parece que han olvidado.
4. Estas instituciones constitucionales, la vacancia presidencial y la disolución del Congreso, significaron un cambio no secundario respecto al equilibrio de poderes regulado por la Constitución de 1979, constitución que fue desechada por un golpe de Estado, el que recurre a un Congreso Constituyente Democrático con una mayoría que fue cuestionada en su legalidad por un miembro del JNE entonces.
5. Esta Constitución, casi sin excepción entre los constitucionalistas peruanos fue tildada de espuria e ilegítima, quienes trataron de encontrar la salida en una asamblea constituyente que volviera a la Constitución de 1979 y le incorporara las enmiendas constitucionales que fueran necesarias, como pretendieron tanto el gobierno de Paniagua, como el de Toledo. Durante este gobierno, el Congreso de la República, con Henry Pease como Presidente de la Comisión de Constitución, elaboró en un proceso plural y abierto de consultas a la sociedad el proyecto de una nueva constitución sobre la base de la de 1979, proceso que terminó con la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida ante el recurso de amparo constitucional que interpusiera el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600².
6. Esta anomalía constitucional en el régimen político de la Constitución de 1993 no ha sido enmendada, si bien fue progresivamente corregida en sus excesos antidemocráticos con diferentes reformas constitucionales aprobadas después de la caída del régimen de Fujimori-Montesinos. Una reforma importante fue restablecer la regionalización y descentralización.
7. En la historia constitucional del Perú las relaciones ejecutivo parlamento han sido reguladas por el autoritarismo en el ejercicio del poder. Este no es un problema en el que el Tribunal Constitucional debe inmiscuirse, ya que le corresponde al Congreso de la República según el artículo 206³.

² Expediente N° 014-2002-AI/TC

³ Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

8. El numeral 21 del Auto 1 es muy curioso, es decir, no propio del control constitucional en equilibrio de poderes, por lo que el Tribunal evita con una argumentación de sentido común señalar que lo singular del cierre del parlamento, no es que haya sido previsto, sino que no se consideró su eventualidad posible⁴. Se sostiene:

Por otro lado, si bien la interposición de una demanda de conflicto competencial sin acuerdo de Pleno se trata de un supuesto no previsto expresamente en la Constitución o el Código Procesal Constitucional, este Tribunal advierte que resulta un imposible jurídico exigir que un órgano que no se encuentra en funciones adopte un acuerdo⁵.

9. El Numeral 23 motiva preguntar: ¿Puede el Tribunal Constitucional, excluyendo por ahora que dos de sus miembros han adelantado opinión, en su rol de intérprete de la primacía de la Constitución sobre actos políticos y jurídicos que la contravengan, sustituir al Poder Constituyente en temas como el de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso?⁶ Pareciera que sí cuando afirman en dicho numeral:

En todo caso, un pronunciamiento en relación con el fondo de la controversia es no solamente lo más beneficioso para fortalecer nuestras instituciones democráticas, sino que también permitirá que este Tribunal pueda delimitar los alcances de las atribuciones de los órganos que, en esta oportunidad, se encuentran involucrados, esto es, tanto del Congreso de la República como del Poder Ejecutivo.

Por si hubiera duda, Espinoza-Saldaña en la sustentación de su voto dice lo siguiente cuando se refiere al Tribunal como intérprete de cierre:

Y es que nunca debe perderse de vista que un Tribunal Constitucional tiene una posición especial en el ordenamiento jurídico del Estado al cual pertenece. Entre diversos intérpretes vinculantes calificados de lo que es conforme a la Constitución, le corresponde ser el organismo de cierre en esa interpretación vinculante de dicha Constitución. Dicho con otras palabras, ante una diversidad de interpretaciones o formas de entender lo que quiere decir un texto constitucional, es al Tribunal Constitucional a quien le corresponde dar la última interpretación conforme a la Constitución frente a los problemas económicos, sociales o políticos que pueden derivar de la forma en que comprendemos las principales normas que nos rigen como sociedad⁷.

10. La tribunalista Marianella Ledesma, en la justificación de su voto admisorio de la demanda competencial, numeral 12, interpreta mal el procedimiento constitucional al subsumir el fondo de la disolución del Parlamento en la formalidad para el conflicto competencial en equilibrio de poderes, y no en la ruptura del mismo por el Presidente de la República, sin que advierta que lo citado se refiere a un conflicto ordinario entre poderes, sin disolución del Congreso. ¿Podemos esperar algo de una intérprete como la tribunalista Ledesma que parece no tener una formación seria en derecho constitucional? Citemos lo dicho por esta miembro del Tribunal Constitucional:

La formalidad existente hasta antes de este caso era, conforme aparece en el citado artículo 109 del Código, la siguiente: para interponer una demanda en el proceso competencial, el Poder Legislativo actuará en el proceso mediante su titular y deberá contar con la aprobación del respectivo Pleno⁸.

⁴ La Comisión de Venecia ha señalado que "Cualquier proceso de enmienda constitucional debe preservar el principio de separación de poderes y la exigencia de controles y equilibrios entre el Presidente y el Congreso".

⁵ Tribunal Constitucional, Expediente 0006-2019-CC/TC, Auto 1 – Calificación.

⁶ No, porque estaría sustituyendo al parlamento y al poder constituyente que descansa en el pueblo.

⁷ Auto 1, Calificación.

⁸ Auto 1, Calificación.

11. Asimismo, la pregunta que hace a continuación de la formalidad antes referida, ¿Puede la Comisión Permanente del Congreso de la República, cuando este ha sido disuelto, interponer una demanda en el proceso competencial en nombre del Poder Legislativo?⁹, es aparentemente lógica, pero supone que el presidente de las Comisión Permanente no representa plenamente al Congreso de la República, en tanto es un poder disminuido.
12. Lo que dice el tribunalista Espinoza-Saldaña en el sustento de su voto de admisión de la demanda competencial, pareciera también en los numerales 14 y 15 del sustento de su voto admisorio de la demanda competencial, admitir solo excepcionalmente la demanda, y casi desde un acertijo decir que “otorgar excepcionalmente legitimación procesal a quien difícilmente en otro contexto podría concederse dicha atribución”. Reduce igualmente el problema a la interpretación constitucional del acto de cierre del parlamento, sin referir, por lo menos en términos de la teoría constitucional que si dicho cierre implica una ruptura o no del equilibrio de poder. Omitiendo que ha adelantado opinión favorable al acto de cierre del parlamento, parece haber olvidado la crítica que hiciera en contra de la concentración del poder en detrimento de otros poderes del estado no hace mucho:

Y es que en América Latina, ese proceso hoy mundial de predominio del mal llamado Poder Ejecutivo¹ encontró un escenario peligrosamente proclive a este fenómeno, y, lo que es peor, a manifestaciones incontroladas y abusivas del mismo. Muy a despecho pues de los esfuerzos democratizadores iniciados en nuestro subcontinente a fines de los años setenta, resulta innegable cómo hasta hoy todavía nos encontramos frente a un contexto intrínsecamente débil, vulnerable y con fuertes limitaciones no solamente para hacer frente a aspectos tradicionalmente presentes en el quehacer político y social de nuestros países, sino también para poder adecuarse a los cambios experimentados en los últimos años a nivel universal. Una de las principales trabas para el desarrollo de este quehacer democratizador es, sin duda alguna, el desmesurado crecimiento del poder “Ejecutivo”, y sobre todo del presidente de la República, con el agravante de que ese excesivo poder difícilmente buscó y logró ser eficazmente controlado (Espinoza-Saldaña, 2002).

13. En el Auto 3, el Tribunal Constitucional, Expediente 00006-2019-CC/TC, en respuesta al Recurso de Reposición presentado por el Presidente de la Comisión Permanente respecto al Auto 1, recurso en el que se sostiene que “la sentencia no va a surtir efecto alguno en el presente caso”, afirma lo siguiente en los numerales 11 y 12:

Asimismo, este Tribunal hizo notar especialmente que uno de los fines de los procesos constitucionales es garantizar la primacía de la norma suprema, cuestión que amerita que sea este órgano el llamado a dirimir el conflicto de autos.

En tal sentido, en una situación como la que vive nuestro país, y cuando se requiere que todos los actores involucrados en el presente conflicto se sometan a la Constitución y al Derecho, no resulta adecuado, por decir lo menos, que uno de tales actores cuestione la imparcialidad del órgano jurisdiccional establecido por el Constituyente para intervenir como mediador ante los conflictos entre los poderes del Estado¹⁰.

14. ¿Qué podemos decir del modelo de jurisdicción constitucional (Montoya, 2016) establecido por la Constitución de 1993? ¿Por qué el Tribunal Constitucional pretende sustituir al poder constituyente? Debemos admitir que por lo menos su labor no permite establecer si esta sigue el camino del constitucionalismo principalista o argumentativo, o el del constitucionalismo garantista o positivista (Grández, 2014).

⁹ Auto 1, Calificación.

¹⁰ Auto 3, 18 de noviembre 2019.

15. No se puede calificar la disolución de setiembre de golpe de estado. Expresa sí el problema del régimen político autoritario de la Constitución de 1993, y no tiene sentido comparar la disolución de setiembre con el golpe del 5 de abril de 1992 que disolvió a la Cámara de Diputados y al Senado. La prolongación de la crisis de poder entre el Ejecutivo y el parlamento, se hubiera evitado si el Tribunal Constitucional hubiera interpretado el decreto supremo de disolución como un exceso en el uso de la cuestión de confianza, cumpliendo precisamente con el principio constitucional de prohibición de exceso en el que ha incurrido el Presidente Vizcarra, imponiendo límites constitucionales al poder fáctico ejercido por el presidente de la República.

No me defiendas...

Hemos pasado desde fines de setiembre por los caminos de la 'verdad' de los intérpretes de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disolución del Congreso de la República, intérpretes que nos dicen lo que es la verdad de nuestros derechos y deseos, de lo que es constitucional o no; los hemos visto blandiendo artículos de la constitución y sentencias del Tribunal Constitucional. Por su importancia institucional, citaré lo dicho por la Defensoría del Pueblo.

16. Escribe mal la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial sobre la crisis política, cuestión de confianza y disolución del congreso, publicado el 25 de octubre del 2019. Empieza con errores que vienen del escribir mal, y de una argumentación escolar para sostener la inconstitucionalidad de la disolución del Congreso. Cito:

Al ser depositarios de la voluntad popular, ambos poderes tenían el deber de preservar y fortalecer la institucionalidad constitucional construida desde hace casi 20 años. Era indispensable, por eso, que en su actuar, cada día aunaran esfuerzos por legitimar la democracia, como mejor forma de gobierno posible. Así pues, pues el reconocimiento y goce de los derechos fundamentales se encuentra supeditado al respeto y garantía del orden social, político y jurídico interno de cada país (Defensoría del Pueblo, 2019).

17. Motiva a la ironía cosas como la siguiente que se atreve a decir el Defensor del Pueblo:

Es indiscutible que una de las razones del conflicto político que hoy nos alcanza es que el Poder Ejecutivo ha gobernado con una mayoría parlamentaria de oposición. Lamentablemente nuestra historia es pródiga en señalar que, ante estas situaciones, la clase política no ha tenido las capacidades suficientes para evitar el resquebrajamiento de nuestro sistema democrático (Defensoría del Pueblo, 2019).

18. Pero, sin ser mi pretensión ironizar sobre lo que dice este informe en defensa del Estado de Derecho, cito solo para mostrar que la argumentación es de texto y no propia del derecho constitucional:

La cuestión de confianza, como ha indicado el TC, es una institución originaria de los sistemas parlamentarios introducida en nuestro modelo constitucional como un contrapeso al mecanismo de la censura ministerial asignado al Poder Legislativo. Por eso, debe entenderse como un elemento integrante del balance entre poderes (Defensoría del Pueblo, 2019).

No dice nada relevante. Insisto en que el problema que debe resolverse en términos constitucionales es el del autoritarismo en los poderes del Estado, más aun si este se valida con encuestas o campañas disolventes del equilibrio de poderes como la que llevó a la renuncia de PPK, y a la presidencia a un accesitario aislado en Canadá, o a la campaña de vacancia presidencial por la inexcusable falta de gobernabilidad.

19. Repite la distinción de la cuestión de confianza hecha por el Tribunal Constitucional entre su carácter obligatorio y facultativo¹¹, lo que resulta irrelevante para el análisis del conflicto competencial, más aún si el Tribunal Constitucional se negó a sustituir a uno de sus miembros por el nombrado por el Congreso de la República antes de que fuera disuelto.

20. La interpretación se banaliza. Cito:

Como se advierte, el desarrollo del mecanismo político de cuestión de confianza requiere de la realización de competencias coordinadas entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. Ahora bien, se trata de una relación horizontal, aunque contrapuesta, entre estos poderes públicos, siendo que no existe una jerarquía entre ellos (Defensoría del Pueblo, 2019).

Simple fraseología que rechazaría cualquier estudiante de derecho constitucional en el Perú.

21. Al referirse a la necesidad de principios y fines comunes para la nación, el informe insiste en ideas como la de la cooperación democrática entre los poderes del estado. Solo buenas intenciones. En ninguna parte repara en que los principios solo pueden tener utilidad si hay élites para la gobernabilidad y la realización de fines comunes para el presente-futuro del Perú:

Para resguardar el balance entre los poderes públicos y evitar el agravamiento de una crisis política, no solo basta el respeto de las reglas formales previstas expresamente en la Constitución o el Reglamento del Congreso, sino que tanto el Poder Ejecutivo, como el Parlamento, deben guiar su actuación conforme a los principios de cooperación y solución democrática, como se señaló con anterioridad. Estos principios, derivan del artículo 43 de la Constitución que consagra la separación de poderes. Ambos han sido desarrollados en la jurisprudencia del TC¹² en el sentido de que los actores políticos deben evitar actuaciones obstruccionistas o egoístas y preferir los mecanismos de diálogo para solucionar las crisis políticas existentes (Defensoría del Pueblo, 2019).

22. Predicando el Defensor muestra que el constitucionalismo peruano adolece de complacencia para el autoritarismo; y cuando habla de democracia su argumentación se hace literal, principista y banal:

La Defensoría del Pueblo considera que el ejercicio del poder en un Estado Constitucional de Derecho debe regirse bajo los principios de cooperación y de solución democrática. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estos exigen a los poderes del Estado evitar actuaciones obstruccionistas y preferir los mecanismos de diálogo para solucionar las crisis políticas existentes, justamente con el propósito de satisfacer las legítimas demandas de la ciudadanía y los servicios públicos que necesitan (Defensoría del Pueblo, 2019).

23. Es curioso lo que dice del poder político:

Esta forma de entender el ejercicio del poder ha conducido a los actores políticos a la actual crisis institucional. Por un lado, la Defensoría del Pueblo considera que no es posible que el Poder Legislativo haga ineficiente la cuestión de confianza, otorgándola formalmente con los votos, pero en la práctica, desnaturalizando los fines de la solicitud. Por otro lado, asumir que se ha negado fácticamente la cuestión de confianza implica

¹¹ STC Exp. 00006-2018-PI/TC

¹² STC Exp. 00006-2018-PI/TC

abrir un amplio margen de discrecionalidad que podría lindar con la arbitrariedad en el ejercicio de la facultad presidencial de la disolución del Congreso (Defensoría del Pueblo, 2019).

24. Cuando cita hechos y derechos parece creer que es suficiente para tener una posición doctrinal desde el derecho constitucional decir lo siguiente:

Esta situación de crisis institucional, en el que los escenarios previamente señalados fueron gobernados por la lógica de los hechos, y no del Derecho, trajo como desenlace la disolución del Congreso. A criterio de la Defensoría del Pueblo, ambos poderes pudieron evitar llegar a esta situación anómala, pues tuvieron la oportunidad de presentar una demanda competencial ante el Tribunal Constitucional por el supuesto exceso del ejercicio de las competencias del otro, pero no lo hicieron.

25. Cree asimismo que la moral nos salvara de excesos del poder político:

Esta forma de entender el ejercicio del poder ha conducido a los actores políticos a la actual crisis institucional. Por un lado, la Defensoría del Pueblo considera que no es posible que el Poder Legislativo haga ineficiente la cuestión de confianza, otorgándola formalmente con los votos, pero en la práctica, desnaturalizando los fines de la solicitud. Por otro lado, asumir que se ha negado fácticamente la cuestión de confianza implica abrir un amplio margen de discrecionalidad que podría lindar con la arbitrariedad en el ejercicio de la facultad presidencial de la disolución del Congreso.

26. En realidad lo que hace el Defensor es decirnos que el poder es del intérprete. No queda, por la argumentación de la Defensoría sino la buena intención de evitar crisis de poder, que no es lo mismo que crisis políticas, y la 'verdad' de que al intérprete constitucional le corresponde hacer cosas que solo le pertenecen al pueblo depositario del poder constituyente:

De igual forma, la Defensoría del Pueblo considera que, en el actual periodo de interregno parlamentario en el que nos ubicamos, el Tribunal Constitucional debe encontrar una solución constitucional a temas pendientes de resolver como los límites a los decretos de urgencia y las competencias de la Comisión Permanente, entre otros.

CONCLUSIÓN

1. La sentencia que emita el Tribunal, Constitucional sobre el conflicto de competencias constitucionales entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, carecerá de significado político-jurídico, en tanto, por el Auto de admisión de la demanda presentada por el Presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la República, evitara referirse a la naturaleza autoritaria del régimen político de la Constitución de 1993, la que fuera criticada por espuria y por provenir de un golpe de estado y de eventos electorales fraudulentos.
2. La disolución del Congreso de la República en setiembre del 2019 es una manifestación extrema del autoritarismo del régimen político de la Constitución de 1993.
3. El Tribunal Constitucional, que exageró la interpretación de los artículos 32 y 206 de la Constitución del 1993, no puede ni debe pretender sustituir al poder constituyente como el poder único capaz de interpretar y reformar el actual régimen político.
4. El proceso político continuará siendo viciado por un debate sobre el modelo económico o una nueva constitución. Representantes de la Constitución de 1993 aparecen ahora como

demócratas. Las elecciones de enero y sus resultados posibles hacen previsible que no se dará en el 2020 un debate constitucional sobre las reformas que son necesarias para que el Estado y el gobierno puedan encarar los retos del bicentenario de la república. La reforma debe pasar al pueblo. La política coyuntural resta las posibilidades de una reforma viable para el Perú del bicentenario y del siglo XXII.

5. El Auto 3 al afirmar que “no resulta adecuado, por decir lo menos, que uno de tales actores cuestione la imparcialidad del órgano jurisdiccional”, en respuesta a cuestionamientos directos del Presidente de la Comisión Permanente en relación al Auto 1 sobre la eficacia de la sentencia que emita al haberse adelantado opinión, muestra cierta intolerancia que desdice la función mediadora y pacificadora que reclama.

REFERENCIAS

- Espinoza-Saldaña, E. (2002). Presidencialismo latinoamericano: Sus alcances, los riesgos que genera a la plena vigencia del Estado de derecho y algunas notas sobre la viabilidad de las propuestas planteadas al respecto. En C. Mora (coordinadora), Relaciones entre gobierno y congreso (págs. 183-203). Mexico D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Grández, P. (2014). Un debate sobre los principios constitucionales. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Montoya, V. (2016). El proceso competencial en la jurisprudencia (1996-2015). Lima: Tribunal Constitucional del Perú.
- Sosa, J. (2008). Guía práctica sobre el proceso de inconstitucionalidad. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Pueblo, D. d. (2019). Informe Defensorial sobre la crisis política, cuestión de confianza y disolución del congreso. Lima: Defensoría del Pueblo
- Grández, P. (2014). Un debate sobre los principios constitucionales. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

Lumen

Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 213-229

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1821

***UNA MIRADA CRÍTICA A LA APLICACIÓN DE LA
CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ A PROPÓSITO
DEL 30° ANIVERSARIO DEL CONVENIO 169 DE LA
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO***

***A CRITICAL EYE AT THE APPLICATION
OF THE PRIOR CONSULTATION IN PERU TO THE
PURPOSE OF THE 30TH ANNIVERSARY
OF THE 169 CONVENTION OF THE
INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION***

Karen Maribel Rebaza Vílchez
Diana Mileny Uchuypuma Tupia
Jakelín Verónica Nicolás de la Cruz

LUMEN

UNA MIRADA CRÍTICA A LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ A PROPÓSITO DEL 30° ANIVERSARIO DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

A CRITICAL EYE AT THE APPLICATION OF THE PRIOR CONSULTATION IN PERU TO THE PURPOSE OF THE 30TH ANNIVERSARY OF THE 169 CONVENTION OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION

Karen Maribel Rebaza Vílchez
Diana Mileny Uchuypuma Tupia
Jakelín Verónica Nicolás de la Cruz

RESUMEN:

El 27 de junio se cumple el trigésimo aniversario desde que la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el “*Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”. Dicho tratado multilateral, del cual el Perú es parte desde 1994, trajo consigo la responsabilidad estatal de adoptar leyes, políticas y programas específicos enfocados en los derechos y el bienestar de los pueblos indígenas y tribales. Entre los alcances del Convenio, se encuentra el reconocimiento del derecho a la consulta previa, en tal sentido, el presente artículo brinda una reflexión crítica sobre su aplicación en el Perú.

PALABRAS CLAVE:

Consulta previa, Convenio 169 de la OIT, Ley 29785, Legislación Nacional, Legislación Comparada, Pueblos indígenas.

ABSTRACT:

June 27 marks the thirtieth anniversary since the General Conference of the International Labor Organization (ILO) adopted the "Convention 169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries." This multilateral treaty, of which Peru has been a party since 1994, brought with it the state responsibility to adopt specific laws, policies and programs focused on the rights and welfare of indigenous and tribal peoples. Among the scope of the Convention, is the recognition of the right to prior consultation, in this sense, this article provides a critical reflection on its application in Peru.

KEY WORDS:

Preview consultation, ILO Convention 169, Law 29785, National Legislation, Comparative Legislation, Indigenous Peoples.

INTRODUCCIÓN

El 05 de junio de 2009, durante el segundo gobierno del ex Presidente Alan García Pérez, fallecieron 33 personas en el conflicto social denominado “El Baguazo”. Dicho penoso hecho mostró a la opinión pública la necesidad de establecer canales de comunicación más eficientes con los pueblos indígenas en el Perú. La causa del conflicto fue la promoción de una política de inversiones por parte del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos (EEUU), el cual

derivó en acuerdos que aparentemente perjudicaban a las comunidades de la Amazonía y que no fueron tratados directamente con ellas antes de su ejecución¹.

Existen dos vertientes posibles para hablar de los pueblos indígenas en el Perú: 1) la que se deriva de las instituciones de la administración colonial (comúnmente llamadas “comunidades de los andes o la sierra”) y 2) las que se mantuvieron en su mayor parte fuera de este orden administrativo (las llamadas “comunidades nativas” o de la selva). La primera vertiente derivó de la etapa de colonización española; la segunda vertiente, por su parte, de aquellos que no fueron conquistados ni por los incas ni por los españoles y conservaron sus costumbres y tradiciones ancestrales de manera genuina, como es el caso de las comunidades awajún, asháninka, shipibo-konibo, entre otros².

Al respecto, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce el anhelo de estos grupos de asumir el control de sus territorios, sus instituciones, su progreso económico, sus estilos de vida y costumbres, y a que se respete su identidad cultural y étnica. En noviembre de 1994, nuestro país ratificó este Convenio, es decir, tenemos 25 años ejecutando sus disposiciones en nuestro ordenamiento interno.

En ese contexto, el presente artículo de investigación tiene como finalidad analizar las leyes, políticas y problemáticas en materia de Consulta Previa a favor de los pueblos indígenas y originarios, como parte de las obligaciones internacionales que asumió el Perú, y diversos países de la región, al ratificar el citado instrumento.

I. EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales fue adoptado en el año 1989 luego de la revisión del anterior Convenio existente en materia de pueblos indígenas (Convenio 107 de la OIT).

Este instrumento si bien no define con precisión quienes son pueblos indígenas y tribales, proporciona elementos objetivos y subjetivos de los pueblos que pretende proteger. Así, dentro de los elementos que caracterizan a los pueblos tribales se encuentran: las condiciones económicas, culturales, organización social y forma de vida que los distinguen, sus tradiciones y costumbres y su reconocimiento legal especial. Asimismo, indica que los elementos característicos de los pueblos indígenas son: la continuidad histórica, la conexión territorial, y las diferentes instituciones políticas, culturales, económicas y sociales que los distinguen³.

Ahora bien, el Convenio 169 contiene dos premisas básicas: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y reforzar su identidad cultural, sus costumbres, cosmovisiones e instituciones propias; y su derecho de participar de manera efectiva en las decisiones que afecten sus creencias, sus tierras, sus recursos naturales, su bienestar espiritual, entre otros⁴.

Los Estados partes de este instrumento internacional se obligan a adecuar su normativa interna, a ejecutar acciones de acuerdo a los dispositivos establecidos en el Convenio, a iniciar diálogos con las organizaciones e instituciones de los pueblos, asimismo a promover programas educativos contando con la colaboración de las organizaciones e instituciones de los pueblos interesados para

¹ RPP (2016). ¿Qué fue el Baguazo? Causas y consecuencias de una matanza

² Ministerio de Justicia (2014). Los derechos de los Pueblos indígenas del Perú

³ Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2009). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, pág. 9

⁴ Organización Internacional del Trabajo (2015) Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, pág. 11

dar a conocer el Convenio en todos los sectores de la sociedad⁵. Asimismo, los mecanismos de consulta y participación constituyen su piedra angular toda vez que su finalidad no es meramente formal, sino que prevé su participación efectiva en su desarrollo integral⁶.

Sobre el particular, es preciso indicar que los artículos 6 y 7 del citado Convenio son los que reconocen el “derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales en países independientes” señalando que los gobiernos deberán cumplir con lo siguiente:

- Consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
- Establecer los medios adecuados para que los pueblos interesados puedan participar libremente.
- Realizar la consulta en circunstancias apropiadas con la intención de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto a las medidas legislativas o administrativas.

II. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL RELATIVA A LA CONSULTA PREVIA

El Convenio 169 de la OIT ha sido ratificado por veintitrés países, siendo los primeros Noruega, México, Bolivia y Colombia. Luxemburgo, a la fecha, es el último país en ratificarlo luego del depósito realizado el 5 de junio de 2018⁷. Teniendo en cuenta el tema materia de investigación del presente artículo, a continuación, haremos un análisis de la implementación de la consulta previa en países de la región tales como Chile, Brasil, Bolivia y Colombia.

Chile

El Estado chileno ratificó el Convenio 169 de la OIT en el año 2008, pero desde 1993 ya contaba con la Ley 19253, implementada por el Ministerio de Planificación, en donde consideraban que los indígenas “son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”. Así, reconocía como principales etnias de Chile “a la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes”⁸.

En relación a la consulta previa, mediante Decreto 66, de fecha 15 de noviembre de 2015, Chile reguló cinco etapas: a) planificación, b) entrega de información y difusión del proceso de consulta, c) deliberación interna, d) diálogo para alcanzar acuerdos y sistematización y e) comunicación y resultado final⁹. Su Tribunal Constitucional ha señalado que este proceso es autoejecutable o de aplicación directa¹⁰, esto es, que es aplicable directamente por parte de los organismos de la Administración del Estado¹¹.

Brasil

El Estado brasileño ratificó el Convenio 169 de la OIT en el año 2002 de conformidad con su Constitución Federal de 1988 el cual reconoce en su artículo 231 el derecho a la consulta previa a

⁵ Organización Internacional del Trabajo (2015) Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, págs. 73- 74

⁶ Comisión de Expertos (2009). Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79.ª reunión, 2008

⁷ El convenio entró en vigor en Luxemburgo el 05 de junio de 2019

⁸ Meza-Lopehandía (2015). Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación.

⁹ Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6.1.a) y 6.2 del Convenio 169 de la OIT. Esta norma derogó el Decreto Supremo N° 124.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile N° 309 del 4 de agosto de 2000.

¹¹ Parot, G (2014). La procedencia de la Consulta Indígena.

los pueblos indígenas indicando que “(...) *El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético*, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley (...)”. (subrayado nuestro)

Asimismo, cuenta con la Ley N° 13.123/15 promulgada el 20 de mayo de 2015 y el Decreto N° 8.772/16 del 11 de mayo de 2016, ambos referidos a los requisitos para el acceso a los recursos genéticos, la protección y el acceso a los conocimientos tradicionales y la distribución de los beneficios para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

A la fecha, Brasil no cuenta con algún flujograma de las etapas para la realización de la consulta previa, y tampoco existe una normativa acerca de los procedimientos, sin embargo, la Ley N° 13.123/15 y el Decreto N° 8.772/16 señalan estándares mínimos obligatorios para los casos de consulta relacionados con el acceso al conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético al establecer que las consultas se realizarán en lenguaje accesible a las comunidades, teniendo en cuenta las formas tradicionales de organización y representación de la comunidad, y explicando el objetivo del proyecto y el uso que se pretende dar al conocimiento o al área afectada por el mismo y de existir un protocolo comunitario debe obedecerse; estos proyectos requieren que los interesados realicen la consulta bajo supervisión de las autoridades correspondientes y la consulta se hace directamente a las comunidades afectadas¹².

Bolivia

El Estado boliviano fue uno de los primeros países en ratificar el Convenio 169 en el año 1991 mediante la Ley N° 1257. En el artículo 30 inciso 15 de su Constitución Política señala que: “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos gozan de los siguientes derechos: A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan (...)”. (subrayado nuestro)

Asimismo, en el artículo 352 de su Constitución señala que en caso de explotación de recursos naturales en determinado territorio “estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada”. De igual modo, desde la perspectiva de territorialidad indígena en su artículo 403 sostiene que “Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada (...)”.

Asimismo, desde el plano legal Bolivia cuenta con diversa normativa respecto a consulta previa, tales como¹³:

- a) Ley N° 3058, ley de Hidrocarburos, promulgada en 2005 en el cual se hace énfasis en el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 4, 5, 6, 15 y 18 del Convenio 169, de igual modo, plantea que en todos los casos la consulta se debe realizar en dos momentos: previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o

¹² Defensoría del Pueblo (2017). Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa. pág. 124

¹³ Ameller y Chávez (2012). La consulta previa en el Estado boliviano.

proyectos hidrocarburíferos, y previamente a la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental.

Respecto al procedimiento de la realización de la consulta previa señala cuatro etapas:

- a. Coordinación e información
 - b. Organización y planificación
 - c. Ejecución de la consulta
 - d. Concertación
- b) Ley N° 535, Ley de Minería, promulgada en 2014 garantiza el derecho a la consulta previa libre e informada respecto de toda solicitud, para la suscripción de un contrato administrativo minero susceptible de afectar directamente sus derechos colectivos.

Consta de 7 etapas para el procedimiento de consulta previa

- a. Fase preparatoria
 - b. Notificaciones y reuniones de diálogo intercultural
 - c. Representación en plazo máximo
 - d. Deliberaciones y reuniones siguientes
 - e. Mediación y decisión
 - f. Resolución final
 - g. Costos
- c) Ley N° 026, Ley de Régimen Electoral, promulgada en 2010 que establece a la consulta previa como una forma de ejercicio de la democracia directa y participativa convocada por el Estado Plurinacional de forma obligatoria con anterioridad a la toma de decisiones respecto de la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales. Esta ley señala que el proceso debe realizarse de buena fe, informada, libre, previa, con respeto a las normas y procedimientos propios.

Colombia

El Estado colombiano, al igual que Bolivia, fue uno de los primeros países en ratificar el Convenio de la OIT en 1991. En el artículo 330 de su Constitución Política hace referencia directa a la consulta previa, dado que regula que en “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.” (subrayado nuestro)

Actualmente Colombia no cuenta con una ley específica sobre el derecho a la consulta previa, sin embargo, cuenta con un desarrollo procedimental plasmado en diversos decretos presidenciales y sentencias de su Corte Constitucional.

Así, el Decreto 2893 de 2011, por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior, le asigna al Ministerio del Interior el cargo de entidad especializada en materia de consulta previa. Asimismo, cuenta con el Decreto N° 1320 de 1998, reglamento de consulta previa de las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, el cual en crítica de su Corte Constitucional ha sido lamentablemente inaplicado en diversas ocasiones¹⁴.

¹² Defensoría del Pueblo (2017). Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa, pág. 40

III. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

El derecho la consulta previa no se encuentra señalada en nuestra carta magna de manera explícita, sin embargo, ha sido reconocida por el Estado peruano con la ratificación de diferentes instrumentos internacionales tales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁵ y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶.

Es necesario afirmar que este dispositivo consuetudinario también es un principio general del Derecho Internacional en el cual se busca garantizar la participación de los pueblos tribales y comunidades indígenas, la libre determinación de los pueblos, el derecho a la propiedad comunal, identidad cultural, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, entre otros¹⁷.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano competente de la Convención Americana de Derechos Humanos, indica que la naturaleza del derecho a la consulta previa responde a una obligación convencional y a un principio general del derecho internacional, es decir, que los estados deben respetar los mecanismos requeridos para garantizar cada etapa de la consulta, sin perjuicio de lo que pueda estar señalado en el ordenamiento jurídico interno¹⁸.

Nuestro Tribunal Constitucional, no ajeno a esta obligación estatal, reconoce a la consulta previa como un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos, toda vez que les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan; asimismo, señala que la consulta previa es un mecanismo de participación que permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, promoviendo así la participación ciudadana de las comunidades nativas en la formulación de decisiones para preservar su cultura, costumbre y formas de vida, y su identidad.¹⁹ Sobre el particular, en el caso conocido como “Cordillera Escalera” ha señalado que la base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa es la libre autodeterminación de las comunidades nativas y la concepción que tienen sobre la tierra²⁰.

Aunado a ello, ha establecido una serie de características y principios que configuran el proceso de consulta, estos son: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) la transparencia, y e) la implementación previa del proceso de consulta; y ha delimitado el contenido constitucionalmente protegido de este derecho: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. Cabe indicar que el Tribunal Constitucional señaló a su vez que no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.²¹

¹⁵ Artículo 18: Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

¹⁶ Artículo 19: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

¹⁷ Artículo 23: (...) En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

¹⁸ Artículo XVIII Salud, numeral 4: (...). Los Estados en consulta y coordinación con los pueblos indígenas promoverán sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos y sanitarios que se provean en las comunidades indígenas, incluyendo la formación de técnicos y profesionales indígenas de salud

¹⁹ Artículo XX Derechos de asociación, reunión, libertad de expresión y pensamiento, numeral 4: Los Estados adoptarán, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, medidas efectivas para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de estos derechos, por lo tanto, su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para el Estado.

²⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0022-2009-PI/TC de 09 de junio de 2010, Caso Tuanama Tuanama contra el Decreto Legislativo N.º 1089.

Teniendo en cuenta lo antes indicado, resulta necesario realizar una breve argumentación doctrinaria en relación a algunos derechos que abarca la Consulta Previa, tales como²²:

3.1. Derecho de Participación

Este derecho se aprecia en el artículo 6.1 literal b) del Convenio 169 de la OIT, indicando que los pueblos tienen derecho a participar en decisiones administrativas e institucionales que les concierne, es decir, tienen la facultad de intervenir en cualquier decisión que les afecte, esto con la finalidad de empoderar a este sector vulnerable sobre sus derechos.

3.2. La libre determinación de los Pueblos

Por el derecho a la libre determinación, que es intrínseco a todos los pueblos, los pueblos indígenas definen de modo autónomo su forma de vida y prioridades de desarrollo. El Estado está obligado a respetar tal derecho, y no tiene atribución para imponerles modelos de desarrollo no deseados por tales pueblos.

3.3. Derecho a la Propiedad Comunal

La propiedad comunal es un derecho fundamental reconocido en el inciso 16 del artículo 2, artículo 88 y 89 de la Constitución Política que faculta al propietario a usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Es responsabilidad del Estado y sus autoridades aplicar los mecanismos necesarios para registrar o formalizar la propiedad de la posesión de las tierras que ocupan o utilizan las comunidades y que cubre la totalidad de su hábitat. Este derecho es otorgado por el Estado siempre y cuando los pueblos comprueben que las tierras que poseen les hayan pertenecido en el transcurso de la historia.

3.4. Identidad Cultural

La identidad cultural se manifiesta en dos sentidos, el primero se refiere al factor endógeno, y el segundo al factor exógeno, esto quiere decir, cómo se identifica cada comunidad de manera individual, y cómo los demás lo perciben, respectivamente.

3.5. Derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado

Este derecho se relaciona con la necesidad de gozar de un ambiente sano y limpio para una vida digna y placentera. Lamentablemente, la ambición humana ha provocado el daño de los territorios de las comunidades y los pueblos indígenas afectando así, sus recursos naturales, biodiversidad, fauna, flora, entre otros.

IV. DESARROLLO NORMATIVO INTERNO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Ley 29785

La Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos indígenas u Originarios, fue aprobada en agosto de 2011, desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento de derecho a la Consulta Previa.²³

Según esta Ley, los pueblos indígenas u originarios, titulares de este derecho, pueden participar

²² Ministerio de Cultura (2016). Derechos colectivos de los pueblos indígenas

²³ La Ley fue aprobada con vacatio legis de 90 días con la finalidad de que las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello.

en los procesos de consulta mediante sus organizaciones representativas las cuales son elegidas acorde a sus usos y costumbres.

Esta herramienta legal tiene como finalidad alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios en relación a las medidas tanto administrativas como legislativas que le pueden afectar de manera directa²⁴, por ello, es necesario que los pueblos que se consideren afectados directamente tengan la información idónea para intervenir en la toma de decisiones.

Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785.

El Decreto Supremo 001-2012-MC fue promulgado con la intención de reglamentar la Ley de Consulta Previa y con ello regular el acceso a la consulta, las características propias del proceso de consulta, así como la formalización de los acuerdos derivados del proceso de consulta.

Este Reglamento se aplica a las medidas administrativas dictadas por el Poder Ejecutivo, así como guía a los Decretos Legislativos. Sus disposiciones son aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta que tengan a su cargo.

A diferencia de la Ley 29785, el Reglamento presenta un desarrollo más amplio del proceso de consulta previa, regulando las etapas, procedimientos, plazos y formas de llevar a cabo el proceso.

Según el presente Decreto Supremo, el proceso de la Consulta Previa comienza con la identificación de la medida legislativa o administrativa objeto de consulta y termina con la decisión, la cual debe estar debidamente motivada teniendo en cuenta las sugerencias, puntos de vista, recomendaciones proporcionados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso, asimismo analizando las consecuencias que implicaría la adopción de una medida en relación con sus derechos colectivos.

Cuadro del proceso de consulta previa

Identificación de la medida legislativa o administrativa	<ul style="list-style-type: none"> - Está a cargo de las entidades estatales. - Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden requerir la aplicación de la Consulta previa remitiendo su petitorio a la entidad estatal promotora de la medida. - Si se desestime el pedido se puede impugnar ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder ejecutivo. - Si se agota vía administrativa se puede acudir a órganos jurisdiccionales compuesta
Identificación de los pueblos indígenas	<ul style="list-style-type: none"> - Está a cargo de las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa - Debe tenerse en cuenta: <ol style="list-style-type: none"> 1. La base del contenido de la medida legislativa o administrativa. 2. El grado de relación directa con el pueblo indígena. 3. El ámbito territorial de su alcance.
Publicidad de la medida	<ul style="list-style-type: none"> - Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios. - Asimismo, deben entregar el Plan de Consulta con: <ol style="list-style-type: none"> 1. Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados. 2. Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores 3. Metodología del proceso de consultar, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán 5. Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso - Culmina con la entrega de la propuesta de la medida y el Plan de Consulta

²⁴ Artículo 3º: La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

Información de la medida	<ul style="list-style-type: none"> - Las entidades promotoras deben brindar información sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. - Dura entre treinta y sesenta días calendario, según establezca la autoridad promotora
Evaluación interna	<ul style="list-style-type: none"> - Se debe contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa. - Se debe brindar apoyo logístico a los pueblos indígenas para la realización de la etapa de evaluación interna - Los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la entidad promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta.
Diálogo	<ul style="list-style-type: none"> - Sobre las posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, así como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan - En el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, la etapa de diálogo se realiza en la sede de la entidad promotora, y en el caso de consulta de actos administrativos se realiza en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígenas. - Se debe cubrir los costos de los traslados, alimentación y alojamiento de los o las representantes del o de los pueblos indígenas y de los miembros de organizaciones representativas indígenas - El período máximo de esta etapa será de treinta días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes
Decisión	<ul style="list-style-type: none"> - La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios. - El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes.

Elaboración propia

Fuente: Ley 29785 y Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785.

Para que sea efectiva la consulta es necesario que haya buena fe, esta figura reviste la falta de cualquier tipo de amenaza o coerción por parte del estado o de terceros, no debe afectar de ninguna manera la voluntad de los miembros de los sectores afectados. Asimismo, es deber del Estado corroborar, según el caso, que todas las etapas de la consulta fueron garantizadas de manera eficaz y eficiente.

La implementación de la ley de Consulta Previa ha tenido ciertas deficiencias en la práctica lo que ha conllevado en muchos casos a que no haya un correcto proceso de consulta, generando así engorrosas situaciones en las que los pueblos indígenas y el Estado se ven enfrentados en una lucha que parece no tener fin.

Uno de estos problemas es la implementación de la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originario- BDPI. Dicho instrumento no ha sido implementado conforme a las exigencias del artículo 20 de la Ley N° 29785²⁵, ya que no cuenta con la identificación de los líderes o representantes y el

²⁵ Artículo 20 de la Ley 29875: Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

período y poderes de representación, así como tampoco cuenta con las normas de organización y los estatutos de cada pueblo indígena u originario. Si bien el Perú cuenta con diversos pueblos indígenas y esto dificulta una correcta y efectiva implementación de la Base de Datos, ya han transcurrido aproximadamente 7 años de la promulgación de esta ley, tiempo suficiente para una correcta implementación.

Otro de los problemas, está referido al artículo 16 de la citada Ley²⁶, en el cual se señala que para realizar la consulta se tomará en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios y para ello se debe contar con intérpretes debidamente preparados. Según cifras, el Perú cuenta con 48 lenguas indígenas, y sólo en la Amazonía se hablan 44 de ellas, sin embargo, el registro de traductores e intérpretes del Ministerio de Cultura solo cuenta con traductores e intérpretes para 27 lenguas indígenas, lo que constituye un gran desafío en el proceso de consulta.²⁷

Por otro lado, cabe indicar que otra gran problemática es la implementación del mapa etnolingüístico ordenado por el Tribunal Constitucional. Dicho tribunal en su sentencia N° 00889-2017-PA/TC, del 17 de abril de 2018, dispuso que en un plazo no mayor a seis meses el Ministerio de Justicia conjuntamente con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, sin embargo, a la fecha, no ha sido implementado.

V. POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA

Las políticas públicas son acciones que realizan los gobiernos con el objetivo de dar soluciones a las demandas de la sociedad²⁸ y su responsabilidad recae en manos del Poder Ejecutivo. Teniendo en cuenta que la formulación de políticas públicas es importante para la implementación de leyes en materia de consulta previa, hemos considerado necesario señalar como se ha llevado este proceso en el caso filipino y chileno, como países referente en materia de políticas públicas.

Filipinas

En Filipinas, el Artículo 50° de la Ley de Derechos de los Pueblos indígenas de 1997 establece la creación de un Consejo Consultivo formado por dirigentes tradicionales, ancianos y representantes de los sectores de mujeres y jóvenes de los diferentes pueblos indígenas, el cual se encargaría de asesorar a la Comisión Nacional para los Pueblos Indígenas (NCIP) en las cuestiones relacionadas con los problemas, aspiraciones e intereses de los pueblos indígenas.

En 2003, la NCIP adoptó los Lineamientos para la Constitución y Operatividad del Consejo Consultivo, los cuales reconocían la constitución de Consejos Consultivos en los ámbitos nacional, regional y provincial y, además, en el ámbito comunitario cuando se presente la necesidad de llevar adelante consultas más focalizadas. Asimismo, se convocó al Consejo Consultivo para deliberar sobre los aspectos y preocupaciones trascendentes de los pueblos indígenas y para aportar opiniones o efectuar recomendaciones sobre las políticas que debería adoptar la Comisión²⁹.

²⁶ Artículo 16°: Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo

²⁷ Sistema de las Naciones Unidas en el Perú, 2019.

²⁸ Ruiz López y Cárdenas Ayala (2005). ¿Qué es política pública?

²⁹ Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. pág. 73.

Después de 6 años, la Comisión Nacional para los Pueblos Indígenas (NCIP) aprobó lineamientos la Constitución y operatividad del Consejo Consultivo, los cuales identifican la naturaleza del Consejo Consultivo en los ámbitos nacional, regional y local. El presente instrumento consultivo es el encargado de decidir sobre los temas fundamentales de las Comunidades Originarias, con la finalidad de formular opiniones o recomendaciones que coadyuven con la problemática.

Chile

La historia chilena está enmarcada en la reconstrucción de las bases democráticas, la participación ciudadana y los Pueblos Indígenas. En 1989, gracias al candidato presidencial Patricio Aylwin se fijó el primer encuentro nacional indígena, el cual se denominó “*Acuerdo Nueva Imperial*”, el cual consistió en incentivar una política de diálogo y participación en favor de los Pueblos Originarios.

En esta reunión se acordó la recuperación de tierras, el reconocimiento de derechos reconocidos a través de instrumentos internacionales, la creación de una nueva institucionalidad para los asuntos indígenas (la creación de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, de un Fondo Nacional de Etnodesarrollo y una Comisión Especial de Pueblos Indígenas para estudiar una nueva legislación)³⁰

Una vez elegido el candidato Patricio Aylwin en 1990, se estableció la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), la cual tenía por objeto proponer un anteproyecto de ley, además de implementar un programa de acción para cubrir las necesidades más apremiantes de la comunidad originaria. Pero, recién en el año 1993 se promulga la ley 19.253, Ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas (Ley Indígena), dando reconocimiento por primera vez a que los Pueblos Indígenas integren la Nación Chilena, por lo cual, el Estado estaba en la obligación de proteger sus Derechos Colectivos. Además, surgió la aprobación del derecho consuetudinario indígena, por ende, se establece un sistema de justicia especial (jueces de paz indígenas), con la finalidad de resolver asuntos menores que acontecen en la comunidad.³¹

Con la ley anteriormente citada, se creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), que como institución pública era la responsable de la política en favor de los Pueblos Indígenas u Originarios, aunque es necesario advertir que tuvo muchas limitaciones, ya que hubo una gran resistencia por parte de la oposición conservadora. Esta entidad es la encargada de crear estrategias para la correcta formulación e implementación de las políticas públicas enfocadas en las comunidades originarias.

VI. POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNAS EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA

A lo largo de la historia peruana, los pueblos indígenas han sido apartados de la Política Nacional, ya que han existido desigualdades para poder comprender las necesidades y derechos de las Comunidades Campesinas y Nativas, en el marco de su identidad cultural y cosmovisión.

Debido a esta problemática, el Estado decidió implementar una Política que garantice el reconocimiento y protección progresiva de sus Derechos Colectivos, a través de un sistema de monitoreo y evaluación, a través del Plan Nacional de Derechos Humanos, el cual es el resultado de un conjunto de esfuerzo y trabajo en equipo, en el participaron: el Estado, la sociedad civil y la cooperación internacional. En abril de 2018 se creó el tercer Plan Nacional de Derechos Humanos

³⁰ Aylwin, 2005 Pueblos indígenas de Chile antecedentes históricos y situación actual.

³¹ Salguero, 2014. Reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala y Chile.

2018-2021, el cual establece 13 grupos de especial protección, entre los cuales encontramos a los Pueblos Indígenas y para ello comprende objetivos y acciones estratégicas.³²

En relación a la consulta previa, el responsable de la Acción Estratégica es el Ministerio de Cultura y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por ende, son los encargados de implementarlo y fiscalizarlo. Al respecto, es necesario advertir que el propio Plan Nacional ha identificado que, lamentablemente, a la fecha de su expedición, ningún gobierno regional ha identificado medidas concretas respecto a la implementación del proceso de consulta previa, y tampoco existe una línea base en el porcentaje de mujeres lideresas indígenas³³.

VII. DESAFÍOS EN LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Desde la implementación del Convenio 169 de la OIT, el Perú ha alcanzado logros significativos en materia de consulta previa, sin embargo, tal como señala Richard Rubio³⁴ todavía hay un camino largo por recorrer, por ello, el Estado debe seguir impulsando políticas inclusivas para los Pueblos Indígenas u Originarios en el ejercicio de su derecho a la consulta previa, en relación a los siguientes puntos:

- a. Mejor calidad y mayor difusión de la información de la Consulta previa por parte del Estado, toda vez que sólo habilita talleres informativos para las poblaciones afectadas, y en muchas ocasiones traslada esta responsabilidad a las empresas que pretenden realizar actividades de exploración o extracción.
- b. El carácter vinculante del proceso de consulta previa, es decir, que cada vez que se realice una consulta, el Estado deberá obtener el consentimiento de las Pueblos Indígenas u Originarios para la realización de sus actividades económicas.

En la actualidad existen tres supuestos donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatorio: en caso de desplazamiento forzoso, en caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas, y en los casos de ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de gran escala. Respecto a los supuestos anteriormente mencionados, es necesario afirmar que los dos primeros fueron citados en la Declaración de la ONU y el último fue señalado por la Corte Interamericana en el Caso de Saramaka vs. Surinam.³⁵

En ese mismo sentido, los supuestos recogidos por nuestra legislación son la primera y la segunda, sin embargo, no reconoce el tercer supuesto, que involucra el consentimiento obligatorio para la enajenación de tierras, territorios o recursos naturales, megaproyectos, entre otros³⁶. Ello, sin duda, debería ser sujeto a un mejor análisis en cumplimiento de los estándares internacionales en la materia.

- c. Implementación de una plataforma intercultural por parte del Ministerio de Cultura, la cual debe contener una base de datos de los distintos Pueblos Indígenas u Originarios del Perú, el cual debe ser de fácil acceso y actualizada de manera permanente. Asimismo, es necesario la elaboración de una cartografía social, donde los integrantes de la comunidad realizan un bosquejo de su territorio y lo materializan a través de un mapa.

³² Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021. Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. pág.143

³³ Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021. Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. págs.145- 145

³⁴ Presidente de la Federación de Comunidades Nativas del Medio Napo, Curaray y Arabela.

³⁵ Salmón, Bregalio, Ocampo y Olivera, 2012. La Consulta Previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Pág. 58

³⁶ Salmón, Bregalio, Ocampo y Olivera, 2012. La Consulta Previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Pág.127

En relación a la cartografía social, cabe indicar que una ha sido implementada por Colombia con el objetivo de reconocer los peligros, incertidumbres y efectos negativos que se vienen desarrollando en su territorio a lo largo de los años, en materia de seguridad alimentaria, actores armados, daños ambientales, seguridad en las comunidades e irrespeto de los lugares sagrados³⁷.

- d. Implementación de un ente fiscalizador y sancionador, que coadyuvará a realizar monitoreos y verificaciones acerca del cumplimiento de los acuerdos tomados en el proceso de consulta previa, esto con miras a transformar la política de estado en materia de consulta previa. La presente institución tendría como objetivo verificar la correcta aplicación después de la fase de la decisión, y también podría sancionar con medidas administrativas en caso de incumplimiento.
- e. Sistema de articulación, de tal manera que solo un ente del Estado aborde el proceso de consulta previa, ya que en la actualidad el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Cultura mantienen labores en relación a la consulta previa.

La ley 29785 ha establecido que el encargado de coordinar e implementar políticas públicas referidas a este derecho es el Viceministerio de Interculturalidad, que pertenece al Ministerio de Cultura, sin embargo, la responsabilidad específica de la coordinación de las consultas es de la Dirección General de Derechos de los Pueblos de dicho Ministerio. Esta oficina se encarga de promover la implementación del derecho a la consulta previa, coordinar con las entidades promotoras para que lleven a cabo los procesos de consulta, mantener un registro de los resultados y realizar labores de sensibilización.

El Ministerio de Energía y Minas desde el 2015 también ha venido realizando procesos de consulta, sin embargo, han surgido inquietudes y cuestionamientos dado que en ciertos proyectos de inversión minera se han resistido a aplicar el proceso de consulta previa bajo la justificación que varias comunidades habrían renunciado al ejercicio de este derecho³⁸.

- f. Crear espacios de diálogo intercultural efectivo en materia de consulta previa, el cual busque la participación política, económica, educativa, social y cultural en favor de los Pueblos Indígenas u Originarios.

El presente criterio marcaría un hito en la historia peruana, ya que brindará un espacio de escucha activa hacia un sector olvidado de nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

- a) La consulta previa constituye un derecho fundamental de los Pueblos indígenas u Originarios toda vez que es una garantía de protección para sus derechos colectivos tales como la participación, la libre determinación, la propiedad comunal, identidad cultural y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.
- b) La implementación de la Ley 29785, trajo consigo un gran avance en cuanto a la protección del derecho a la consulta previa reconocido en el Convenio 169 de la OIT, sin embargo, a siete años de su promulgación, aún hay retos pendientes para garantizar una correcta protección y acceso al proceso de consulta previa.
- c) En legislación comparada, podemos observar que diversos países latinoamericanos como Chile, Bolivia, Brasil y Colombia están en constante evolución. De ellos, cabe resaltar la

³⁷ Plan de Salvaguarda étnico del Pueblo Wounaab de Colombia. Pág. 14.

³⁸ Sanborn, Hurtado, Ramírez, 2016. *La consulta previa en el Perú: avances y retos*

política interna boliviana la cual podría ser un buen referente de aplicación al caso peruano ya que toma en cuenta una distinción en la aplicación de la consulta previa según el tipo de actividad económica a ser posiblemente ejecutada.

- d) El carácter vinculante de la consulta previa es de necesaria implementación en cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Saramaka vs. Surinam*, en el entendido que representa un estándar interamericano en la materia.

RECOMENDACIONES

- a) A poco de celebrarse el bicentenario, nuestro país enfrenta grandes desafíos respecto a la correcta implementación de la ley de consulta previa, lo que implica un gran reto para nuestra sociedad, pues como toda norma jurídica tiene brechas de aplicación, las cuales tendrán que ser resueltas con calidad y eficiencia, asegurando el respeto de los derechos colectivos de nuestros pueblos indígenas y originarios.
- b) Es necesario que nuestro país realice convenios de cooperación con los países que han ratificado el Convenio 169, con la finalidad de realizar intercambio de buenas prácticas, para así aprender y reforzar nuestras políticas de Estado en materia de consulta previa.
- c) Es fundamental que el Estado peruano implemente la transversalización del enfoque intercultural dentro de las políticas públicas, con el objeto de ponderar las ideologías y costumbres de cada población, y con ello, asegurar la participación continua y permanente de los pueblos indígenas u originarios en materia de consulta previa.
- d) Resulta importante crear un sistema económico que tenga como función indemnizar a los pueblos indígenas u originarios por los procesos de consulta que no se hayan realizado desde 1995, año en el que nuestro país ratificó el Convenio 169, con el objeto de reparar los daños causados.

BLIBLIOGRAFÍA

- Alegre, A (2010). Derecho al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo “de la vida”. Recuperado de: <http://www.adaalegreconsultores.com.pe/articulos/articulo8a.pdf>
- Ameller, V y Chavez, D (2012). La consulta previa en el Estado boliviano. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3511/4.pdf>
- Aylwin, J (2005). Pueblos indígenas de Chile antecedentes históricos y situación actual. Recuperado de: http://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/hist_doc_gen/POdocgen0004.pdf
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2014). Decreto 66. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961>
- Centro de Políticas Públicas: Chile. Consulta indígena es norma autoejecutable, justiciable y distinta a consulta ambiental. Texto de la Sentencia Corte de Puerto Montt. Recuperado de: <http://www.politicaspublicas.net/panel/jp/668-rol-36-2010.html>
- Comisión de Expertos (2009). Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79.^a reunión, 2008. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_305844.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

- Defensoría del Pueblo (2017). Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa Incluye experiencias de instituciones invitadas de Argentina, Brasil y Guatemala. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Libro-Buenas-practicas-defensoriales-en-consulta-previa-2017.pdf>
- Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2009). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf
- Grimaldo, M (2006). Identidad y política cultural en el Perú. Recuperado de: <http://www.scielo.org.pe/pdf/liber/v12n12/a03v12n12.pdf>
- Meza-Lopehandía, M (2015). Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22363/1/FINAL%20-%20Consulta%20previa%20ind%C3%ADgena%20en%20Chile%20-%20marco%20jur%C3%ADdico%20e%20implementaci%C3%B3n.pdf>
- Ministerio de Cultura (2014). Derecho a la Consulta Previa. Recuperado de: <http://repositorio.cultura.gob.pe/bitstream/handle/CULTURA/511/Derechoalaconsultaprevia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ministerio de Cultura (2014). Derecho de los pueblos indígenas en el Perú. Recuperado de: <http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/DerechosdelospueblosindigenasenelPeruMaterialesdecapacitacion2.pdf>
- Ministerio de Cultura, (2016). Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios. Lima: Ministerio de Cultura.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018). Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Organización de los Estados Americanos: Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo (2019). Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314
- Organización Internacional del Trabajo (2015). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Parot, G (2014). La procedencia de la Consulta Indígena. Recuperado de <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/102356/la-procedencia-de-la-consulta-indigena>
- Plan de salvaguarda étnico del pueblo Wounaan de Colombia. Disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/p.s_wounaan_choco.pdf
- Ruiz, D y Cárdenas, C (2005). ¿Qué es política pública? Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8122BC01AACC9C6505257E3400731431/\\$FILE/QU%20ES%20UNA%20POL%20P%20BLICA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8122BC01AACC9C6505257E3400731431/$FILE/QU%20ES%20UNA%20POL%20P%20BLICA.pdf)
- Ruiz, J. (2014). Problemas Jurídicos en la implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los “pretextos jurídicos” del gobierno para incumplirla. Lima: Derecho & Sociedad
- RPP (2016). ¿Qué fue el Baguazo? Causas y consecuencias de una matanza. Recuperado de: <https://rpp.pe/peru/actualidad/que-fue-el-baguazo-causas-y-consecuencias-de-una-matanza-noticia-996965>
- Salguero, A (2014). Reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Guate-

- mala y Chile. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/131927/Reconocimiento-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-guatemala-y-chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Salmón, E; Bregalio, D; Ocampo, D y Olivera, J (2012). La Consulta Previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
 - Sanborn, C; Hurtado, V y Ramírez, T (2016). La consulta previa en el Perú: avances y retos. Recuperado de: <http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1195/DI6.pdf?sequence=6>
 - Sistema de las Naciones Unidas en el Perú (2019). La importancia de las lenguas indígenas para el desarrollo. Recuperado de: <https://onu.org.pe/noticias/ano-lenguas-indigenas-peru-desarrollo/>
 - Tribunal Constitucional de Chile (2000). Sentencia N° 309. Recuperado de <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/jp/678-sentencia-tribunal-constitucional-rol-309-agosto-2000.html>
 - Tribunal Constitucional (2009). EXP. N° 03343-2007-PA/TC. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>
 - Tribunal Constitucional (2009). EXP. N° 06316-2008-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.pdf>
 - Tribunal Constitucional (2010). EXP. N° 0022-2009-PI/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>
 - Tribunal Constitucional (2011). EXP. N.° 00025-2009-PI/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html>
 - Tribunal Constitucional (2018). EXP. N° 00889-2017-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf>.
 - Yrigoyen, R (2011). El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. Recuperado de: http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

Lumen

Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 230 -238

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1824

***LA ESTIMATIVA JURÍDICA DE LOS
CARGOS DE CONFIANZA***

***THE LEGAL ESTIMATE OF TRUST
CHARGES***

Jorge Luis Godenzi Alegre

LUMEN

LA ESTIMATIVA JURIDICA DE LOS CARGOS DE CONFIANZA

THE LEGAL ESTIMATE OF TRUST CHARGES

Jorge Luis Godenzi Alegre

RESUMEN:

Nuestro ordenamiento jurídico, empezando por la Carta Magna, establece protección y garantías para el trabajador que pueda ser víctima de un despido arbitrario. No hace distinción alguna cuando hace esa referencia; sin embargo, nos encontramos ante un espinoso problema al presentarse la particularidad de una relación laboral que repentinamente concluye por decisión exclusiva del empleador, al alegar éste, como justificación de ese despido arbitrario, la pérdida de confianza que le suscita el trabajador. Así de simple.

Ahí está la cuestión que vamos a desarrollar en el presente artículo, que no depende de la legislación interna (Decreto Supremo No. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y otros) ni de las variedades que constituyen algunas decisiones plenarios de la Corte Suprema o sentencias del Tribunal Constitucional, sino de analizar esta cuestión desde la razón teórica y práctica, sin discriminación, ni hechos diferenciados que valgan, por más matices que los magistrados hayan encontrado finalmente en sus resoluciones, pues no basta solo la discrecionalidad de la decisión que toma el empleador; me parece, en todo caso, que debería de llevarlo a cabo siempre con prudencia, razonabilidad y respeto a los derechos fundamentales de cualquier trabajador.

La realidad en el área laboral es muy activa, pero los equilibrios se aceleran y la complejidad de las transformaciones de hoy nos imponen repensar cómo estimamos los cargos de confianza. Será mejor habituarse a ello: se avecinan temporadas en las que esa palabra no volverá a ser como antes.

PALABRAS CLAVES:

Trabajador de confianza – Derechos fundamentales – Despido arbitrario – Responsabilidad – Causa justa – Legislación – Constitución Política

ABSTRACT:

Our legal system, starting with the Magna Carta, establishes protection and guarantees for the worker who may be the victim of arbitrary dismissal. He makes no distinction when he makes that reference; However, we are faced with a thorny problem when the particularity of an employment relationship arises that suddenly concludes by exclusive decision of the employer, by claiming this, as a justification for that arbitrary dismissal, the loss of confidence that the worker raises. It's that simple.

There is the question that we are going to develop in this article, which does not depend on internal legislation (Supreme Decree No. 003-97-TR, Law on Labor Productivity and Competitiveness and others) or on the varieties that constitute some plenary decisions of the Supreme Court or judgments of the Constitutional Court, but to analyze this issue from the theoretical and practical reason, without discrimination, or differentiated facts that are worth, no matter how nuances the judges have finally found in their resolutions, because not only the discretion of the decision the employer makes; It seems to me, in any case, that I should always carry it out with prudence, reasonableness and respect for the fundamental rights of any worker.

The reality in the workplace is very active, but the balances are accelerating and the complexity of today's transformations imposes us to rethink how we estimate trust positions. It will be better to get used to it: seasons are coming when that word will never be as before.

KEY WORDS:

Trusted worker - Fundamental rights - Arbitrary dismissal - Responsibility - Just cause - Legislation - Political Constitution

I. INTRODUCCIÓN

Lo igual se dice sólo de lo distinto, expresa en el Filebo Platón cuando se atribuye un mismo nombre a cosas que por su naturaleza son distintas. En eso nuevamente nos vuelve a cautivar el maestro griego si desplazamos aquella luminosa afirmación al ámbito laboral en los casos de los trabajadores que habiendo ocupado cargos de confianza luego son “legítimamente” despedidos.

Este artículo tratará de examinar situaciones diferentes que se encuentran sujetas a un mismo nombre. Y, cuando afirmamos que ambas son distintas entre sí, estamos considerando la posibilidad de contrastar algunas explicaciones desde la racionalidad del legislador y desde la racionalidad de las decisiones jurídicas (plenos jurisdiccionales, plenos casatorios, doctrina jurisprudencial y sentencias del Tribunal Constitucional).

En consecuencia, la pregunta respecto de qué ocurre si un trabajador, que habiendo desempeñado un cargo de confianza con suma idoneidad en términos profesionales y que además contribuye con su eficiencia laboral a la productividad de la empresa, inesperadamente ese trabajador es repentinamente el destinatario de una secuela de insidiosas e inexactas incriminaciones que se difunden a través del papel cuché o de algún medio de comunicación, y en clara contraposición con la presunción de la inocencia, el empleador inmediatamente lo destituye por su incapacidad para seguir ocupando ese cargo de confianza.

En esta dramática circunstancia, o en otras semejantes, para el pasmado trabajador se configuraría el cuadro propicio para la ejecución del despido arbitrario y por tanto el derecho a exigir el pago de una indemnización por el daño moral que se le habría infligido o acaso sería un acto legítimo, amparándose el empleador en la libertad de empresa y en su amplio margen de discrecionalidad.

Nuestra legislación laboral establece que un trabajador solamente puede ser despedido por alguna de las razones o causales expresamente señaladas por la ley, y por añadidura se le exige al mismo empleador ofrecer la probanza necesaria que justifique ese despido.

Si bien es cierto todo despido debe estar respaldado por la legalidad, también es cierto que además debe de efectuarse ciñéndose a los ineludibles procedimientos de carácter formal y sustancial que es lo que finalmente le va a otorgar validez legal al despido.

Si la destitución del trabajador que ocupa el cargo de confianza se ha realizado soslayando estos elementos condicionantes, entonces nos encontramos ante el comprometidísimo dilema: estimar ese despido como arbitrario e írrito, o considerársele como una destitución legítima.

Acontinuación, vamos a proceder al análisis comparativo de lo que la legislación, la jurisprudencia y doctrina estiman y evalúan para los cargos de confianza a fin de ir delineando algunas modestas pistas y de esa manera intentar desenredar el problema que nos plantea el oceánico Platón: ¿con qué grado de autenticidad y veracidad hablamos cuando atribuimos un mismo nombre a cosas, ninguna de las cuales es por completo idéntica a las otras?

Es habitual que en la planilla de algunas empresas figuren puestos de trabajo, cuyo elemento diferenciador se encuentra en la relación de confianza que existe entre el empleador con algún trabajador que va a ocupar ese cargo.

Se colige por tanto de puestos de trabajo en el que la contratación del trabajador que habrá de ocuparlo no se inscribe exclusivamente en razones objetivas, vinculadas a la idoneidad profesional o destreza en el desempeño de sus funciones al momento de desempeñarlo, sino que también surge de un vínculo subjetivo entre el empleador y ese trabajador, que resulta decisivo para integrarlo como trabajador de la empresa. Por supuesto que en algunas situaciones esta terminología está sujeta a variaciones para definirlo: puestos de confianza, cargos de confianza o colocaciones de libre designación.

En nuestra legislación la descripción del trabajador de confianza la encontramos en el artículo 43° del Decreto Supremo N° 03-97-TR que dispone:

“Artículo 43°: Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

De la lectura del aludido artículo se puede certificar que no es la propia persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza, sino la naturaleza misma de la función, es lo que en última instancia limita la condición laboral del empleado y para que una persona sea nominada como de confianza, el trabajador debe ceñirse a los siguientes requerimientos:

UNO. - Debe necesariamente trabajar en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección de la empresa empleadora. Cuando se hace referencia a los trabajadores de dirección se hace referencia a una minoría que toma las decisiones más relevantes de la empresa y quienes se ven apoyados por los trabajadores de confianza. La calificación específica de estos últimos no es absoluta ya que depende fundamentalmente de la estructura organizativa de cada empresa. En algunos casos el personal de dirección está conformado por el Gerente General y algunos otros pocos Gerentes. En otros puede ser por ejemplo el Gerente General y el Sub-Gerente General o extraordinariamente por un acuerdo de la junta general de accionistas.

DOS. - Debe tener entrada y acercamiento a secretos comerciales, industriales, o profesionales y a información de carácter reservado del empleador o en su defecto de la empresa empleadora. Además, se comprende que sólo un trabajador que posea la absoluta confianza de su empleador puede tener acercamiento a todo ese tipo de documentación o información. Es importante admitir la probabilidad de que un trabajador solo ejerza sus funciones en estrecho contacto personal y directo con el empleador, mas no tener acceso a información reservada o confidencial.

TRES. - Otro trascendente elemento radica en que las opiniones o informes de los trabajadores con cargo de confianza son directamente presentados ante el personal de dirección, coadyuvando de esa manera a la orientación y a la toma de las decisiones empresariales. Es el típico caso de los consejeros o asesores empresariales.

La legislación también prescribe la participación del empleador en la calificación del cargo de confianza. Pues el artículo 59° del D.S. 03-97-TR señala el procedimiento, el citado artículo cita textualmente

Artículo 59°- Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, señalados en el Artículo 77° de la Ley, el empleador aplicará el siguiente procedimiento:

- a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;

- b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y,
- c) Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

De la lectura del artículo se desprende que la observancia de los elementos antes descritos no es suficiente para calificar a un empleado como trabajador de confianza, también es indispensable que el empleador cumpla con determinadas exigencias consagradas en el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo. A saber:

Primera exigencia.- Se establece, nítidamente, que es el empleador quien determinará los puestos de confianza de la empresa de conformidad a la ley, en este caso nos remitimos al Decreto Supremo N° 003-97-TR que señala en su artículo 43° que trabajadores pueden ser calificados como trabajadores de confianza.

Segunda exigencia.- El empleador debe comunicar por escrito a los trabajadores que ocupan puestos de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales. La inobservancia de este requisito no enerva la condición de trabajador de confianza, si se cumplen con los elementos señalados anteriormente y si de la prueba actuada se acredita que se cumplió con los demás requisitos.

En la eventualidad de que el trabajador considerara que su calificación como trabajador de confianza ha sido realizada de manera indebida, éste podrá recurrir ante la autoridad competente para que deje sin efecto tal calificación, teniendo en cuenta que existe un plazo de caducidad de treinta días naturales que se computan a partir del día siguiente de haberse recibido la comunicación respectiva. Este criterio se ha ampliado en resoluciones de los jueces de trabajo a 30 días naturales siguientes al cese de la relación laboral, en la medida que se entiende el temor a ser despedido si se cuestiona la calificación hecha por el empleador.

Tercera exigencia.- Es un imperativo elemental y obligatorio que el empleador precise, en sus planillas y en las boletas de pago, la calificación de trabajador de confianza del trabajador que ha sido calificado como tal.

Desde el plano legislativo se torna en indispensable que al momento de calificar a un trabajador para que ocupe el cargo de confianza es necesario que se cumplan rigurosamente con las exigencias antes reseñadas en razón de que el Decreto Supremo N° 003-97-TR establece taxativamente en el artículo 44° que, en la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

Por lo demás, nuestra Corte Suprema de Justicia mediante la Resolución de la Casación N° 14847-2015-Provincia Del Santa, publicada el 1 de diciembre del año 2017 al desarrollar el artículo 11 del Decreto Supremo N° 008-2002-TR vía interpretación ha sostenido – como no puede ser de otra manera – un novísimo criterio jurisprudencial en materia laboral de carácter vinculante, precisando que el trabajador que desempeñe un cargo de confianza no tendrá derecho al pago de horas extras si no está sujeto a control de su horario de trabajo, sin perjuicio de que el vigilante de la empresa anote su ingreso y salida del centro de trabajo. Por lo que los trabajadores que desempeñan cargos de confianza no están comprendidos en la jornada máxima de la empresa, salvo que estén sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo.

En cuanto a saber si le corresponde el pago de indemnización por despido arbitrario a un trabajador que ocupa el cargo de confianza, el Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral del año 2017 acordó que: No corresponde el abono de indemnización por despido arbitrario únicamente

en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme al segundo párrafo del artículo 44 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, en la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación". En consecuencia, el trabajador que desempeña un cargo de confianza desde el inicio de la relación laboral no tendrá derecho al pago de indemnización por despido. En cambio, los trabajadores que fueron ascendidos a un cargo de confianza, si el empleador les retira tal confianza, tendrán derecho a que se les reponga en el cargo común y ordinario de origen.

Es oportuno reseñar que como consecuencia de la publicación del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional del 1 de setiembre del año 2018 han (01/09/2018) se han lanzado variadas críticas en contra de ese acuerdo en cuyo numeral cuatro del cuarto sostiene que los trabajadores de confianza del sector privado que "ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza".

Este ir y venir de la Corte Suprema ha producido desconcierto y malestar tanto en el mercado laboral como en los trabajadores que aspiran a ocupar cargos de confianza puesto que se encuentran en un escenario de inestabilidad, máxime si han homogenizado el tratamiento que se le da a la extinción de la relación laboral a los trabajadores de confianza del sector público, con los del sector privado.

Como demostración de este desbarajuste de carácter jurisprudencial tenemos la casación laboral N° 18450-2015-Lima publicado el 23 de agosto del año 2016 en el que esa máxima instancia jurisdiccional consideró no otorgarle a un trabajador que ocupaba cargo de confianza una tutela resarcitoria. Ante esta postura, nos encontramos después con la casación laboral N° 04217-2016-Lima de fecha 16 de mayo del año 2017 que estableció que los trabajadores de confianza si tienen derecho a una indemnización por despido arbitrario. ¿Dónde queda la racionalidad de las decisiones jurídicas?

En la otra orilla, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 05214-2016-PA/TC Lima en los apartados once y doce manifiesta que el cese del trabajador que ha recurrido al Tribunal Constitucional responde al retiro de la confianza. Ante ello, corresponde dilucidar si el cargo de asesor legal constituye un puesto de confianza y, por tanto, determinar si el demandante tuvo o no estabilidad laboral. Dice luego este singular Tribunal Constitucional en su reiterada jurisprudencia que los cargos de confianza no están determinados por el arbitrio del empleador, sino que, por el contrario, responden a las actividades que el trabajador de confianza (entiéndase confianza propiamente dicha o dirección) realice como prestación de sus servicios. Por lo que el colegiado constitucional declaró nulo el despido arbitrario.

Ahora bien, en este caso, debería de reconocérsele la indemnización por haber sufrido despido arbitrario. Me parece que la respuesta debería ser afirmativa. Además, el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha reconocido que el personal de confianza tiene derecho a la indemnización por despido.

Efectivamente, la existencia de una categoría de trabajadores calificados como "de confianza" en muchos casos ha originado situaciones de desnaturalización progresiva al momento de realizarse la respectivamente calificación, conduciendo a que se consideren dentro de esta categoría a un sector de trabajadores que en realidad no pueden ser considerados como trabajadores de confianza, situación que muchas veces se debilita por la aplicación del principio de primacía de la realidad con las consecuencias patrimoniales consiguientes.

Una doctrina consensuada ha consagrado que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores,

un grado mayor de dedicación, responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general.

Sin embargo, como lo apunta el laboralista mexicano Trueba (1981)

El afecto o la amistad, que son relaciones subjetivas de afección y de confianza, pueden desaparecer por razones muy diversas y, de la misma forma que su existencia fue determinante para la designación del empleado, su pérdida lleva también acarreada la posibilidad de cese del cargo de confianza, realizado por el empleador sin necesidad de tener que cumplimentar los estrechos cauces del despido objetivo.

Y luego el punto de vista del profesor Trueba (1981) lo reitera al aseverar que: resultaría superfluo justificar su despido, pues al empleador no se le debe de imponer las causas objetivas, en cuanto la esencia constitutiva y matizadora del despido reside en motivaciones exclusivamente subjetivas, que deciden la preferencia hacia cierta persona, por lo que, cuando tales motivaciones desaparecen, por cualquier circunstancia, ha de permitirse al empleador la facultad de prescindir unilateralmente del trabajador en el puesto de confianza.

Con otro criterio, el insigne laboralista peruano e incomparable maestro universitario, Elías Mantero (2012) es de opinión contraria, para él el trabajador de confianza del sector privado despedido sin expresión de causa tiene derecho a percibir la indemnización por despido arbitrario a que se refiere el artículo 38 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, sustentándose en que en la referida indemnización por despido tiene carácter general y se aplica sin distinción a todo trabajador que es objeto de despido arbitrario ya que la ley no ha considerado ninguna regla de excepción para los trabajadores de la categoría referida, como tampoco para los de dirección puesto que en nuestro ordenamiento jurídico no se establece ninguna excepción con respecto a la referida indemnización lo que permite concluir que ella resulta de aplicación a todo trabajador cesado sin expresión de causa, con excepción de aquellos que laboran a tiempo parcial.

Como bien señala Concha (2018) dichos trabajadores ocupan un lugar especial en la empresa en medida de la responsabilidad en ellos delegada por el empleador teniendo en cuenta el elemento confianza, debido a que el empleador deposita en el trabajador un grado de confianza suficiente para hacerlo partícipe de las decisiones y secretos empresariales, lo cual no sucede con el trabajador común.

En esta misma línea argumentativa Arce (2006) está de acuerdo cuando indica que sería ilógico o irrazonable que no se atiende el hecho de que el trabajador de confianza o dirección mantiene un vínculo de confianza recíproca bastante intenso con su empresario. Incluso en muchos casos, el empleador delega en estos trabajadores decisiones de gran trascendencia para la vida de la empresa. Quizá está sería la única razón para negarle la reposición a un trabajador de confianza.

El profesor Toyama (2018) afirma que ante el retiro de confianza se debería reconocer la indemnización por despido arbitrario. Ni las normas internacionales, ni la Constitución o las leyes excluyen al personal de dirección y de confianza de una tutela, por lo cual, no debería existir una discriminación en el tratamiento. No debería equipararse a un gerente que suele pasar por un proceso de selección con un ministro que es de libre designación. Además, el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, ha reconocido que el personal de dirección y de confianza tiene derecho a optar entre el retorno a su posición original o la indemnización por despido.

Mendo en Briones (2006) asevera que está referido necesariamente a un campo más estricto que la genérica confianza que debe tener todo empleador frente a sus trabajadores (característico de todo vínculo laboral, pues de lo contrario no se contrataría), ya que este empleado alcanza una mayor y más directa vinculación con el empleador, goza de su máxima confianza y apenas está

sujeto a una limitadísima subordinación (...), tiene la representación del empleador, actúa en su nombre haciendo sus veces, tiene poder de dirección y responde por cada uno de dichos actos (...)

En torno al trabajador que ocupa el cargo de confianza Barajas (1992) afirma que la persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación.

Por su parte Mario Cueva en Barajas (1992) dice que debe hablarse de empleados de confianza cuando están en juego la experiencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos o el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores; (...) aun cuando la categoría de trabajador de confianza no está contemplada en la declaración de derechos Sociales, resultó necesaria incluirla en la nueva ley del trabajo, pues no obstante tratarse de una categoría de excepción que solamente se justifica en razón de la naturaleza de las funciones que realiza el trabajador, existirá la presunción iuris tantum de que la función no sea de confianza, en forma tal que será indispensable probar que, de conformidad con la naturaleza de las funciones se dan los caracteres de la excepción. No es la persona la que determina que una función es de confianza sino la naturaleza misma de la función lo que produce la condición del trabajador.

De igual forma De Ferrari (2001) expresa que aquellos trabajadores que asociados al poder de dirección patronal, se encuentran en capacidad de ejercer las potestades disciplinarias de las que es titular el empleador y tratan en representación de él con los terceros, de modo tal que los empleados comunes o subalternos, en el orden social y profesional, no consideran a las personas que ejercen funciones tan elevadas como formando parte de la clase asalariada, e inclusive piensan que existe entre el empleador y los altos empleados una comunidad de intereses, de tendencia y cultura que los presenta como elementos extraños a la clase trabajadora.

Por su parte Montoya (1998) define a los “altos cargos” como aquellos de “rectoría superior”, que consiste en el desempeño de los poderes propios del empleador (no necesariamente de todos) y que versen sobre los objetivos generales de la empresa.

De otro lado, Barajas (1992) considera que el trabajador de confianza se incorpora a la planta de empleados administrativos y se le asignan determinadas funciones, o se le otorga una posición de representación patronal, se le deja autoridad en uno o más sectores de la producción y se le hace responsable de los resultados, se prescinde de sus servicios cuando estos no son altamente redituables y se les liquida sin ninguna razón o explicación de las causas de tal adopción patronal.

CONCLUSIONES

- 1.- Los plenos jurisdiccionales, casaciones y resoluciones del Tribunal Constitucional han puesto en marcha todo tipo de malentendidos que supone que la libérrima voluntad del empleador se encuentra jurídicamente respaldada para deshacerse a su antojo del trabajador designado a ocupar ese puesto de confianza. Sin embargo, no existe una norma jurídica expresa que salvaguarde, en este caso, los derechos fundamentales de ese trabajador, legislación que debería de desempeñar en términos funcionales como una férrea barrera la libertad de empresa y libre discrecionalidad del empleador.
- 2.- Por más matices que los magistrados hayan buscado a través de sus fallos, lo concreto es que la precaria situación de los trabajadores de confianza no está regulada en forma

completa por la legislación vigente puesto que no se regula específicamente su situación frente a la posibilidad de ser despedidos sin expresión de causa.

- 3.- Considero que en estas particularidades al calificarse al trabajador que ocupa el cargo de confianza debería de aplicarse el principio de primacía de la realidad. Ello, permitiría evaluar e invalidar esa decisión discrecional a cargo del empleador.
- 4.- Nuestro ordenamiento jurídico establece meridianamente que no ampara el abuso del derecho o la simulación, en la medida que la categoría de trabajador de confianza, además, depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto.
- 5.- Nos encontramos, por tanto, con decisiones empresariales en las que pueden incurrir como producto de una discrecionalidad derivada del poder de dirección que le permite el ejercicio del “ius variandi”.

REFERENCIAS

- Arce, E (2006) La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección en Revista Peruana de Jurisprudencia. Lima: Editorial Normas Legales.
- Barajas, S. (1992) El contrato de trabajo. México: Editorial
- Barajas Montes de Oca, Santiago, El contrato de trabajo, México, 1992, p 141
- Barajas Montes de Oca, Santiago. Los contratos especiales de trabajo, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 136, p. 142
- Concha, C. (2018) Análisis de la Estabilidad Laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional en Gestión Empresarial. Lima.
- Cueva, Mario de la. Citado por Santiago Barajas Montes de Oca. Ibid. p. 143
- De Ferrari, Francisco. (Asesoría Laboral, Abril 2001, p. 22).
- Elías Mantero, Fernando Actualidad Laboral
- Mendo Rubio, Celso. Citado por Milko Briones Quispe, Algunas particularidades en relación a los trabajadores de confianza; en Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional, SPDTSS, Lima, 2006, pág. 591.
- Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del Trabajo. Tecnos, decimonovena edición, Madrid, 1998, p 501
- Trueba, U. (1981) Nuevo derecho del trabajo: teoría integral. (1981)
- Ulloa, D (2011) El despido libre de los trabajadores de confianza. A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional en Revista Ius Et Veritas. Lima.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019

Lumen

Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 239-246

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1820

IGUALDAD DE DERECHOS DE LAS UNIONES DE HECHO Y LA FAMILIA MATRIMONIAL EN ASOCIACIONES

*EQUAL RIGHTS OF THE UNIONS OF FACT AND
THE MARRIAGE FAMILY IN ASSOCIATIONS*

Mario Romero Antola

LUMEN

IGUALDAD DE DERECHOS DE LAS UNIONES DE HECHO Y LA FAMILIA MATRIMONIAL EN ASOCIACIONES

EQUAL RIGHTS OF THE UNIONS OF FACT AND THE MARRIAGE FAMILY IN ASSOCIATIONS

Mario Romero Antola

RESUMEN

La igualdad de las relaciones matrimoniales y extramatrimoniales o uniones de hecho son materia de amplia discusión. En este trabajo se analiza este fenómeno en lo que se refiere a la igualdad de derechos y obligaciones dentro de las asociaciones respecto de la esposa o esposo de asociado y los concubinos.

PALABRAS CLAVE

Igualdad; Discriminación; Matrimonio; Unión de hecho, Concubino, Estatuto de la asociación.

ABSTRACT

The equality of marital and extramarital relations is the subject of extensive discussion. This paper analyzes this phenomenon in terms of equal rights and obligations within associations with respect to the wife or husband of associate and the concubines.

KEY WORDS

Equality; Discrimination; Marriage; Union in fact, Association; Concubine, Association by law- statute.

INTRODUCCIÓN

El estatuto de algunas asociaciones civiles sin fines de lucro otorga ciertos derechos y deberes a los cónyuges de asociados activos, entendiéndose como tales únicamente al producto de la relación matrimonial. Consideramos pertinente y de interés, analizar si estos beneficios se deben hacer extensivos a los concubinos o uniones de hecho, en atención que cada vez más se hace evidente que las parejas prefieren a la unión de hecho como modelo familiar en el ejercicio de su derecho de no contraer matrimonio (libertad negativa).

La experiencia nos indica que esta tendencia de mantenerse bajo la unión de hecho es creciente y puede ocurrir cuando las parejas conscientemente elijan la unión por no creer en el matrimonio; también en el caso que realicen una especie de “matrimonio a prueba” antes de tomar la decisión de formalizar su matrimonio; cuando escogen otra forma matrimonial de acuerdo a sus propias creencias y finalmente en el caso que sea impuesta, normalmente por el hombre a la mujer, para dominarla y no tener lazos jurídicos firmes que le signifiquen obligaciones.

De manera previa quiero precisar que, si bien nuestra legislación se refiere a uniones de hecho, también se utilizan como sinónimos diversos términos(*), aunque la doctrina, en algunos casos, ha tratado de encontrar diferencias entre ellos. De la misma forma, debemos señalar que cuando mencionemos al concubino o pareja en el presente artículo, nos estaremos refiriendo a ellos sin distinción de género, teniendo en cuenta que el socio puede ser hombre y/o mujer y su pareja, mujer u hombre respectivamente.

(*) Conjuntamente con la denominación uniones de hecho, usada mayormente por la legislación nacional, se utilizan también términos como: uniones convivenciales, matrimonio aparente, parejas de hecho, convivientes, relaciones extramatrimoniales, relaciones para matrimoniales, familias de hecho y/o concubinatos

Entrando al análisis del tema debemos precisar que hemos revisado el estatuto de diversas instituciones constatando que establecen que algunos de los beneficios del asociado activo pueden ser trasladados a su cónyuge, entendiéndose como tal, reiteramos, el producto de una unión matrimonial, teniendo en cuenta además que, para acreditar la condición de cónyuge, se requiere la presentación de la partida de matrimonio civil.

De una interpretación literal de las cláusulas estatutarias podemos colegir que es el cónyuge producto de la unión matrimonial, el único capaz de gozar de los derechos que como tal les otorga.

Habría que indicar que apoya esta posición el hecho de considerarse al estatuto como la norma máxima que regula el funcionamiento de la asociación. De conformidad con la libertad de asociación positiva, toda asociación tiene la potestad de auto regularse, es decir, crear las normas que, con autonomía, consideren debe regular la vida interna de la asociación y su relación con sus socios o asociados a través de su estatuto y normas reglamentarias. Habiendo establecido el estatuto en forma clara y meridiana que el cónyuge del asociado es únicamente el producto de la unión matrimonial no habría cabida para el cónyuge que no pueda acreditar su calidad de tal, con la partida de matrimonio civil, en las asociaciones.

A esta interpretación se puede agregar el criterio que señala que, dar este beneficio a los concubinos, es igualarlos en derechos con los cónyuges lo que desalienta el matrimonio. Castro (2014, p.57) precisa claramente que en algunas legislaciones se pretende igualar el tratamiento de la unión de hecho y la matrimonial, aplicándose a ambas la misma legislación, por equiparación de ambas formas jurídicas. Refiriéndose a Peralta Andía comenta que esta tendencia a equiparar ambas formas de constituir familia obedece a:

- a. Las uniones concubinarias deben ser reconocidas y legalizadas por constituir un fenómeno social que ha existido, existe y existirá en todas las épocas y sociedades.
- b. El derecho no puede negar su existencia como la ley no puede dejar de regular sus consecuencias jurídicas, por lo que deberá hacerse de las uniones de hecho una institución semejante al matrimonio.
- c. La mujer y los hijos no deben ser discriminados en sus derechos tanto personales como patrimoniales debido a la inexistencia de un vínculo matrimonial.

Comenta en sentido contrario a la posición antes señalada Kemelmajer, Herrera y Lloveras (2017 pp.73,74) quienes citando a Carbonier señalan:

Muchos habrían deseado una estructura imperativamente uniforme para todas las familias. En este deseo hay una especie de nostalgia de las leyes antiguas y un civismo espartano: la reducción a través de leyes prolonga la educación en común. Lejos de tales utopías igualitarias, los textos reformadores se han colocado a favor de la diversidad y de la pluralidad de temperamentos, convicciones y tradiciones. Han multiplicado las opciones....

Precisan que en el caso Michael H. Vs. Gerald de 1987 el juez William Brennan precisó que “no somos una sociedad asimiladora, homogénea, sino una facilitadora, pluralista en la que debemos estar dispuestos a respetar a alguien desconocido o incluso una práctica repelente, porque el mismo impulso tolerante protege nuestra propia idiosincrasia”

Otro argumento utilizado podemos calificarlo como de orden moral o principista y es planteado por aquellos que solo aceptan el matrimonio como única forma de constituir familia. Por ejemplo,

Perrino (2017, p.23) coincide con los que piensan que existe un solo tipo de familia, señala que la familia es única, natural y producto de la unión matrimonial. En este sentido no existiría familia extramatrimonial, las demás formas familiares nunca serán consideradas, él como familia en vista que entre hijos y padres solo existen vínculos extramatrimoniales. Esta posición concuerda con aquellos que piensan en la familia como un vínculo jurídico, antes que social o real.

Sin embargo, existe otro criterio de interpretación respecto del tema en cuestión que pasaremos a analizar.

Este razonamiento parte del principio que, si bien el estatuto crea un conjunto de normas de cumplimiento obligatorio, estas normas no son derechos absolutos, sino que tienen límites generales, como el orden público y las buenas costumbres y específicos como la Ley o la Legislación, en vista que no pueden contrariar lo dispuesto en las normas de obligatorio del Código Civil y otras disposiciones legales, como podrían ser por ejemplo, la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte y la de Educación y los llamados derechos fundamentales y los derechos sociales y económicos.

Luego de analizar las normas del Código Civil y las demás pertinentes, podemos apreciar que no existen disposiciones que equiparen o no, expresamente, dentro del ámbito asociativo, los derechos y obligaciones de los cónyuges con los de los concubinos, por lo que nos queda examinar si las disposiciones de su estatuto se contraponen con uno o más de los llamados derechos fundamentales, sociales o económicos. La pregunta que debemos contestar es si la exclusión de las uniones de hecho de los beneficios otorgados a las uniones matrimoniales en el estatuto de algún club, afectarían derechos fundamentales, sociales o económicos.

El destacado docente y experto en temas de familia Alex Plácido (2018, p.381) manifiesta que en su origen la ideología de los derechos humanos fue totalmente ajena a los derechos de la familia. Agrega que esta omisión ha sido subsanada a lo largo del tiempo mediante sucesivos y complementarios instrumentos internacionales que realzan el papel de la familia en la sociedad. También menciona que las convenciones internacionales se refieren a lo que hoy en día se ha dado en llamar "derecho a la vida familiar".

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra constitución y de la ley, ha sido enfático al señalar que las disposiciones estatutarias tienen plena validez, pero tienen como límite, los derechos, recogidos en nuestra constitución. Sustentan esta apreciación las Sentencias como las N° 0090-2004-TC; 067-1993-AA/TC; 1461-2004/AA/TC y la 8002-2006-PA/TC, esta última textualmente expresa:

Sobre este particular, este Colegiado no puede sino recordar lo que ha sido una máxima de su jurisprudencia, según la cual, los derechos fundamentales (como en general, la propia Constitución) vinculan no sólo a los poderes públicos, sino a todas las personas, sean estas públicas o privadas. Desde dicha perspectiva, es inadmisibles y carente de todo asidero racional pretender que, porque una determinada organización de particulares se rige por sus propias normas internas, resulta invulnerable o inmune al control constitucional. Desde el primer instante en que los derechos fundamentales rigen en el ámbito de la vida, tanto pública como privada, es evidente que cualquiera que fuese la afectación sobre su contenido, se franquea de inmediato la correlativa posibilidad no sólo de revisión en la sede constitucional, sino de tutela en las circunstancias en que tal violación o amenaza de violación quede manifiestamente acreditada, respetando desde luego el procedimiento legal-estatutario, si lo hay. Este Colegiado, por consiguiente, no comparte ni podría compartir la tesis de que los derechos constitucionales sólo imponen un deber de respeto u observancia exclusivamente al Estado y sus autoridades.

Plácido (2017 393-394) también nos precisa que es deber del estado proteger a la familia de conformidad al artículo 4° de nuestra constitución (*), comentando:

La familia que la constitución ordena proteger es la que nace tanto en el matrimonio como en la unión de hecho, en este sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional

Esta opinión es compartida también por Aguilar (2016, p. 149) quien recalca que la constitución no nos habla de un solo tipo de familia por lo que deben de gozar de protección no solo las familias generadas a través del matrimonio, sino igualmente las familias originadas en la unión de hecho.

En este mismo sentido Zuta (2018, p. 187) menciona:

El artículo 4° de la misma- se refiere a la constitución peruana de 1993- explica que la comunidad y el Estado detentan la obligación de proteger al matrimonio y que el concubinato es también una fuente generadora de familia amparada por nuestro ordenamiento....

De acuerdo a la opinión doctrinaria señalada, la familia de hecho goza de la misma protección que la constitución le otorga a la matrimonial. En este sentido se ha interpretado que cuando la constitución, en su artículo 5°(*), se refiere a que las uniones de hecho forman un “hogar”, se les da a estas uniones, la naturaleza de familia y por ende el estado debe protegerlas. Esta opinión que compartimos, se extiende ahora inclusive a otras formas familiares como las ensambladas o reconstituidas y las monoparentales.

A mayor abundamiento esta opinión ha sido recogida por los tribunales, así en la Casación N° 149-2016 se mencionó lo siguiente:

“el artículo 4° de nuestra constitución política reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad; y en tal medida, los márgenes de protección que ésta merece deben ser de especial cuidado por el órgano jurisdiccional, aun por encima de los obstáculos meramente formales que pudieran obstruir su tutela. En este sentido, al tratarse de un tipo de estructura familiar reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, la unión de hecho consagrada por el artículo 5° de la Constitución Política del Estado y el artículo 326 del Código Civil, merece también este mismo nivel de protección y, por tanto, debe ser preferida

En el mismo sentido en el Exp.06572-2006-PA, se precisó:

“Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del Pater Familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en la doctrina se han denominado familias reconstituidas”

(*) **Artículo 4°:** La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentalmente de la sociedad.

(*) **Artículo 5°.-** La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto sea aplicable

Siendo que la unión de hecho constituye pues una familia, está protegida en varias formas debiéndose resaltar lo relativo a la libertad de formar y tener una familia, dignidad de las personas que la integran, así como a la igualdad y unidad familiar. Es preciso, para los efectos, de este trabajo analizar dos de los preceptos antes mencionados:

- **La unidad familiar**
- **La igualdad de trato entre ellas o no discriminación.**

En cuanto a la unidad familiar, este tema ha sido ampliamente desarrollado, por ejemplo, en el caso de refugiados. La mesa de expertos de la ACNUR celebrada entre el 8 y 9 de noviembre del 2011 precisó que el derecho a la unidad familiar es un derecho humano básico. Asimismo, es inherente al reconocimiento universal de la familia, incorporado por instrumentos universales regionales(*) así como por el derecho Humanitario.

A manera de ejemplo diversas legislaciones americanas han incorporado este concepto, es decir, que las familias materias de protección, cuando es separada, es la matrimonial y la unión de hecho, como el caso de la legislación de:

- Argentina. - Ley 26.165 de reconocimiento y protección al refugiado. Artículo 5: La unidad de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, es un derecho esencial del refugiado y de los miembros de su familia.
- Bolivia. - Ley 251 de protección a las personas refugiadas. Artículo 9: I. La unidad de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, es un derecho esencial de la persona refugiada y su familia. II. En virtud a dicho principio, se extenderá la condición de persona refugiada al cónyuge o conviviente....
- Chile. - Ley 20.430 Artículo 9: Reunificación Familiar. Tendrán derecho a que se les reconozca el estatuto de refugiado por extensión, el cónyuge del refugiado o la persona con la cual se halle ligado por razón de convivencia, ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela.
- Perú. - Ley 27891, en su artículo 25, menciona que la calidad de refugiado podrá hacerse extensiva al cónyuge refugiado o a la persona con la que mantiene unión de hecho estable....

El principio aludido supone que el Estado debe buscar siempre la consolidación de la familia. Nuestro Tribunal Constitucional en cuanto a la protección de la unión familiar en el caso Shols contra el Centro Naval, EXP. N.º 09332-2006-PA/TC, se pronunció respecto que no se podía negar la calidad de hijo de asociado a la hija natural de la segunda esposa del asociado. El tribunal fue claro al señalar que, si bien esta hija no lo era del demandante, sino el producto de una familia ensamblada o reconstruida, el impedirle su ingreso al club atenta contra la unidad de la familia.

Lo mismo podría argumentarse en caso, si se permitiese el ingreso al local de una asociación al socio y a sus hijos, pero se impidiera el ingreso a su concubina, claramente se atentaría contra el derecho a la unidad familiar

Otro aspecto importante es el relativo a si este acto, de no permitir tener de la calidad de esposo (a) de asociado a la concubina (o), atenta contra la igualdad, constituyendo un acto discriminatorio. Al respecto, si vemos las resoluciones del Tribunal Constitucional, coincidentes con los más

(*) Dentro de las normas podemos resaltar el art.16 De la Declaración Universal; el art. 8 de la Convención Europea; el 16 de la Carta Social Europea, el17 de la Convención Americana y los artículos 10 y 22 de la Convención del Niño, entre otros.

destacados expertos en derecho de familia se reconoce la igualdad entre el cónyuge matrimonial y el extramatrimonial viéndose reflejada en diversos aspectos dentro de la legislación nacional como:

1. Derecho pensionario, tanto a nivel de la Ley N° 19990 y la 20530, como en el Sistema Privado de pensiones AFP, incluyéndose los derechos relativos a pensiones de viudez, invalidez y la pensión de sobrevivencia
2. Igualdad sucesoria, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 30007.
3. Obligación alimenticia.
4. Acceso a la Compensación por Tiempo de Servicios(CTS) tal como lo señala el DS. N° 001-97- TR en su artículo 54.
5. Consideración del delito de parricidio como también el cometido contra la pareja extramatrimonial, así como de permitir a la pareja extramatrimonial no declarar contra su concubino, y otras que incluyen como sujeto activo o pasivo del delito a los concubinos en los casos de violación, prostitución, hurto y otros delitos contra el patrimonio y maltratos, entre otros.
6. Igualdad respecto al régimen patrimonial en el matrimonio.
7. Acceso al beneficio de la póliza de seguro de vida
8. La posibilidad de adopción en virtud de la Ley N° 30111
9. Consideraciones dentro del código Procesal Civil, y penal, como la prohibición de un concubino de testificar en contra del otro.
10. Beneficios de salud en conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 26790.

Podemos afirmar entonces que tratar en forma diferenciada a las uniones de hecho de las matrimoniales debe ser considerado un acto discriminatorio que atenta contra la integridad, e igualdad de o en la familia.

Debemos añadir que deberá reconocerse únicamente este derecho de trato igualitario a las uniones de hecho declaradas judicial o notarialmente a través del proceso notarial no contencioso previsto en la Ley N° 29560, no basta con la sola indicación al respecto debiendo inscribirse la unión de hecho en el registro personal del Registro Público.

En conclusión, opinamos que cualquier diferenciación entre cónyuges y uniones de hecho es considerada discriminatoria y atentatoria contra el derecho a la unidad familiar, por lo que en nuestro criterio les corresponde a las uniones de hecho los mismos derechos y obligaciones señalados en el estatuto de las asociaciones para los cónyuges.

REFERENCIAS

- AGUILAR, Benjamín (2016) Tratado de Derecho de Familia, Lex &Iuris, lima.
- CASTRO, Fátima (2014) Análisis legal y jurisprudencial de la unión de hecho, Fondo editorial Academia de la Magistratura, Lima.
- KEMELMAJER, Aida, HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora (2017) Tratado de derecho de familia T.I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires

- PERRINO, J. (2017) Derecho de familia 3ª Edición, Abeledo- Perrot, Buenos Aires.
- PLACIDO, Alex (2017) Regímenes matrimoniales del matrimonio y de las uniones estables. Instituto Pacífico, Lima
- ZUTA, Erika (2018). La unión de hecho en el Perú, los derechos de sus integrantes y desafíos pendientes, Revista IUS et Veritas, N°56. Lima.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

Lumen

Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 247-252

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1825

**SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA
RECONOCER HIJOS EXTRAMATRIMONIALES
POR LOS APOYOS DEL PADRE O LA MADRE EN
ESTADO DE COMA, EN EL MARCO DEL DECRETO
LEGISLATIVO N° 1384 Y LA CONVENCIÓN SOBRE
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD**

**ON LEGAL CAPACITY TO RECOGNIZE EXTRAMATRIMONIAL
CHILDREN FOR THE SUPPORTS OF THE FATHER OR
MOTHER IN THE STATE OF COMA, IN THE FRAMEWORK OF
LEGISLATIVE DECREE N ° 1384 AND THE CONVENTION ON
THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES**

Abner Hernán Príncipe Mena

LUMEN

**SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA RECONOCER HIJOS
EXTRAMATRIMONIALES POR LOS APOYOS DEL PADRE O LA MADRE
EN ESTADO DE COMA, EN EL MARCO DEL DECRETO LEGISLATIVO
N° 1384 Y LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

*ON LEGAL CAPACITY TO RECOGNIZE EXTRAMATRIMONIAL CHILDREN
FOR THE SUPPORTS OF THE FATHER OR MOTHER IN THE STATE OF COMA,
IN THE FRAMEWORK OF LEGISLATIVE DECREE N ° 1384 AND THE CONVENTION ON
THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES*

Abner Hernán Príncipe Mena

RESUMEN

El Decreto Legislativo 1384 que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones ha marcado un desarrollo muy importante del marco normativo del Derecho de las Familias en nuestro país fortaleciendo sustancialmente el mismo. Hoy las personas en estado de coma a través de un apoyo designado judicialmente pueden ver optimizados sus Derechos Humanos ejerciendo los mismos, desarrollando actos jurídicos que hasta entonces no les eran permitidos.

PALABRAS CLAVES

Derechos Humanos, Capacidad Jurídica, Estado de Coma, Hijos Extramatrimoniales

ABSTRAT

Legislative Decree 1384 that recognizes and regulates the legal capacity of persons with disabilities on equal terms has marked a very important development of the regulatory framework of Family Law in our country, substantially strengthening it. Today, people in a coma through a judicially designated support can see their Human Rights optimized by exercising them by developing legal acts that until then were not allowed.

KEY WORDS

Human Rights, Capacity of Persons, Coma, Extramarital Children

INTRODUCCIÓN

En el nuevo paradigma del Estado constitucional de derecho, no sólo se limita la actuación de los poderes públicos y privados, sino que también, y sobre todo, se garantiza la protección efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas, tal como se encuentra reconocido en el artículo 1 de la Constitución, según el cual, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

LOS DERECHOS DE TODAS LAS PERSONAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El respeto de la dignidad de la persona humana es la base para la actuación de todo el sistema público y privado. La persona humana tiene una dignidad (un valor) que consiste en ser un fin en sí misma. A ella se le reconoce un valor que no se formula por consideración a otra cosa o realidad que

no sea ella misma. Esto supone reconocerle un valor tal (una dignidad) que rechaza frontalmente sea considerada como un medio. (Castillo 2007: 49)

Es precisamente esa dignidad el fundamento de la obligatoriedad de los **derechos humanos, derechos que le corresponden a todas las personas, sin excepción alguna, por el simple hecho de serlo**, debiendo cumplirse porque es la razón por la que existe el Estado, la sociedad y el Derecho; de manera que cuando nos referimos a las personas con discapacidad, nuestro sistema constitucional reconoce el derecho al respeto de su dignidad, tal como lo prescribe el artículo 7 de nuestra Norma Fundamental, de manera que, desde el enfoque del modelo social las personas con discapacidad, son titulares de derechos y con plena capacidad jurídica para ejercerlos¹.

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención), reconoce como sus principios, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones y la independencia de las personas.

El artículo 12 de la Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; de ahí que cuentan con capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, tanto para ser titulares de derechos y para actuar en derecho. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. (Observación General N° 1, 2014)

La Convención, en su artículo 23, inciso 1, reconoce a las personas con discapacidad el derecho al respeto del hogar y de la familia, de manera que se debe poner fin a la discriminación en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con los demás, a fin de asegurar que:

- a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;
- b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

El inciso 4 del artículo 23 de la Convención, señala que los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en aras de salvaguardar y proteger el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

¹ Si bien el artículo 7 de la Constitución utiliza los términos: “persona incapacitada”, “régimen legal de protección”, “atención”, “readaptación y seguridad”, ello no debe interpretarse en el sentido del modelo médico o rehabilitador, pues antes de tener en cuenta dicha terminología debe relevarse que la norma constitucional pone como presupuesto el derecho al respeto de la dignidad de las personas con discapacidad, de ahí que toda interpretación debe considerar, en principio, su dignidad y la obligatoriedad de sus derechos por el Estado y la sociedad.

ACERCA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA RECONOCER AL HIJO EXTRAMATRIMONIAL POR EL APOYO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN ESTADO DE COMA

Reiterada literatura sostiene que, desde la óptica de los derechos humanos, la capacidad jurídica es la puerta de acceso no solo a la titularidad de los derechos sino también a su ejercicio en igualdad de condiciones. (Barranco, Cuenca y Ramiro 2010: 54). En nuestro medio, se ha señalado que solo se pueden presentar limitaciones a nivel de la capacidad de ejercicio, y una vez subsanadas las causas que la originaron, permiten actuar válidamente al sujeto de derecho. (Espinoza 1998: 129)

La disposición legal objeto del presente ensayo se encuentra contenida en el artículo 389 segundo párrafo, del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1384, que prescribe lo siguiente:

Cuando el padre o la madre se hallen comprendidos en el artículo 44, inciso 9, el hijo extramatrimonial puede ser reconocido a través de los apoyos designados judicialmente.

Es necesario entonces verificar lo prescrito por el artículo 44, inciso 9 del Código Civil, según el cual tienen capacidad de ejercicio restringida:

Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

Cabe señalar que de las normas glosadas anteriormente se desprende que si la persona en estado de coma no hubiera designado un apoyo antes de la fecha de adquirir la discapacidad mental tiene capacidad de ejercicio restringida; por lo que, al no contar con un apoyo designado, no podría reconocer o no tendría la capacidad para reconocer a un hijo extramatrimonial. Una interpretación contrario sensu, nos indica que ante la designación judicial de un apoyo, y salvaguardia de considerarlas necesaria, con posterioridad a la discapacidad adquirida (estado de coma), sí sería viable el reconocimiento de hijo extramatrimonial por el apoyo designado; es decir, la persona en estado de coma tendría capacidad jurídica para reconocerlo, a través de su apoyo.

Se podría cuestionar dicha modificatoria en el sentido de que pone en grave riesgo que un menor hijo extramatrimonial sea reconocido por una persona en estado de coma, a través de su apoyo designado judicialmente. Se puede argumentar válidamente que el reconocimiento de una paternidad es personalísimo, por lo que no podría un apoyo reconocer el hijo extramatrimonial de la persona en estado de coma. Además, se podría decir que no se previene el riesgo de todas las consecuencias jurídicas de carácter patrimonial, sucesorio y de obligaciones alimentarias, entre otros válidos argumentos que desde la limitación de su derecho a la capacidad de ejercicio se limitarían otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Lo real y concreto es que en casos como este el operador judicial se encuentra ante un espacio vacío de derecho, por lo que debe proceder a integrar la norma jurídica, desarrollando un ejercicio de argumentación sólido que le permita resolver esa situación que el Derecho le ha puesto en frente. Recordemos que los Jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacíos o deficiencias en el sistema normativo.

En ese contexto, en el marco del nuevo paradigma del modelo social, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho que tienen las personas que sufren de alguna discapacidad a que se les respete su dignidad, valor del cual se deriva el derecho a la paternidad; de manera que cualquier cuestión relacionada a la paternidad de la persona con discapacidad debe encontrarse debidamente protegida a fin de que se respeten, prevalentemente, el resto de sus derechos también reconocidos por nuestra Constitución y legislación supraconstitucional.

El artículo 45-B, numeral 4, del Código Civil, incorporado por el Decreto Legislativo N.° 1384, prescribe que las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con el artículo 659-E del mismo código. Se tiene entonces que la posibilidad de designar apoyos se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona y, cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales. Así, el segundo párrafo del artículo 659-E del Código Civil, señala:

El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. (...), fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. (...) El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica.

De esta forma, la persona en estado de coma que cuente con apoyo designado judicialmente luego de haber adquirido la discapacidad, cuenta con capacidad de ejercicio para que, a través de su apoyo, pueda ejercer sus derechos fundamentales, dentro de ellos, el de paternidad, conforme al artículo 12, incisos 1 y 2 de la Convención y el artículo 3 del Código Civil, modificado por Decreto Legislativo N.° 1384, según el cual las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

Por ello, consideramos que **sostener que una persona que se encuentre en estado de coma no puede reconocer al hijo extramatrimonial, a través del apoyo designado por el juez luego de haber adquirido la discapacidad (estado de coma), implica negar la posibilidad de viabilizar la voluntad de la persona con discapacidad, quien tuvo la intención de reconocer al hijo extramatrimonial**. No se puede limitar a priori el actuar jurídicamente relevante del sujeto sin haberse llegado previamente a un análisis respecto de la posibilidad de que el apoyo reconozca al hijo extramatrimonial, sin considerar los antecedentes y demás circunstancias que podría conocer el apoyo respecto de la persona en estado de coma y el hijo extramatrimonial.

Debe tenerse en cuenta que el apoyo designado por el Juez luego de haber realizado esfuerzos reales para obtener la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad quedaría sin sentido y sin efecto jurídico alguno si de plano se rechaza la posibilidad de que el apoyo pueda reconocerlo, pese a que éste fue designado teniendo en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista con la persona que se encuentra en estado de coma; además de las salvaguardias que asegurarían cualquier afectación a la voluntad de la persona con discapacidad.

En tal sentido, la persona con discapacidad que no pueda reconocer al hijo extramatrimonial a través de su apoyo designado por el Juez, contraviene lo prescrito por el artículo 23, numeral 1, literal a) y b), y numeral 4 de la Convención; toda vez que, se le impide formar una familia, ser padre y decidir el número de hijos que quiera tener, sobre la base de una probabilidad de riesgo, minusvalorando además el trabajo del Juez y sus esfuerzos por elegir y designar al apoyo idóneo.

Se podría señalar que la modificatoria no previene el riesgo de todas las consecuencias jurídicas de carácter patrimonial, sucesorio y de obligaciones alimentarias, que podría ocasionar. Sin embargo, si seguimos el modelo social de discapacidad como respuesta de los derechos humanos que se fundamenta en la dignidad de la persona, no se podría pensar que debido a las consecuencias jurídicas que pudiera desplegar el reconocimiento, se tendría que limitar los derechos fundamentales de la persona en estado de coma. Limitar sus derechos con argumentos similares sería considerar a

la persona humana como un medio para alcanzar sus fines; pese a que por el principio de dignidad, la persona es un fin en sí mismo, situación que afectaría el artículo 7 de la Constitución y artículo 3, literal a de la Convención.

El derecho fuente tiene un nombre explícito. Dignidad humana, propiedad, libertad, privacidad, todos estos son títulos explícitos usados por numerosas constituciones con el objeto de definir diversos derechos fundamentales. Sin embargo ¿cuál es el nombre propio de un derecho adscrito? El texto constitucional usa un nombre para el derecho “marco” o fuente. No obstante, dicho texto no provee nombre alguno para los derechos derivados; de hecho, dichos derechos no tienen nombre alguno en tanto ellos son partes o parcelas de los derechos fuentes. Su nombre corresponde al nombre de su fuente. El hecho de que ellos no tengan un nombre propio, no obstante, no significa que ellos no hagan parte del texto explícito de la constitución. Ellos son derechos “no escritos”. (Barak 2017:77-78)

CONCLUSIÓN:

Por consiguiente, consideramos que la modificatoria planteada por el Decreto Legislativo N° 1384, responde al modelo social y al enfoque de los derechos humanos. De esta forma, somos de la opinión que la persona que se encuentre en estado de coma pueda reconocer, a través de su apoyo designado judicialmente después de adquirir la discapacidad y las medidas de salvaguardias que señalen, con lo que se optimiza el derecho de las personas con discapacidad a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

REFERENCIAS

- BARAK, AHARON. (2017). Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Lima: Palestra Editores.
- BARRANCO, María del Carmen; CUENCA, Patricia; RAMIRO, Miguel Ángel. (2012). Capacidad Jurídica y Discapacidad: El Artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad; Anuario Facultad de Derecho- Universidad de Alcalá.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. (2007). Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. (3ra. Edición). Lima: Palestra Editores
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (1998). La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles. Lima: Grijley.
- Observación general N° 1 (2014), Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

Lumen

Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 253-258

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1823

***DE LA INTERDICCIÓN AL SISTEMA
DE APOYOS: DESAFÍO A LA
JUDICATURA PERUANA***

***FROM INTERDICTION TO THE SUPPORT
SYSTEM: CHALLENGE TO THE
PERUVIAN JUDICATURE***

Jenny López Freitas
José Julio Goicochea Elías
Maritza Daniela Chávez Alejo

LUMEN

DE LA INTERDICCIÓN AL SISTEMA DE APOYOS: DESAFÍO A LA JUDICATURA PERUANA

*FROM INTERDICTION TO THE SUPPORT SYSTEM: CHALLENGE
TO THE PERUVIAN JUDICATURE*

Jenny López Freitas
José Julio Goicochea Elías
Maritza Daniela Chávez Alejo

RESUMEN

En el presente artículo se comentará la experiencia de una Jueza de Familia que al momento de impartir justicia tiene que ser flexible para cada caso concreto en especial en los procesos de interdicción. Asimismo, se dará a conocer como se han estado realizando los procesos de interdicción hasta antes de la modificación de la ley y lo extenso que es llevar a cabo el proceso. Siendo el objetivo de los jueces y juezas, inclusive del legislador proteger a la persona con capacidades diferentes, de todo y contra todos; además, amparar a la sociedad de personas sin discernimiento, es decir, incapaces absolutos o relativos. Por ello, la dación del Decreto Legislativo 1384 rompe con los paradigmas de los operadores de justicia y de la sociedad en su conjunto, ya que toma como base la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual señala que toda persona con discapacidad no puede ser víctima de discriminación alguna y que la misma se encuentra en pleno goce de capacidad y ejercicio en cuanto a sus derechos fundamentales; por ello, los jueces no nombrarán más personas que sustituyan su voluntad, actualmente se les nombra personas que únicamente son sus apoyos.

PALABRAS CLAVE

Capacidad de ejercicio, apoyo, persona con discapacidad y derechos fundamentales.

ABSTRACT

This article will comment on the experience of a family judge who has to be flexible for each specific case, especially in the process of interdiction. It will also report on how interdiction processes have been taking place until before the amendment of the law and how extensive the process is. The aim of judges, including the legislator, is to protect the person with different abilities from everything and everyone, and to protect society from individuals without discernment, that is, absolute or relative incapacities. Therefore, the adoption of Legislative Decree 1384 breaks with the paradigms of justice operators and society as a whole, since it takes as its basis the Convention on the rights of persons with disabilities, which states that all persons with disabilities may not be victims of any discrimination and that they are fully entitled and able to exercise their fundamental rights. As a result, the judges will not appoint any more persons to replace their will, they are currently appointed persons who are solely their supporters.

KEY WORDS

Exercise capacity, support, disabled person and fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN:

Luego de conocer como una jueza llevaba a cabo los procesos de interdicción con la normativa aplicable antes de que ingrese en vigencia el Decreto Legislativo 1384 donde se señala cuáles son los inconvenientes de este proceso y las afectaciones a las personas con discapacidad y por otro lado se dará a conocer cuál es el objetivo de los jueces al momento de ver estos procesos donde habrá un reconocimiento que toda persona tiene derechos de goce y ejercicio como cualquier

ciudadano o ciudadana. Por último, se detalla como un juez debe emitir una resolución final dirigida a una persona con discapacidad.

CONTENIDO DEL ARTÍCULO

La experiencia acumulada de dos de los autores que se han desarrollado por más de 25 años en el ejercicio de la Magistratura y la Defensa Técnica les concede la autoridad y conocimiento acerca de la materia que comprende el presente artículo. En un caso de interdicción, se presentó el caso de un indignado padre que describió la difícil situación que atravesaba su hija de 30 años, quien desde su nacimiento, no caminaba, se comunicaba con señas y sonidos guturales y hacía algunos años necesitaba un tratamiento odontológico urgente, por tener casi toda la dentadura estropeada, lo cual le producía intensos dolores. Sin embargo, el odontólogo no podía aplicarle anestesia general (única forma de atenderla) si no se le daba la autorización a su representante, o sea su curador, por lo que el padre la mantenía con una alta dosis de analgésicos hasta que se expidiera sentencia. Además de ello, lo que era aún más mortificante para el padre era que hace unos meses, el proceso había estado a punto de ser sentenciado, cuando el fiscal en su dictamen, solicitó la nulidad de todo lo actuado, pues no se había notificado a la hermana de la persona con discapacidad, en vista que se encontraba fuera del país.

Se le explicó al padre que, en todo proceso judicial, cuando hay una situación de emergencia, como en el presente caso, en el que su hija necesitaba intervención médica urgente, se le debía informar al juez y solicitar una medida cautelar, que incluso podía ser decretada de oficio, si es que el abogado informaba a la judicatura los hechos. Sin embargo, el abogado del padre no había realizado tal cosa. En cuanto a la nulidad solicitada por el fiscal, la razón por la que no se había podido establecer comunicación con su hija mayor, era debido a la condición de ilegal, en la que ésta se encontraba en el extranjero, sin embargo, la jueza a cargo en ese entonces, con buen criterio, convocó a una audiencia especial, en la que se expidió como medida cautelar, que el padre demandante fuera el curador provisional de su hija y se convalidó una carta enviada por la hija mayor, expresando su conformidad con el proceso.

Una vez más se comprobaba, que el proceso de interdicción, estaba totalmente desfasado. El caso en cuestión era un proceso sencillo, en el que además la persona con discapacidad, podía expresar su voluntad, por lo cual, el proceso de apoyo y salvaguardas, aun no vigente en ese entonces, hubiese sido la solución más práctica y rápida. Situaciones como esas, hoy en el Perú no volverán a suceder. Esta penosa experiencia vivida en la judicatura, nos hizo escribir un pequeño artículo periodístico años atrás, para evitar se repitieran circunstancias como esa¹.

EL PROCESO TRADICIONAL DE INTERDICCIÓN

Este proceso engorroso que, por lo general, tomaba varios años de trámite, ha dejado de frecuentar las Cortes de nuestro país, en beneficio de los y las justiciables, así como de sus familias. Desde el año pasado, no se admiten demandas de interdicción, en los juzgados de familia, a excepción de lo dispuesto por el art. 581 del Código Civil.

Antes de la entrada en vigencia del **Decreto Legislativo Nro. 1384** (05 de set 2018) que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, los familiares de las personas con alguna discapacidad física, sensorial, intelectual o mental, interponían su demanda de interdicción en un Juzgado de Familia, precisando el objetivo del proceso, los

¹ El programa social “justicia en tu comunidad de la Corte de Lima”, suscribió un convenio con el Diario Expreso, por el cual los jueces y Juezas, podíamos dirigirnos a la colectividad, en lenguaje amigable, orientándola respecto a su derecho de acceso a la justicia; por ello, el 03-01-2013 escribí el artículo referido “EVITEMOS ERRORES PROCESALES”.

nombres y direcciones de los familiares directos del pre interdicto, para que expresen su opinión, el certificado médico de incapacidad del pre interdicto, suscrito por médico o psiquiatra, quien daba fe de la dolencia del incapaz, conceptos hoy dejados de uso.

LOS OPERADORES, TENEMOS QUE PROTEGER A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, DE ELLOS MISMOS Y A LA SOCIEDAD DE ELLOS.

Por tal motivo, la rigurosidad procesal, generaba diversos cuellos de botellas, los más frecuentes en la tramitación de procesos de interdicción, por lo general eran, notificar a toda la parentela del pre interdicto, conseguir la ratificación médica del galeno que suscribió la certificación de incapacidad, si no se lograba que viniera el médico a la ratificación médica en reiteradas oportunidades, independientemente de la multa correspondiente, se debía disponer una nueva evaluación médica de la pre interdicta, que lo podía hacer las partes directamente o los médicos de la oficina médico legal, teníamos la participación de curador procesal, que velaba por los intereses del incapaz, como se puede advertir, claramente, el objetivo de los jueces y juezas, inclusive el objetivo del legislador, era proteger a la persona con capacidades diferentes, de todo y todos, así como también, proteger a la sociedad de personas sin discernimiento, es decir, incapaces absolutos o relativos (art 43 y 44 del C.C. antes de su modificatoria), que pudieran cometer actos jurídicos nulos o anulables, (arts. 219 y 221 del C.C antes de la modificatoria).

Este sistema tradicional, más que proteger a la persona, procuraba alguien idóneo, que pudiera sustituirlo en la toma de decisiones.

ARTÍCULO PERIODÍSTICO DE HACE CINCO AÑOS

A raíz del enorme volumen de procesos de interdicción, que se toma conocimiento en la labor jurisdiccional, es que advertimos que el proceso de interdicción no era una herramienta útil, para solucionar los conflictos de un número importante de personas vulnerables, no permitiéndoles tener acceso a la justicia de una manera célere. Por ello, en el 2013, se escribió un segundo artículo proponiendo dos cambios legislativos. El primero era que no existiera la ratificación médica, privilegiando la buena fe, y la segunda sugerencia, que los procesos de interdicciones pacíficos, se llevaran a cabo en la vía notarial². Observo con alegría, que luego de transcurridos cinco años, ambas inquietudes, fueron tomadas en consideración en la nueva ley que rige desde el 2018. Sin embargo, el D. Leg. 1384, ha ido muchísimo más allá, esta nueva Ley, rompe todos los esquemas, centra la mirada en la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, lo que permite ver con mayor claridad, que toda persona con discapacidad, tiene derechos de goce y ejercicio como cualquier ciudadano o ciudadana.

EL SISTEMA DE APOYOS Y SALVAGUARDAS

El Decreto Legislativo 1383³, rompe totalmente, los paradigmas de los operadores de justicia y de la sociedad en su conjunto, ya que toma como base La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴, la cual señala que toda persona con discapacidad no puede ser víctima de discriminación alguna y se encuentran en pleno goce de capacidad y ejercicio en cuanto a sus derechos fundamentales. Entre otras cosas, hoy los jueces deben respetar la voluntad de las personas con discapacidad y hacer que la sociedad la respete, no se nombrará más personas que las representen y sustituyan su voluntad, actualmente se nombrará personas que sean únicamente sus APOYOS⁵, no deben ser internados en sanatorios por tiempos indefinidos, ni como ayuda ni como sanción, únicamente por un cortísimo periodo de tiempo, hasta superar la

² Artículo periodístico publicado el 08-01.2013 en el Suplemento de Análisis Legal del Diario oficial El Peruano, "PROCESOS DE INTERDICCION Y EL AMPARO FAMILIAR."

³ Decreto Legislativo 1383 vigente desde el 05 de set del 2018.

⁴ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, fue ratificada por nuestro país el 30 dic 2007

⁵ D.L 1383, art 45-B, 659-A hasta 659-H del CC.

crisis; serán las Juntas Médicas, quienes evaluarán, informarán y harán una prognosis del tiempo de tratamiento.⁶

Se esperan procesos más céleres, en los que la voluntad de la persona con discapacidad sea tomada en cuenta, por los juzgadores, para la elección de su apoyo, o no aceptación de un apoyo, se tomará en cuenta su voluntad para definir las esferas de intervención de los apoyos, inclusive podrá opinar sobre el esquema de salvaguardas que deberán utilizarse para el real control de su órgano de apoyo. En pocas palabras, se puede decir, que se hace referencia, de igualdad, respeto a las diferencias, acceso a la justicia con dignidad. Los operadores de justicia deben hacer “Ajustes razonables o de procedimientos”⁷ a los procesos judiciales, que son adaptaciones para garantizar el goce de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Podremos hacer Control de Convencionalidad, cuando el caso lo amerite, por ejemplo, el caso de mal gestor, en el que, por la actual normatividad, seguimos sustituyendo su voluntad, a través de un Curador, en el Perú no todas las normas guardan coherencia con la Convención.

Se debe a través de las Salvaguardas⁸, garantizar la optimización del trabajo del órgano de apoyo, inclusive, con la finalidad, que la persona con discapacidad, deje de necesitarlo. El objetivo siempre será maximizar la autonomía individual de las personas.

Las solicitudes de apoyo iniciado por el familiar o la propia persona con discapacidad, será un proceso no contencioso, que tramitará el juez de familia de su localidad (o el que haga sus veces).

Un procedimiento muy corto, en el que el solicitante explicará el motivo por el cual requieren se designe un apoyo para determinada persona, nombre y dirección de los parientes cercanos, para que expresen su voluntad y un documento que acredite el estado de incapacidad de la persona. Lo interesante, es que esta certificación médica no requerirá de la tan demorada ratificación. Además, luego de emitir una resolución final, se dirige a la persona con discapacidad, en un lenguaje sencillo y amigable, explicándole los alcances de las medidas judiciales adoptadas.

También se tiene un reto, respecto de los procesos de Interdicción aun en trámite y los ya sentenciados, pues ello ha sido regulado en el REGLAMENTO DE TRANSICIÓN⁹. Cuando los procesos de Interdicción se encuentren en ejecución, de oficio el Juez de la causa, comunica al interdicto que tiene capacidad plena de goce y ejercicio, notificándose a todos los involucrados, la persona con discapacidad puede solicitar se le designe apoyo o no, el juzgador dispone la reconducción para el inicio de un nuevo proceso, tomado en cuenta los medios probatorios ya existentes en el proceso primigenio, que ahora será un acompañado, inmediatamente señalará audiencia y lo resolverá. Si ya no quisiese apoyos, se concluye el proceso.¹⁰ Si el proceso de interdicción se encuentra en trámite, el Juzgador transforma el proceso y lo reconduce al proceso de designación de Apoyo y salvaguarda¹¹.

Como se ha dicho líneas arriba, se espera un cambio de paradigma profundo, en el que se debe subrayar la importancia que para las personas con discapacidad, reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones¹². Asimismo, se debe tomar conciencia que las personas con discapacidad, pueden ser propietarias, heredar, realizar actos jurídicos, casarse, tener hijos, controlar sus propios asuntos económicos.¹³

⁶ Ley de salud mental publicada el 23 de mayo 2019. Art 5, 9, 20, 27, 29, 33 y Primera Disposición Complementarias Modificatorias

⁷ Art 2do de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y art 13 de la Convención “ajustes de procedimiento” y art 119-A C.C.

⁸ Art 659-G C.C.

⁹ Resol.adm. 046-2019 Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en observancia al Modelo social de la discapacidad, elaborado por un grupo de trabajo, el cual tuvo el honor de integrar, presidido por la Dra. Janet Tello Gillardi.

¹⁰ Art 3.2 Reglamento de transición.

¹¹ Art. 3.3 Reglamento de Transición.

¹² Capacidad jurídica y discapacidad el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, María del Carmen Barranco y otros pag57

¹³ Observación General 1 (punto 12).

Tienen un gran reto los jueces peruanos, no sólo, la especialidad de familia. La judicatura nacional en pleno, están notificados, y convencidos/as que darán la talla.

VII. CONCLUSIÓN:

Se puede concluir que en los procesos de interdicción antes de la modificación del **Decreto Legislativo N°1384** era muy tediosa y duraba muchos años debido que se tenía que presentar un certificado médico de incapacidad suscrito por el médico o psiquiatra, quien daba fe de la dolencia del incapaz y corroborar que el diagnóstico es el correcto. Posteriormente, con las modificaciones se toma como base la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual señala que toda persona con discapacidad no puede ser víctima de discriminación alguna y se encuentran en pleno goce de capacidad y ejercicio en cuanto a sus derechos fundamentales.

Por otra parte, el objetivo de los jueces y el legislador es proteger a la persona con capacidades diferentes, de todo y todos; por ello, en la actualidad los jueces deben respetar y proteger la voluntad de las personas con discapacidad y deben lograr que la sociedad la respete empezando por no nombrar más personas para que representen y sustituyan su voluntad, sino nombrar personas que sean únicamente sus apoyos.

Finalmente, resaltar el gran reto que los jueces peruanos han asumido, no sólo, la especialidad de familia, sino la judicatura nacional en pleno que tienen como objetivo siempre maximizar la autonomía individual de las personas, en especial de las personas, que tienen alguna discapacidad.

REFERENCIAS:

- Barranco, M. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad. Universidad de Alcalá: España.
- El Peruano (8 de enero de 2013). Procesos de interdicción y el amparo familiar. Suplemento de Análisis Legal.
- López, Y. (2013). Evitemos errores procesales. Recuperado de: <http://dialogoconelderechoyjurisprudencia.blogspot.com/2013/01/errores-procesales-y-horrores-de-abogado.html>

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019

Lumen

Jul - Dic.2019.Vol 15 N°2: pp. 259-271

Doi:10.33539/lumen.2019.v15n2.1827

***LA VICTIMOLOGÍA, PERSPECTIVA
DE LA POLÍTICA CRIMINAL***

***VICTIMOLOGY, PERSPECTIVE OF
CRIMINAL POLICY***

Walter Jorge Mendizábal Anticona

LUMEN

LA VICTIMOLOGÍA, PERSPECTIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL

VICTIMOLOGY, PERSPECTIVE OF CRIMINAL POLICY

Walter Jorge Mendizábal Anticona

RESUMEN

Se ha reconocido a la Victimología como una ciencia independiente, donde la víctima es dado a ser tomado como parte importante de las políticas de estado en los distintos países, y el Perú no es extraño a dicha preocupación imponiendo penas severas.

El presente, hace una reseña de su naturaleza jurídica, pero, hace hincapié de las distintas pasividades como la tipología de victimización, revictimización, política criminal referida a la víctima dentro del sistema estatal y social, y lo referente a estadística de femenicido, haciendo notar que, no es la solución imponer penas más duras.

Así mismo, propone forma de protección a la víctima a fin de paliar la calidad de víctima desde el punto económico que, es en el Perú, es una de la más álgida consecuencia negativa y sobre todo una política de estado criminológica y, no de solo dogmática penal.

PALABRAS CLAVE

Víctima, agraviado, Fondo victimológico, política criminal.

ABSTRACT

Victimology has been recognized as an independent science, where the victim must be taken as an important part of state policies in different countries, and Peru is not strange to this concern by imposing severe sanctions.

The present, makes a review of its legal nature, but emphasizes the different passivities such as the typology of victimization, revictimization, criminal policy referred to the victim within the state and the social system, and with respect to femicide statistics, noting in The solution to impose tougher penalties.

It also proposes a form of protection for the victim in order to alleviate the quality of the victim from the economic point of view, which is in Peru, is one of the highest negative consequences and, above all, a state policy criminological and, not only dogmatic criminal.

KEY WORDS

Victim, victim, victimological fund, criminal policy.

INTRODUCCIÓN

La victimología, emerge en el campo de la política criminal como una disciplina autónoma, en función de los aportes que proporciona en el análisis de la persona como sujeto de derechos, teniendo en cuenta que existen condiciones internas y externas que pueden generar que en la interacción humana se vea afectado en su estado físico, psicológico o patrimonial, es decir que la relevancia del escenario en el cual la persona se desenvuelve es relevante teniendo cuenta que

existen también condiciones internas en la persona que hacen factible se produzca la lesión de derechos y que estos ocasionen daño.

El estudio de la víctima ha estado siempre presente, sin embargo estuvo invisibilizado, desde el campo de acción de la criminología, considerando que el rol protagónico de la ciencia criminológica, recaía en el sujeto que ocasionaba la conducta delictiva, sin embargo cabe resaltar que durante el auge de la criminología existió cierto grado de preocupación por reconocidos criminólogos, así manifestó Rafael Garóffalo (1890), positivista italiano que en obra se refiere a las víctimas como "Clase de personas a la que todo ciudadano honrado puede tener desgracia de pertenecer, debía merecer que el Estado le dirigiese una mirada de benevolencia, una palabra de consuelo. Las víctimas de los delitos debían, seguramente, tener derecho a mayores simpatías que la clase de los delincuentes, que parece ser la única de la que los actuales legisladores se preocupan" (pág. 85). Es decir, existía una limitación en función de los resultados del hecho delictivo, de la irreprochabilidad de la conducta, a fin de alcanzar a aplicar la justicia penal como una manifestación de Estado protector. Sin embargo, es con la victimología que el delito y sus resultados alcanzan a reconocer que, dentro de las interacciones del hombre, existen factores internos y externos que además de permitir reconocer el grado de responsabilidad en función de qué intervención tuvo la víctima dentro del hecho punible, actualmente intenta reconocer que es necesario atenderlas en función de prevenir los efectos que puedan conllevar a una persona a condición de víctima.

Este artículo además de reconocer la victimología en el ámbito de la criminalidad, abarca una mirada en función de algunas de las esferas en las cuales alcanza a manifestarse, por tener en cuenta que el estado de víctima se configura con la existencia de efecto lesivo provocado por cualquier suceso o hecho, apreciación que es relevante para reconocer en qué circunstancias fuera del delito existe victimización, a fin de garantizar que la política nacional, alcance a reconocer y plantear acciones que logren disminuir la victimización en los diferentes contextos en la que el ser humano se desenvuelve, los cuales sobrepasan los límites de la política criminal por alcanzar a tener contenido preventivo, legislativo y sancionador, teniendo en cuenta que el poder coercitivo estatal alcanza a manifestar en cierto modo niveles de victimización por la ineficacia del contenido reparador y rehabilitador de las penas, siendo entonces relevante acotar lo expreso en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima.

En la expresión "víctima" se incluye, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

El presente está compuesto por: I.- Introducción, II.- Victimología, III.- Victimización normativa, IV.- Victimización social, V.- Victimización en la justicia penal, VI.- Re victimización VII.- Victimología y política criminal, VIII.- La victimología como interés internacional, IX.- Victimología referente esencial para la justicia reparadora, X.- Conclusiones, XI.- Bibliografía

II. CONTENIDO:

El análisis documental del presente artículo, aborda la victimología, como referente indispensable para la instauración de una política nacional que alcance a proteger a la persona de toda manifestación de victimización, en función que es responsabilidad de la persona, la sociedad y el Estado garantizar

el goce de derechos reconocidos y vivir sin que se afecten su dignidad. Es cierto que la victimología actualmente es denotada en función de la criminalidad, siendo necesario reconocer que el campo de estudio traspasa las fronteras del delito, teniendo en cuenta que esta condición de víctima aparece en un escenario que puede ser provocado por hechos humanos propios, ajenos e incluso de origen natural, como lo es en los desastres naturales.

Se reconoce que, la persona está expuesta a diferentes situaciones que vulneran su integridad, posicionándola en ese estado de víctima, por ello indispensable, reconocer que existen factores que pueden provocar que una situación o hecho produzca victimización en unos y en otros no. Es a través de los aportes de la victimología que como disciplina alcance a desarrollarse en un contexto propio, que se alcanza a reconocer cuáles son las condiciones que permiten predisponer a la victimización, a alcanzar el estado de víctima, y atender a la víctima para evitar que el efecto expansivo de esta condición repercuta en el menor número de personas.

No se puede dejar de reconocer el interés de la victimología en el ámbito penal, tiene su origen ante los altos índices de criminalidad que generan la necesidad de una política criminal, que incluya y adecúe la atención de problemas sociales, culturales y económicos, es decir bajo una mirada preventiva en la cual están incluidos la víctima y el victimario, teniendo en cuenta que estos son los agentes que confluyen en el hecho delictivo. Se aprecia entonces que, al contar con un sistema de protección de derechos fundamentales, el Estado les otorga la calidad de bienes protegidos, que debe alcanzar a ser protegida dentro de cada estructura, siendo entonces relevante, el rol de la familia, como institución próxima en velar por el goce de derechos, la sociedad organizada y el Estado. Por ello, el referente para implementar una política criminal, tiene relevancia reconocer a la persona en su estado de vulnerabilidad para ser victimizada, las conductas punibles, el victimario y las condiciones que permiten que los sujetos coincidan en el escenario del delito, permitiendo que el Estado alcance a regular dichas interacciones, a fin de garantizar el funcionamiento de un sistema jurídico que proteja derechos fundamentales, sin alcanzar el populismo penal.

2.1. La victimología:

Como ciencia autónoma, cuyo eje central de estudio, está referido a la persona o personas sobre las cuales un hecho afecta el goce de derechos, teniendo en cuenta que el hecho al cual se hace referencia puede ser producido por causa fortuita, por tercero o por la misma persona, alcanzando a lesionar su integridad física, emocional o patrimonial.

El desarrollo de la victimología como disciplina científica, surge ante la necesidad de un sistema de justicia en el cual tienen relevancia los procesos sociales, que es donde confluyen factores externos e internos que hacen factible la victimización, al conjugarse las características propias de los sujetos víctima - victimario, es decir la denominada pareja criminal acuñada por Meldensohn y que fue profundizada por Von Hentig desde un enfoque interaccionista que relaciona al actor y víctima como socios para la realización del hecho punible. Es en esta visión que la victimología, reconoce el rol de la víctima, tomándolo como objeto de estudio para alcanzar información respecto a la existencia de factores internos o externos que predisponen a una persona en estado de vulnerabilidad frente a ciertos hechos, los cuales deben ser atendidos dentro la política nacional de todo Estado, haciendo factible la aplicación de planes de prevención, la estructuración de marco jurídico, la aplicación de la ley penal, además de incluir al aparato estatal en función de la relación estado e individuo.

La ONU en Resolución 40/43, del 29 de noviembre de 1985 reconoce que víctima con el siguiente texto “Personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder” es decir que el estado de víctima puede generarse a consecuencia de un hecho delictivo que directo o indirecto genere un efecto lesivo o daño, producido por conducta delictiva, guerra, conflicto armado, catástrofe natural o accidente. La interacción humana, conlleva tácitamente la condición de víctima, toda interacción con el entorno físico y humano, coloca a la persona en estado de vulnerabilidad, por ello es relevante reconocer que existen tres dimensiones a tener en cuenta:

- a) Dimensión intersectorial, tiene relevancia en función que permite identificar los ámbitos en los cuales la persona se encuentra expuesta a ser alcanzada por un hecho o suceso que ocasione un daño físico, emocional o patrimonial, su importancia se centra en que permite asumir la prevención, de condiciones que provocan estado de victimización, mediante la aplicación de programas asistenciales de salud pública que garantice su estado físico y emocional con la finalidad de disminuir los riesgos, reubicación considerando la exposición a zonas de peligro ante desastres naturales, la creación de marco normativo en atención a la ponderación de derechos contrapuestos. Es decir, esta dimensión permite que el Estado cumpla con formular planes de atención preventiva en las escuelas para enfrentar el bullying, el abuso sexual, entre otros, crear normas especiales que garantizan la protección de grupos sociales expuestos como es en el ámbito familiar, que no solo alcance al ejercicio de violencia manifiesta, sino también al estado de abandono en el cual se encuentran los hijos, aquellas referidas a la aplicación de justicia penal para menores de edad, entre otros.
- b) Dimensión generacional, permite identificar, que existen estados durante el desarrollo de la persona cuyas características propias de la etapa evolutiva, revelan limitaciones para enfrentar algunos hechos o riesgos, sea por su condición física o emocional, requiriendo por ello especial protección, manifestación que se refleja en diversos instrumentos internacionales a través de las convenciones, pactos y protocolos, que ponen énfasis en la niñez, adulto mayor, madre gestante.
- c) Dimensión integralidad, identifica los factores internos en la persona que hacen factible su predisposición a ser víctimas, se relaciona entonces a condiciones emocionales, psicológicas, culturales, que deben alcanzar a ser protegidas, tal como la existencia de la condición de inmigrante, la discapacidad, la situación de pobreza, entre otras.

La identificación de estas dimensiones resulta de los estudios realizados por Hans Von Hentig que llegó a clasificar a las víctimas en función de las dimensiones antes expuestas, como un mecanismo que permite reconocer los factores predisponentes para la victimización, lo cual resulta esencial que como ya se ha expuesto por ser pilar en la elaboración de diferentes instrumentos internacionales, códigos y normas.

La relevancia de reconocer los factores que posibilitan o acrecientan un estado de peligro para la persona, es indispensable, en consideración que existen diferentes tipos de víctimas según el entorno en el cual se ven afectados, es decir que el entorno en el cual se desenvuelve la persona es relevante, realidad que se plasma en la interacción sujeto Estado, en el cual es el poder estatal que alcanza a colocar a la persona en estado de victimización.

2.2. Victimización normativa:

Hablar de victimización normativa, puede ser controversial en atención que la creación de normas se sustenta en la factibilidad de garantizar el goce pleno de los derechos reconocidos y alcanzan a garantizar la legalidad en la aplicación de normas y actuación del Estado, es decir, la creación de normas emerge en función de las relaciones humanas desde una visión constitucional, que además reconoce instrumentos supranacionales.

Nuestro marco normativo, refleja protección, acción estatal para salvaguardar los derechos humanos, sin embargo la revisión acuciosa permite identificar expresas vulneraciones, tal como se evidencia en el Decreto Legislativo N° 1384, que modifica el artículo 42 del Código Civil, que otorga reconocimiento excepcional a mayores de catorce años y menores de dieciséis, que por contraer matrimonio o ejercitar la paternidad, otorga capacidad de ejercicio, lo cual representa la expresa vulneración expresa del artículo 6 de la norma constitucional, cuyo texto versa “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables”, lo cual despliega la interrogante ¿el adolescente comprendido en el rango etario de la norma cuenta con capacidad para alcanzar a formar un entorno familiar que garantice la subsistencia de una unidad tan relevante para el Estado?; además, el artículo en referencia en segundo párrafo expresa: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.”, que conlleva a preguntar ¿existe en el contexto social actual la factibilidad de que el adolescente comprendido en el grupo etario, alcance a cubrir las necesidades de los hijos que engendra?. Solo haciendo referencia a estas dos interrogantes, nos encontramos en la controversia de garantizar al adolescente la capacidad de poder decidir, sin embargo, hay que reconocer que los efectos que se producen es la vulneración de una generación venidera. Es decir que habiéndose reconocido que el crecimiento de la criminalidad tiene como referente el alto número de familias disfuncionales, sumada a las condiciones de necesidad y pobreza, dotamos a una población que, aun encontrándose bajo la protección social y estatal, asuma roles de cabeza de familia, lo cual es una manifestación plena de autorización para victimizar a los hijos de los menores.

2.3. Victimización Social:

Hablar de victimización social, nos coloca en el contexto de interacción entre sujetos, donde el Estado cumple un rol regulador a fin de garantizar la protección de los derechos vulnerados, la victimización social alcanza a manifestarse en diferentes ámbitos, lo cual lleva a reflexionar el rol de victimario que asumen los medios de comunicación, al develar la condición de culpable, omitiendo el reconocimiento de lo expreso en artículo 2, numeral 7 de la norma constitucional que expresa que toda persona tiene derecho: “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.”, artículo al que refiero en función de las afirmaciones que logra propagarse a través de diversos medios de prensa sin reconocer que para quebrantar el principio de inocencia debe existir declaración judicial de la responsabilidad; es reconocible que existe en muchas ocasiones un estado de indignación social frente a los efectos de una conducta delictiva, sin embargo hay que reconocer que es indispensable garantizar que toda persona imputada por un delito que es expuesta abiertamente a los medios sin haberse alcanzado el reconocimiento de su responsabilidad no solo daña a su esfera personal, sino que propaga su efecto lesivo a la esfera próxima que está compuesta por su entorno familiar, ocasionando repercusiones que pueden conllevar a efectos de gran connotación para su vida y la de quienes conforman su familia.

2.4. Victimización en la Justicia Penal:

La acción penal, surge como una manifestación expresa de actuación estatal que protege a la sociedad de los efectos que se producen por la perpetración de un delito, si bien es cierto se ha podido reconocer que el alcance a la justicia penal es decir con la determinación de la responsabilidad y la aplicación de una pena, cuya finalidad es alcanzar la rehabilitación del sujeto que ha infringido las normas penales, debe garantizar que la sanción responda razonablemente y proporcionalmente a la conducta y el efecto lesivo, lo cual conlleva a analizar el artículo 2, numeral 2 de la norma constitucional que reconoce “la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

Lo que lleva a cuestionar el alcance del contenido que refiere la frase a otro índole, lo cual nos remite al artículo 2 de la Declaración universal de los derechos humanos que expresa “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”

Dichas las normas a fin de reconocer la condición de victimización que se alcanza frente a la condición de culpable que se atribuye, sin haberse alcanzado la declaración judicial que reconoce la responsabilidad de un hecho delictivo, tal como se evidencia en la etapa de investigación de un delito en que se antepone la prisión preventiva como una manifestación de alcance a la justicia, colocando al sujeto dentro de un sistema preventivo que alcanza a vulnerar el derecho a la libertad y a recluirlo en el mismo ámbito que el que cuenta con la condición de culpable. Es decir que nos encontramos frente a una manifiesta generación de estado de victimización por un sistema de justicia penal, que además no logra ser eficiente por parte de los titulares de la acción penal, ni del órgano policial, es decir nos encontramos frente a una medida de asegurar que el imputado no evada la justicia por la falta de capacidad de las autoridades.

2.5. Revictimización:

Es entendida como victimización secundaria, la cual afecta a la víctima producto de la ineficacia estatal de atender a su estado de vulneración, enfrentando a la víctima a un sistema que no logra proteger los derechos reconocidos de acceso a la justicia y de protección. Es decir que nos encontramos en una forma de violencia institucional, que por lo general se evidencia a luces en el sistema penal, desde el momento en el cual se inicia con la denuncia y se prolonga durante todo el proceso, sea por acciones que afectan el acceso a la tutela efectiva, o afectan la dignidad de la persona e incluso el derecho a la no discriminación e igualdad ante la ley, o por omisiones que se reflejan en un aletargado ejercicio de la acción penal y actividad procesal.

El reconocimiento del evitar todo tipo de victimización secundaria, se encuentra expreso en el artículo cuatro de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (resolución N° 40/34, del 29 noviembre 1985 ONU) que expresa “Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. Y el artículo 5 del mismo “Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener

reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.”

Para ejemplificar manifestaciones expresas de la victimización secundaria, se hace referencia a una realidad actual, que es la violencia de género a fin de destacar la expresión exacta de acciones que son realizadas en este contexto:

- a) Hostilidad del sistema de justicia.- El acceso a la justicia en los casos de violencia de género, se ha podido notar que existe desconocimiento por parte de quienes acceden a sedes policiales, en donde son atendidas por personal que no se encuentra capacitado para brindar asesoramiento, generando en la víctima desconcierto e incertidumbre, así como también la sensación de desprotección frente a su agresor.
- b) Estereotipos de género.- En la actualidad y a pesar de las altas corrientes que buscan generar un clima de protección especial a la mujer, se encuentra presente el excesivo cuestionamiento bajo un estereotipo de mujer culpable.

Las manifestaciones expuestas, son algunas expresiones que alcanzan a revictimizar; sin embargo, hay que acotar que estas no solo abarcan en el ámbito de violencia hacia la mujer, considerando que existen otros sectores en que la victimización secundaria tiene costos altos, como es para los menores de edad, que habiendo sido abusados sexualmente, se encuentran bajo un sistema que afecta no solo el derecho a ser protegidos por el Estado, si no que alcanza a ser afectado en su entorno familiar y social.

2.6. La victimología y la política criminal:

El reconocer el deber del Estado como protector de los derechos fundamentales de la persona, conlleva a garantizar una estructura que alcance a prevenir el delito a través de un marco normativo y el funcionamiento de organismos especialmente direccionados a atender la realidad en el cual se encuentra la víctima, a fin de dotarla de la protección a la cual tiene derecho, garantizando el trato justo e idóneo que permita reparar los daños ocasionados por la conducta o hecho delictivo. Es así que la política criminal conforma parte del lineamiento estatal, cuya finalidad es prevenir y reprimir conductas delictivas a través de un proceso que restituya el efecto lesivo a la persona o su patrimonio siendo indispensable que se tenga en cuenta:

- Criminología, analiza las causas del delito, delincuente y control social (tanto formal como informal).
- Penología, estudio del delito y la pena.
- Victimología, analiza factores que colocan en condiciones de vulnerabilidad.

El aporte de la ciencia victimológica conjuga la atención previa y oportuna, desde el reconocimiento de:

- La víctima, tipología, a través de los enfoques de intersectorialidad, generacional, integralidad, por colocar a la persona en estado de vulnerabilidad, es decir las características físicas, emocionales y psicológicas, que incluso pueden llevarla a determinar su responsabilidad en el delito.
- La victimidad, factores relacionados al victimario considerando tanto al agente de la conducta criminal, los operadores de justicia, miembros de la policía nacional y otros que tienen contacto

antes y después de la comisión de un delito.

- El Victimario, reconocer los tipos de conductas recurrentes y además de la preparación de los operadores de justicia, miembros de la policía nacional u otros que generan la revictimización por el inadecuado manejo de la intervención y aplicación de justicia, sin descuidar la política de prevención a través de las instituciones de salud, escuelas, medios de comunicación, entre otros.

A fin de poder atender los conflictos de carácter criminal, con la finalidad de plantear la actuación coherente de un sistema de prevención y represión a la criminalidad, mediante:

- a) La planificación, a través de los resultados estadísticos del delito (determinando causas, factores de expresión)
- b) La articulación, formulación de políticas y directrices para el control social,
 - i. Prevención, a través de la sociedad e instituciones
 - ii. Investigación, operadores
 - iii. Represión, entidades publicas
- c) La supervisión para reconocer si dichas acciones cumplen los objetivos

2.7. La victimología como interés internacional:

En 1973 se celebra el I simposio internacional de victimología (Jerusalén) desarrollándose cuatro ejes científicos respecto a victimología (concepto, definición, aspectos interdisciplinarios, metodología entre otros), la víctima (tipología, durante el proceso, etc.), la relación victimario-víctima, la sociedad y víctima, (actitudes y políticas de prevención, tratamiento, resarcimiento, etc.). El segundo simposio en 1976 (Boston), el programa desarrolló aspectos conceptuales y legales, siendo relevante: la víctima en el procedimiento judicial, las relaciones victimales, la victimización corporativa. En 1979, el III simposio, desarrolla temáticas respecto a víctimas del delito de cuello blanco, asistencia a las víctimas, entre otros, que se han ido desarrollando cada tres años, permitiendo a la fecha reconocer que la victimología es una ciencia presente, que ayuda a la criminología y cuyo futuro es prometedor, considerando que los estudios son cada vez más abundantes y está siendo tema de interés en muchos países.

2.8. Victimología referente esencial para la justicia reparadora:

Considerando que la victimología alcanza a ser una disciplina de gran relevancia por ser la que permite identificar las vulnerabilidades, la atención coherente por parte de las autoridades y la restitución de las lesiones o daños provocadas por el hecho propio, por tercero o naturaleza, conllevan a que el Estado actúe en función de las necesidades preventivas con un sistema de identificación de condiciones que generan estado de vulnerabilidad, siendo un modelo a seguir el de las empresas aseguradoras que logran alcanzar a identificar en consideración de las características individuales de las personas, los riesgos a los que se encuentra expuesto a fin de determinar los criterios para los costos y coberturas de seguros brindados, este sistema es idóneo para garantizar una política preventiva y establecer planes institucionales y atención especial en las zonas de riesgo.

El otro eje de tener en cuenta a la victimología es garantizar la existencia de personal idóneo que atienda a las víctimas, mediante la capacitación permanente, controlando la corrupción en las diferentes instancias. Además de contar con espacios idóneos de atención evitando que la víctima sea atendida por un sistema que además de aletargado, afecte emocionalmente debido

al trato y condiciones a las que se le expone durante la investigación, proceso y posterior a este mediante sistemas de auxilio que no alcanzan a satisfacer las necesidades; ejemplo de ello se puede mencionar, la asistencia que se brinda a un adolescente que ha sido abusada sexualmente, tiene que asistir a terapia o apoyo psicológico, sin considerarse que para ello debe afrontar un sistema que no alcanza a adaptarse a las necesidades debido al hacinamiento de los centros que proveen el servicio, los trámites administrativos a los cuales se encuentra expuesto el paciente y la delimitación de los tiempos asumidos para cada sesión terapéutica, entre otros.

Es dentro de una visión de justicia reparada que se hace indispensable ante el hecho lesivo, el daño sea reparado, haciendo referencia especial respecto al acto de naturaleza criminal, se resalta lo expresado por Díaz de León (1999) “se impone al delincuente como pena pública y comprende, a) la restitución de la cosa obtenida por el delito, y b) la indemnización del daño material y moral causada a la víctima y su familia” (pág. 1814), es decir que si bien el Estado es quien tiene la acción para sancionar la conducta punible y alcanzar la rehabilitación y resocialización del agente del delito, se desatiende en cierto sentido a la víctima considerando que su participación pasaría a conformar parte del sistema penal en función de los aportes que pueda ofrecer y relegada hasta la culminación del proceso, que incluso puede dejarla sin reparación de daño, es relevante tener en consideración la participación directa de la víctima en el proceso además de asegurar la reparación a las víctimas, en reconocimiento del Estatuto de Roma, en artículo 75, numeral 1, cuyo texto “La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.” El cual otorga un lineamiento en favor de las víctimas que se desarrolló dentro del Derecho nacional, por sustentarse en el reconocimiento de los derechos humanos y que permitirá la creación de un fondo fiduciario que permita al Estado asegurar las reparaciones de los daños producido, siguiendo modelos:

- Francia (1951) estableció con ley, que en los accidentes producidos por vehículo motorizado en la que no se pueda determinar el autor o este no cuente con solvencia para alcanzar a reparar los daños producidos, exista un fondo de garantía que permita a la víctima atender las necesidades y efectos producidos por el hecho.
- Nueva Zelanda (1963), prevé sistemas de compensación en los tribunales, a fin de que sean utilizados para cubrir gastos de diferente origen en favor de la víctima; sin embargo, dicho sistema se tornó confuso y complejo, en consideración que estaba acompañado de un procedimiento que no alcanzaba a ser oportuno afectando el derecho de reparación en favor de las víctimas.

2.9. Normativa judicial de protección a la víctima:

En el Código procesal penal, se establece en el artículo 95° los Derechos del agraviado

1. El agraviado tendrá los siguientes derechos:

- a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
- b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
- c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la

protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.

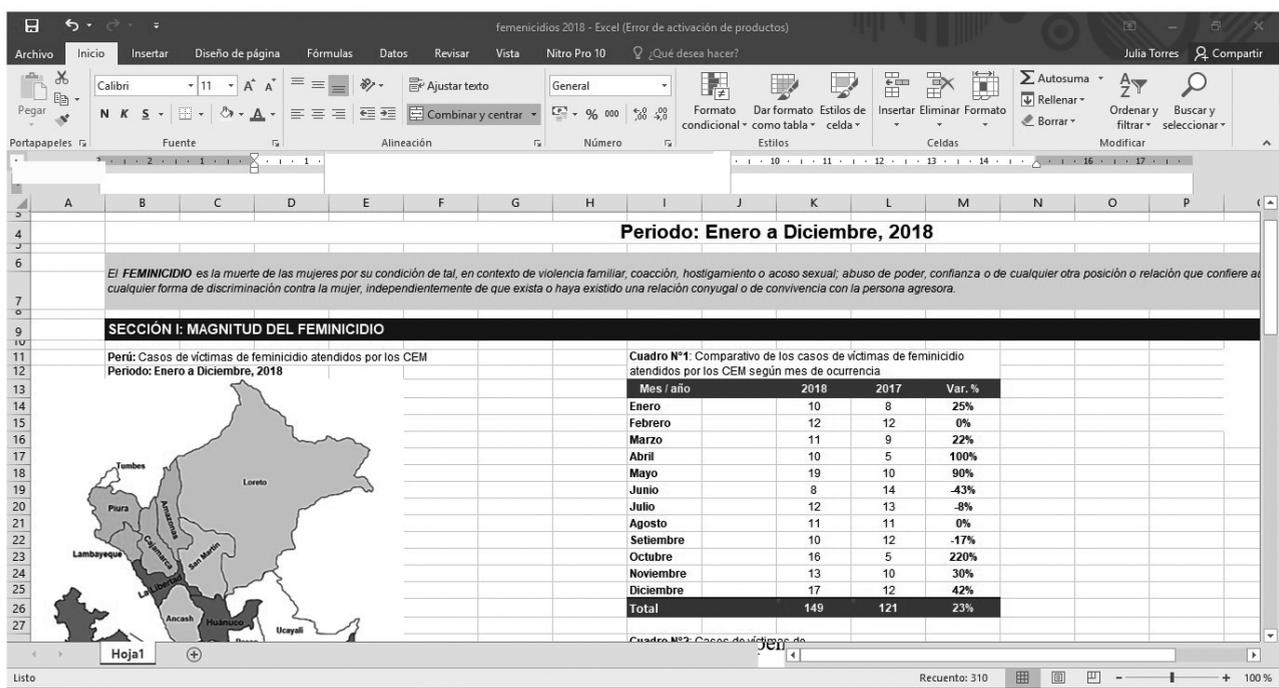
d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

2. El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.

3. Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza.

2.10: Resultados estadísticos de violencia

Por desprotección a las víctimas con previa violencia contra la mujer, siguen creciendo exponencialmente siendo el caso del 2018 de 149 muertes, toda vez que, en 2017 fueron 12. A fines de octubre del 2019 fueron 139 casos; se infiere el crecimiento, pese a penas más severas como la cadena perpetua, o en el caso de violación de menores de 14 años también se aplica la misma penalidad. Es que, el tratamiento del delito es desde la perspectiva dogmática del Derecho Penal y no desde la criminológica.



Fuente: MIMP <https://www.mimp.gob.pe/contigo/contenidos/pncontigo-articulos.php?codigo=39>

CONCLUSIONES:

Primera.- La condición de víctima es inherente a la persona, pudiendo estar determinada por condiciones física, emocionales, siendo por ello indispensable garantizar que exista una política preventiva en función de garantizar a través de programas de salud pública la atención de aspectos que fortalezcan a la persona como ser individual y como ser social.

Segunda.- El Estado no puede afectar a la persona respecto a sus derechos protegidos, por lo que debe ser diligente al estructurar un marco normativo en consideración de la ponderación de los derechos contrapuestos y el alcance de los efectos que se producen en la persona y su entorno inmediato, por ello es necesario reconocer la triple dimensión de la política que enfrente la criminalidad donde tienen rol relevante, la criminología, por ser aquella que analiza el delito causas, control social, la penología, por ser aquella que reconoce el delito y la pena, en función de la rehabilitación social y la victimología, por reconocer al afectado del delito como un sujeto de derechos que no solo espera la actuación estatal como garante de protección, sino la reparación del daño y la atención a las necesidades específicas provocadas producto de la vulneración de sus derechos.

Tercera.- Es necesario reconocer la dimensión asistencial que aporta la victimología ante el hecho que causa lesión desde una mirada preventiva, a fin de establecer los ejes de atención en los diferentes entornos desde edades tempranas, campañas y asistencia de salud pública, debida fiscalización de las zonas de alto riesgo, la preparación de los operadores que intervienen en la atención de víctimas, y la previsión de un fondo que permita garantizar la reparación de los daños a las víctimas con la finalidad de permitir que alcancen a superarse las necesidades originadas por el estado causado, siendo también indispensable la creación de convenios con instituciones privadas a fin de que otorguen apoyo asistencial a las víctimas.

Cuarta.- La necesidad de presupuestar para la ejecución de normativas que han sido diseñadas para la protección de víctimas en indefensión como el caso de la protección del código procesal penal, plan nacional contra violencia de género 2016-2021, decreto legislativo 1297.

Quinta.- La necesidad de un Fondo integral victimológico que, surge de la necesidad constitucional de defender el derecho a la vida, integridad y bienestar personal e individual, etc. Por ello se debería normar la creación del fondo con recursos de los Ministerios de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y de Desarrollo Social en tres ejes de fondo victimológico: a) para víctimas mujeres y sectores vulnerables (menores de edad y víctimas de odio) en indefensión por desidia estatal, comunitaria y familiar, debidamente evaluadas; b) para víctimas por errores judiciales y agravio por las instituciones estatales; y c) para víctimas como consecuencia de delitos graves en vulnerabilidad propiciada por estos hechos.

Sexta.- Establecer una política de estado para el tratamiento del delito, no desde la perspectiva dogmática del Derecho Penal, sino desde una perspectiva criminológica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Trabajos citados

- Garófalo, R. (1890). Indemnización a las víctimas del delito. (P. Dorado Montero, Trad.) Madrid, España: La España Moderna.
- Lima Malvido, M. d. (2012). ¿Qué aporta el conocimiento victimológico, a la sociedad? ¿Y la sociedad al conocimiento victimológico? (U. d. Vasco, Ed.) Eguzkillore(26), 87-106.
- Márquez Cárdenas, A. E. (2011). La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal. (U. M. Granada, Ed.) Revista Prolegómenos. Derechos y Valores , XIV(27), 27 - 42.

Fuentes legales

Constitución Política del Perú. (1993). Lima - Perú.

ONU. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

ONU. (1985). Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Resolución 40/34.

Fecha de recepción: 30 de setiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019.

COLABORADORES

ABNER HERNÁN PRÍNCIPE MENA

Abogado por la Universidad Tecnológica del Perú. Con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez de Familia en la Corte Superior de Justicia de Lima Este.

DIANA MILENY UCHUYPUMA TUIPIA

Bachiller en Derecho por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Ha cursado diplomados en Gestión Pública, Derecho Administrativo y Procedimiento Administrativo Sancionador. Miembro del área de investigación del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ.

HEIDI SORAYA CÁRDENAS ARCE

Abogada por la UNIFÉ y Magister en Administración. Egresada del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente se desempeña como Jefe de la Oficina de Servicios de la Información de la Secretaría General de Essalud. Ha sido miembro del Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL y Secretaria General encargada del Seguro Social de Salud – Essalud.

JAKELÍN VERÓNICA NICOLÁS DE LA CRUZ

Estudiante del VIII ciclo la Facultad de Derecho de la UNIFÉ. Coordinadora del área de investigación de Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ.

JENNY LÓPEZ FREITAS

Abogada, con estudios de Maestría y Doctorado. Jueza de la Sala Superior de Justicia sobre Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. Especialista en Género por la Universidad de Jaén España. Conferencista sobre temas de Familia y autora de diversos artículos de la especialidad.

JORGE ENRIQUE MEDINA VÁSQUEZ

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Egresado de la especialidad de Gestión Pública. Ha laborado en diferentes entidades públicas, entre ellas, en la Empresa Municipal de Peaje de Lima – EMAPE S.A, perteneciente a la corporación de la Municipalidad Metropolitana de Lima, donde se desempeñó como especialista en la implementación de las recomendaciones efectuadas por el Órgano de Control Institucional, a la Gerencia de Infraestructura de la entidad. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

JOSÉ JULIO GOICOCHEA ELÍAS

Doctor en Derecho. Maestro en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Orden al Mérito Francisco de Paula Gonzales Vigil por el Ilustre Colegio de Abogados de Tacna. Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Tacna y de la Selva Central. Docente de

Posgrado en las Universidades Jorge Basadre Grohmann y Universidad Privada de Tacna. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

JORGE LUIS GODENZI ALEGRE

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres con estudios culminados en maestría y doctorado, catedrático universitario. Consultor Legal y Presidente del Instituto: "Vida y Salud". Articulista y conferencista.

JOSÉ MENDÍVIL NINA

Licenciado en Sociología por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Docente universitario e investigador con libros publicados sobre cultura, política, filosofía y sexualidad. correo electrónico jcesarm63@hotmail.com

KAREN MARIBEL REBAZA VÍLCHEZ

Licenciada en Derecho, Magíster en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Gestión Pública. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ) y cofundadora del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (CEDEC) de la misma casa de estudios.

MARIO ROMERO ANTOLA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Maestría en Derecho de Familia en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Docente en la Facultad de Derecho de la UNIFÉ y Decano de la misma.

MARITZA DANIELA CHÁVEZ ALEJO

Estudiante del V ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Miembro integrante del Círculo de Estudios de Derecho Penal y del Centro de Estudios de Derecho Constitucional.

MILLITZA FRANCISKOVIC INGUNZA

Doctora en Derecho, Magister en la Especialidad de Derecho Civil y Comercial, Docente Nominada en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón-UNIFÉ. Responsable Académica del Círculo de Estudios en Ambiente y Desarrollo Sostenible.

NUCCIA SEMINARIO HURTADO

Bachiller en Derecho por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Maestranda en Docencia Universitaria. Estudió Derecho Internacional, Religioso Comparado y Humanos en la Universidad de Milán, Italia, Universidad de Montréal, Canadá y Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Visitante profesional en el Tribunal Europeo de Justicia, Luxemburgo y la Corte Penal Internacional, Holanda. Especialización en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Leiden, La Haya, Holanda.

PEDRO PATRÓN BEDOYA

Abogado, Vice Decano del Colegio de Abogados de Lima, ex Vice Ministro de Justicia y Educación, Catedrático universitario, autor de obras jurídicas, consultor nacional e internacional, ex funcionario de entidades internacionales de derecho de las tecnologías, ganador absoluto del primer concurso para acceder a la Junta Nacional de Justicia.

PIERO DA GIAU ROOSE

Maestro en Derecho. Egresado del Curso de DDHH en la American University Washington College of Law. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ), dicta los cursos de: Derecho de las Obligaciones, Títulos Valores, Práctica Judicial y Derecho Procesal.

RENÉ PALOMINO SÁNCHEZ

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Ex coordinador e integrante del Centro de Estudios de Derecho Cambiario de dicha casa superior de estudios.

WALTER JORGE MENDIZÁBAL ANTICONA

Magister y Doctor en Derecho, ambos con honores “Magna Cum Laude” Docente universitario Pre y Posgrado. Coautor de la obra “Victimología” ediciones Grijley.

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

I. DISPOSICIONES GENERALES:

1. Se recibirán artículos originales, no publicados y no enviados para su publicación a ningún otro medio de comunicación.
2. Los temas a tratar deberán estar relacionados con las líneas de investigación establecidas por la Facultad de Derecho.

II. FORMATO DE PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS:

El formato de los artículos debe presentarse de la siguiente forma:

- 1. Título del artículo y nombre del autor
- 2. Resumen y Abstract
 - Resumen: No debe ser mayor de 150 palabras (10 líneas).
 - Abstract: Es el Resumen traducido al idioma inglés.
- 3. Palabras clave y key words (las palabras claves traducidas al inglés)
- 4. Introducción
- 5. Contenido:
 - La redacción del texto debe realizarse en lenguaje claro y preciso, teniendo en cuenta al lector no especialista.
- 6. Conclusiones
- 7. Referencias bibliográficas y citas bibliográficas.
- 8. Numeración de páginas: Las páginas deben estar numeradas.

EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO: Número máximo de páginas: 20, incluyendo notas a pie de página, tablas, ilustraciones y referencias bibliográficas.

FUENTE: Los artículos deberán estar escritos en letra Arial estilo normal, tamaño de fuente número 11; a espacio sencillo y en formato Microsoft Word

SOPORTE: El autor deberá entregar su artículo en formato digital (enviado por correo electrónico a lumenderecho@unife.edu.pe), así como debidamente impreso en hojas A-4 en una sola cara. Los autores deberán enviar una reseña de su currículum vitae en un párrafo de cinco líneas incluyendo correo electrónico, teléfono y dirección postal.

REVISIÓN DE ARTÍCULOS: Para la selección y publicación final de los artículos, éstos serán revisados por pares (árbitros) y por el Consejo Editorial de la Revista Lumen de la Facultad de Derecho- UNIFÉ, para su selección y publicación.

El Consejo Editorial aprueba o rechaza los artículos de acuerdo a las bases de publicación. El procedimiento que se sigue es el siguiente:

- a) El responsable de la Revista verifica que el artículo cumpla con los aspectos formales. De no cumplir con las normas estipuladas se informa al autor para que realice los ajustes correspondientes, una vez subsanadas las observaciones formales del artículo por el autor, el responsable remite el artículo a un árbitro externo a fin que éste emita el informe de revisión correspondiente. Cabe señalar que el árbitro no conoce la identidad del autor y viceversa.

- b) El responsable de la Revista envía al autor el resultado con las sugerencias, si hubiere, para mejorar el artículo.
- c) El responsable recibe la versión final para proseguir con la edición.

Se considera los siguientes criterios de evaluación:

- a) Originalidad del artículo.
- c) Rigurosidad en el desarrollo del artículo
- d) Referencias actualizadas.
- e) Cumplimiento de las normas de publicación y estilo APA. Luego de la evaluación se considera el artículo:
 - 1. Aceptado para publicar.
 - 2. Aceptado para publicar con observaciones (se recomienda realizar ciertas modificaciones antes de su publicación).
 - 3. No se recomienda su publicación.

III. ENTREGA DE ARTÍCULOS Y CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN:

1. El autor deberá remitir vía correo electrónico a lumenderecho@unife.edu.pe, el texto del artículo, conjuntamente con la Carta de Cesión de Derechos debidamente escaneada con la firma del autor o autores o dejarla en forma física en la Oficina de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho.
2. Los autores ceden y transfieren en forma exclusiva, a través de la carta de Cesión dirigida al Decano de la Facultad de Derecho, el derecho de publicar, distribuir y divulgar su obra a través de la Revista Lumen, tanto en el territorio nacional como fuera del país.
3. Asimismo, los autores autorizan a la Universidad para publicar el artículo en el repositorio institucional.
4. La responsabilidad del contenido, autoría y originalidad del artículo es exclusivamente de sus autores.
5. Los autores recibirán en forma gratuita tres ejemplares de la revista. Dado que se trata de colaboraciones voluntarias, la Universidad no se compromete al pago de ninguna suma por la elaboración y/o publicación de los artículos.
6. Los artículos serán recibidos en la Oficina de la Unidad de Investigación ubicado en el primer piso de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Av. Los Frutales N° 954 Urb Santa Magdalena Sofía o a través del correo lumenderecho@unife.edu.pe (511) 4364641 o (511) 4341885 anexo 312.
7. El Consejo Editorial se reserva el derecho de hacer la corrección de estilo y cambios editoriales que considere necesarios para efectos de la presentación de la revista en general
8. Plazo para la entrega de artículos: 30 de setiembre de 2019.

IV. PAUTAS A CONSIDERAR EN LA REDACCIÓN DE LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Los autores deben considerar las siguientes pautas formales, siguiendo el modelo de las Normas de la American Psychological Association (Normas APA):

CITACIÓN DE REFERENCIAS EN EL TEXTO:

1. Citación directa de las fuentes: menos de 40 palabras

-El texto se cita entre comillas, anotando el nombre del autor, año y número de página. Ejemplo:

Según Ledesma Narváez (2008) en cuanto a la conciliación en el campo del derecho procesal, “es el acto jurídico, procesal, bilateral y solemne orientado a poner fin al conflicto”(p. 5).

Las citas textuales deben escribirse entre comillas y en cursiva, indicando al final la referencia bibliográfica. Ejemplo: *“El tributo colonial y monetario, elevado continuamente, constituyó entonces un peso mucho mayor que la antigua entrega de energía humana”* (Pease, 1989, p. 186).

2. Citación directa de las fuentes: mayor a 40 palabras

-Se despliega en un bloque independiente del texto y se omiten las comillas. Se anota el autor, año y número de página. Ejemplo:

En cuanto a la dejación de la casa, significa el elemento de hecho en el abandono, y que se materializa en que el cónyuge ya no vive en el domicilio conyugal, elemento que casi siempre se trata de probar a través de una copia certificada de denuncia policial, sin embargo, a criterio de los jueces ello es insuficiente por considerar que se trata de una denuncia de parte, por lo tanto a la certificación deberían agregarse otras pruebas pertinentes. (Aguilar, 2016 p. 248)

3. Citas dentro de las citas textuales

- Como lo diría Bennet, citado por (Guillen y Aduna, 2016) la cultura puede entenderse como “un conjunto unido de maneras de actuar...., maneras de pensar ... y (...) maneras de sentir... (Solís, 1994, p. 63) de un grupo de individuos las cuales se heredan y transmiten de generación en generación permitiéndoles reconocerse y ser reconocidos”.

4. Citación de referencias en el texto

a) Un trabajo de un solo autor

- Jessen (1970) afirma que el derecho de autor era conocido en la antigüedad...
- El derecho de autor era conocido en la antigüedad bajo el aspecto patrimonial (Jessen, 1970)
- En 1970 el estudio realizado por Jessen afirmó que el derecho de autor era conocido en la antigüedad ...

b) Un trabajo de múltiples autores (de tres a más)

- Calvo, Marrero y García (2005) afirman que ...
- Calvo et al (2005), consideran que ...

- Ireys, Chernoff, De Vet et al (2001)

Seis o más autores: Citar el apellido del primero de ellos, seguido por et al. y el año, tanto la primera vez como en las subsecuentes: Schalock et al (2007).

c) Entidades como autores que tienen abreviaturas:

- Cuando se cita por primera vez: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI, 2014); o también (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual [INDECOPI], 2014)
- Citas subsecuentes en el texto: INDECOPI (2014); o también (INDECOPI, 2014)

Que no tiene abreviaturas:

- Cuando se cita por primera vez: Universidad Femenina del Sagrado Corazón (2015); o también (Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 2015)
- Citas subsecuentes en el texto: Universidad Femenina del Sagrado Corazón (2015); o también (Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 2015)

d) Autores con el mismo apellido: Ejemplo:

Entre los estudios, revisamos a M.A. Light y Light (2008) e I. Light (2006).

En las Referencias:

- Light, I. (2006). Deflecting Immigration...
- Light, A. & Light, I. H (2008). The geographhic

e) Fuentes secundarias

Al respecto, Ots Capdequí (citado por Pizarro, 1974) afirma que en el Derecho Indiano no existían normas específicas en materia de derechos de autor...

f) Obras clásicas

- Freud (1915/1993)
- Freud, S (1993) Puntualizaciones sobre el amor de transferencia. En S. Freud. Obras Completas (Vol 12, p. 159). Buenos Aires. Amorrortu (trabajo original publicado en 1915).

g) Comunicaciones personales

- J. Pérez Muller (comunicación personal, 15 de mayo, 2005)
- (J. Pérez Muller, comunicación personal, 18 de enero, 2005)

h) Notas a pie de página

Se ubicarán al pie de la página del texto ubicando el número sobre la palabra referencial, Ejemplo:

- En la UNIFÉ, la Asamblea Universitaria es el ente rector de la Universidad y analiza, evalúa y aprueba los Planes de Funcionamiento.

5. Reseña bibliográfica

Deberá haber correspondencia entre las citas del texto, salvo las fuentes por comunicación personal; deben estar organizadas en orden alfabético y sin numeración. Ejemplo:

- Blondet, C y Carmen, M. (1994). La situación de la mujer en el Perú: 1980 - 1994. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos.

Editores:

- Virole, B (Éd.) (1996). Psychologie de la surdit  [Psicología de la sordera] Paris. Bruxelles. De Boech & Larcier S.A.

1 Est a conformada por la Rectora, los Vicerrectores, los Decanos, los representantes de los docentes, de las alumnas y de la Entidad Fundadora.

Fecha de publicación:

- Velit Granda, J (19 de marzo de 2013). La hora de la reconciliación. El Comercio, p. A 18.

Publicaciones periódicas: diarios, boletines y revistas

- Silva, L (15 de marzo de 2013). Cumpl  mi sueño de ser abogada. El Comercio, p. A 13.
- Deza, S. (2007). Trascendiendo apariencias: historias de mujeres en reclusión. Avances en Psicología. 15(1), pp 115-133.
- Rowe, J (1985). Probanza de los Incas nietos de los conquistadores, Histórica. Vol IX N  2, Lima: PUC, 193- 220.
- López Salazar, J.A (2010). Atravesando una muralla invisible. Teorías de la comunicación semiótica autista. Signo y Pensamiento, 29(57). Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/2536>

Publicaciones no periódicas: libros y reportes

- Tarrow, S (1997). El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política. Madrid, España: Alianza Universitaria.

Referencia On line se debe presentar según el siguiente modelo:

- Juan Carlos Tudesco, (Enero – Abril 2004).  Por qué son tan difíciles los pactos educativos? La Revista Iberoamericana de Educación N  34 (on line) ISSN: 1681-5653. España: Organización de Estados Iberoamericanos. Recuperado de <http://www.campus-oei.org/revista/rie34a01.htm>.

- American Psychological Association. (2013). About APA, Recuperado de <http://www.apa.org/about/index.aspx>
- Morales, P. (2011). Las representaciones de los docentes en los procesos de construcción identitarios de las personas sordas dentro de su educación. *Estudios Pedagógicos*, 37(2), 161 – 180. Doi: 10.4067/SO718- 07052011000200010

Tesis en internet:

- Castillo, J.C. (2006) El Estado- Nación pluriétnico y multicultural colombiano: la lucha por el territorio en la reimaginación de la nación y a la reivindicación de la identidad étnica de negros e indígenas (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid - UCM, Madrid, España. Recuperada de <http:// biblioteca.ucm.es/tesis/cps/ucm-t28946.pdf>

Las abreviaturas (símbolos, antónimos y siglas) deberán ser definidos en la primera vez que son usadas, excepto en el resumen, salvo si se repiten más de una vez (a partir de la segunda se usarán las abreviaciones).

*Revista impresa en los talleres de
Grafimag S.R.L.
Jr. Ica 713 - Lima
Telf.: 424-7531
grafimag@gmail.com.pe*