

EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO EN MATERIA DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN LAS UNIVERSIDADES

Alberto Cairampoma Arroyo¹

RESUMEN

El presente artículo analiza el régimen disciplinario aplicable para casos de hostigamiento sexual en las universidades peruanas. En nuestro ordenamiento Constitucional no se reconoce de manera expresa la potestad sancionadora de la administración pública. Así, queda en el Tribunal Constitucional, a través de diversos pronunciamientos, declarar que el ejercicio de esta potestad resulta constitucional, siempre en cuando se respeten las garantías mínimas propias del derecho administrativo sancionador.

Hoy se cuenta con el texto único ordenado de la ley, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS. La importancia del establecimiento de este régimen en el caso peruano es innegable, pues desde la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) se establecieron los límites y alcances del derecho administrativo sancionador. Se dejó por sentado que, si bien hay diferencias con el derecho penal, pueden compartir la aplicación de algunas instituciones y principios que sirven para el adecuado funcionamiento del sistema y una adecuada aplicación del *ius puniendi* del Estado.

En este sentido, en el caso de los casos de hostigamiento sexual, en el artículo 90 de la Ley Universitaria, se ha establecido que se pueden dictar medidas preventivas, lo cual incluye la posibilidad de que el docente sea «separado preventivamente sin perjuicio de la sanción que se imponga», alcanzando este régimen tanto a universidades públicas como privadas.

Palabras clave: Hostigamiento sexual, régimen disciplinario, texto único ordenado de la ley.

¹ Profesor ordinario asociado de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro fundador del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo (GIDA). Agradezco el apoyo de Annie Fetta y Andrea Álvarez en la revisión del presente trabajo. Además, quiero agradecer a mi esposa, Elizabeth Arias, y mi hija, Julieta, quienes —con su amor y comprensión— todo lo hacen posible.

ABSTRACT

This article means to analyze the disciplinary regime applicable to cases of sexual harassment in Peruvian universities, in our constitutional system the sanctioning power of the public administration has not been recognized expressly, leaving it to the Constitutional Court, through diverse pronouncements, to declare that the practice of this power ends up being constitutional, as long as the minimum guarantees of the Sanctioning Administrative Law are respected. Currently, we have the Unique and Orderly Text of the Law, approved by Supreme Decree N° 004-2019-JUS. The importance of the establishment of this regime in the case of Peru is undeniable, for from the validity of the LPAG it's been possible to establish which are the limits and reach of the Sanctioning Administrative Law, making it clear that, even if it has differences with Criminal Law, it can share the application of some institutions and principles that are of use to the adequate functioning of the system and an proper application of *ius puniendi* of the State. In this sense, in the particular case of the sexual harassment cases, in article 90 of the University Law, it has been established that preemptive measures can be dictated, which includes the possibility of the professor being “*preemptively separated without perjury of the sanction to be imposed*”, this regime reaching public universities as well as public ones.

Keywords: Sexual harassment, disciplinary regime, Unique and Orderly Text of the Law.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza el régimen disciplinario aplicable para casos de hostigamiento sexual en las universidades peruanas y se ha dispuesto como objetivo específico identificar si el régimen establecido cumple con los principios y garantías propias de un régimen sancionador disciplinario.

Para ello, se hace un análisis de las principales normas aplicables, como el Texto Único de la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Ley Universitaria, la Ley para la Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual y su reglamento. Es importante dar cuenta del régimen jurídico, tomar nota de las modificaciones de las dos últimas décadas en el ordenamiento jurídico peruano, que ha generado por una falta de técnica legislativa y manejo del derecho administrativo sancionador se incurran en vulneraciones de los principios que inspiran el procedimiento sancionador y disciplinario.

Por ejemplo, la vulneración del principio de proporcionalidad, que puede generar graves perjuicios a quienes se encuentran en un procedimiento como presuntos infractores y producir un grave daño al sistema que se ha deseado implementar para combatir los casos de hostigamiento sexual.

I. LA POTESTAD DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La potestad sancionadora en la Constitución peruana

Aunque en el caso peruano y la mayoría de países latinoamericanos se asuma con naturalidad el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las administraciones públicas, debemos precisar que —desde una perspectiva dogmática— se puede señalar que para el ejercicio de esta potestad se debe contar pre-

viamente con reconocimiento constitucional (Danós Ordóñez, 1995: 150).

En efecto, en el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de otros, como el español (artículo 25.1 de la Constitución de 1978), no se ha reconocido de manera expresa la potestad sancionadora de la administración pública, quedando en el Tribunal Constitucional, a través de diversos pronunciamientos, declarar que el ejercicio de esta potestad resulta constitucional, siempre que se respeten las garantías mínimas propias del derecho administrativo sancionador.

El respeto de estas garantías mínimas implica la vigencia y aplicación de los principios para el uso del poder punitivo del Estado, que se activa e involucra el menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, cuando estas han cometido una conducta ilícita o una infracción administrativa. En tal medida, en un Estado constitucional de derecho, se deben acoger todas las garantías del caso para que las medidas que se vayan a adoptar sean con estricto respecto a los derechos fundamentales de las personas y previa verificación de la configuración de una actuación infractora.

Por tanto, en el marco del ejercicio del *ius puniendi*, se debe garantizar el cumplimiento de principios como los de legalidad y tipicidad. Esto involucra la existencia de norma punitiva que sea conocida, la calificación del hecho o conducta que puede resultar infractora o ilícita, y las consecuencias jurídicas de manera preexistente a la conducta (vinculada con la irretroactividad) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, fundamento 106).

Para el Tribunal Constitucional peruano, el ejercicio de potestad sancionadora se encuentra condicionada al respeto de los principios

constitucionales (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) y, de manera particular, a los derechos fundamentales, siempre en el marco de un debido proceso (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, fundamento 2).

Así, si bien en el ordenamiento jurídico peruano no existe un reconocimiento a nivel constitucional de la potestad administrativa sancionadora, resulta innegable su importancia y es a través del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Poder Judicial, que el ejercicio del *ius puniendi* por parte de las administraciones públicas ha sido validado, siempre y cuando se respeten las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador, el cual ha sido desarrollado por el legislador mediante la Ley de Procedimiento Administrativo General, tal como lo veremos en el siguiente punto.

El procedimiento administrativo sancionador y disciplinario en el texto único ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General

Como señalé, en el caso peruano, es el legislador el que se ha encargado a inicios de este siglo de establecer el régimen jurídico para el ejercicio de la potestad sancionadora de las administraciones públicas, concretamente en el Título IV de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en la medida que desde su emisión en abril de 2001, hoy se cuenta con texto único ordenado de la ley, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS, por lo que en adelante haremos referencia a TUO de la LPAG).

Dentro del TUO de la LPAG se encuentra el régimen de los procedimientos especiales: tri-lateral y sancionador (en diciembre de 2016 se incorporó el régimen del ejercicio de la potes-

tad fiscalizadora en este título) y durante estas dos décadas el establecimiento del régimen del procedimiento administrativo sancionador ha resultado importante para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora.

Como señala Danós Ordóñez, existen tres aspectos a resaltar de la regulación estipulada en el TUO de la LPAG: i) el establecimiento de un conjunto de los principales principios para el desarrollo de la potestad sancionadora, donde no solo se enuncian, sino se establece el contenido y alcances de cara al cumplimiento por parte de las administraciones y las personas involucradas en estos procedimientos; ii) la regulación de la prescripción de la responsabilidad administrativa, el cual busca eliminar la incertidumbre e inseguridad jurídica; y iii) el establecimiento de etapas y estructura del procedimiento administrativo, donde se debe resaltar la identificación del inicio del mismo, mediante la notificación al presunto infractor, activando todas las garantías propias del derecho administrativo sancionador (Danós Ordóñez, 2019: 495-497).

La importancia del establecimiento de este régimen en el caso peruano es innegable, pues desde la vigencia de la LPAG ha servido para que las administraciones públicas adapten los procedimientos sancionadores que realizaban, además, para que los órganos jurisdiccionales y los tribunales administrativos resuelvan casos y aporten criterios en base a la aplicación de la LPAG y, paralelamente, se desarrolle doctrina en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que antes de la referida norma era casi inexistente.

Además, ha servido para establecer cuáles son los límites y alcances del derecho administrativo sancionador, dejando por sentado que, si bien tiene diferencias con el derecho penal,

pueden compartir la aplicación de algunas instituciones y principios que sirven para el adecuado funcionamiento del sistema y una adecuada aplicación del *ius puniendi* del Estado, que es uno y debe estar orientado, sin importar en qué ámbito se desarrolle, por el principio de intervención mínima con todas las consecuencias que de ello se desprenda (Alarcón Sotomayor, 2014: 158-159).

Se logra, así, el reconocimiento de importantes garantías y el establecimiento de controles desde una perspectiva de potestad sancionadora (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2017: 24), lo que ha llevado al legislador, en el caso peruano, a establecer los principios de la potestad sancionadora administrativa, así como la estructura mínima y garantías la regla de la preferencia, a través de la declaración de lo establecido en el TUO de la LPAG como norma común (Danós Ordóñez, 2019: 500-501).

Ahora, si analizamos el régimen disciplinario que se aplica en el caso de hostigamiento sexual en las universidades, considero pertinente señalar que en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa no solo se incluye al procedimiento administrativo sancionador, sino también al procedimiento administrativo disciplinario.

Si bien en el TUO de la LPAG se establece el régimen jurídico del primero, se puede afirmar que también sirve de referencia para el disciplinario, en la medida en que el ejercicio del *ius puniendi* involucra el ejercicio de una potestad sujeta a los mismos alcances y límites, respetando las peculiaridades de cada régimen (penal, administrativo sancionador o disciplinario) (Cano Campos, 2009: 88-89). Ello bajo la premisa de que estamos ante el ejercicio de la potestad sancionadora (Baca Oneto, 2018a: 316).

Además, el numeral 3 del artículo 247 del TUO de la LPAG establece: «La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia». Así, podemos considerar que existen principios y reglas mínimas, la estructura y garantías del procedimiento sancionador que pueden ser aplicables de manera supletoria al régimen disciplinario.

Se entiende por potestad disciplinaria a «la capacidad que ostenta quien dirige la estructura organizativa para castigar las conductas de aquellos que las contravienen, sobre la base de que con ellas eventualmente se puede poner en peligro o llegar a perjudicar la propia consecución de los objetivos que justifican la existencia misma de la organización» (Quintana López, 2009: 321). Se trata en buena cuenta de un instrumento de defensa que le permite a cualquier organización disciplinar las conductas de sus miembros a través del ejercicio de una potestad.

De hecho, en el ámbito interior de las administraciones, a través del ejercicio de la potestad disciplinaria, se consideraba natural y más fácil admisible el ejercicio de la punición administrativa. Esto involucra a las personas que colaboran en la ejecución de funciones administrativas. Por tanto, entre las administraciones públicas, y que luego se extendiera a ámbitos privados en regímenes especiales, como las corporaciones de derecho público, por ejemplo, los colegios profesionales (Rebollo Puig, 2016: 159). Esto resulta importante, porque advertiremos que, en los procedimientos disciplinarios para los casos de hostigamiento sexual, las normas que establecen el régimen han incluido tanto a universidades públicas como privadas, planteando como premisa que en todos los casos se ejerce potestad disciplinaria.

II. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO PARA CASOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL ÁMBITO DE LAS UNIVERSIDADES

En el acápite anterior nos referimos al régimen jurídico general que tiene el Estado para el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito de las administraciones públicas y llamamos la atención sobre lo que establece el TUO de la LPAG respecto a la potestad disciplinaria. Se dejó claro que, en función del régimen de las administraciones, podemos advertir la regulación de normas especiales. El objetivo es analizar el régimen disciplinario que se aplica en el ámbito de las universidades, concretamente por hostigamiento sexual.

Allí donde se observa aparente y clara delimitación del tema por ser específico, se advierte que no es así. Por el contrario, presenta aristas que lo plantean como uno de especial complejidad por los detalles que pueden estar escondidos, y se pueden plasmar a través de algunas preguntas: ¿Se puede afirmar que el régimen disciplinario es o debe ser similar para universidades públicas y privadas? ¿Se pueden considerar a las universidades como entidades de la administración pública?

Si es así, ¿lo son las públicas y las privadas? Si existen diferencias, ¿el régimen disciplinario para sancionar los casos de hostigamiento sexual debe ser igual para universidades públicas y privadas? ¿Las universidades privadas pueden establecer un régimen disciplinario distinto al de las universidades públicas? ¿Cuáles son los principios y garantías que se deben establecer en el régimen disciplinario para los casos de hostigamiento sexual? Son algunas de las preguntas que esperamos responder en las siguientes líneas.

El régimen disciplinario para los casos de hostigamiento sexual en la Ley Universitaria

Como el espacio aquí es muy limitado, nos referiremos de modo directo al régimen disciplinario para casos de hostigamiento sexual para docentes establecido en la Ley 30220, que aprueba la Ley Universitaria (LU).

Al respecto, se debe señalar que la LU desarrolla en el capítulo VIII el régimen aplicable a los docentes, en cuanto sus funciones (artículo 79), categorías (ordinarios, principales, asociados, auxiliares; extraordinarios y contratados) (artículo 80), requisitos para el ejercicio de la docencia (artículo 82), admisión y promoción docente (artículo 83), sobre los periodos de evaluación (artículo 84), régimen de dedicación (artículo 85), los deberes y derechos de los docentes (artículos 87 y 88, respectivamente) y el régimen de sanciones (artículos 89 al 95), entre otros.

Aquí nos interesa el régimen disciplinario establecido para los docentes. En el artículo 89 de la LU se lee: «Los docentes que transgredan los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente, incurren en responsabilidad administrativa y son pasibles de sanciones según la gravedad de la falta y la jerarquía del servidor o funcionario; las que se aplican en observancia de las garantías constitucionales del debido proceso», las sanciones que se pueden aplicar en función a la infracción cometida son: amonestación escrita, suspensión sin goce de remuneración hasta por 30 días, cese temporal desde 31 días hasta 12 meses y destitución.

Algo peculiar de este artículo es que solo el cese temporal y la destitución deben ser aplicados previo procedimiento administrativo disciplinario. Ello resulta singular porque, ante la

inexistencia de procedimiento, podrían quebrarse las garantías del derecho sancionador, incluso en una amonestación y una suspensión. Además, se puede advertir que se trata de un régimen muy general desprovisto de los detalles necesarios para asumir que se hayan establecido las garantías y principios que permitan el desarrollo de un buen ejercicio de la potestad disciplinaria.

Los centros universitarios o las universidades deben establecer los órganos competentes para realizar los procedimientos disciplinarios y aplicar las sanciones en función a si se está ante una amonestación (artículo 92), suspensión (artículo 93), cese temporal (artículo 94) o destitución (artículo 95). Como se advierte, se delega en las universidades el establecimiento del régimen disciplinario, pero es algo que no sucederá para los casos de hostigamiento sexual.

En efecto, en los casos de hostigamiento sexual, en el artículo 90 de la LU se ha establecido que se pueden dictar medidas preventivas, lo cual incluye la posibilidad de que el docente sea «separado preventivamente sin perjuicio de la sanción que se imponga». Además, se prevé que para estos casos la sanción aplicable sea la destitución. Luego volveremos a estos dos aspectos, pues se convertirán en el centro de análisis.

En esa línea, en el artículo 95 se lee: «Son causales de destitución la transgresión por acción u omisión, de los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente, consideradas como muy graves, las siguientes: 95.7 Realizar conductas de hostigamiento sexual y actos que atenten contra la integridad y libertad sexual tipificados como delitos en el Código Penal».

El régimen disciplinario descrito a partir de lo establecido en el LU sobre docentes debe ser com-

plementado por lo establecido en la Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 014-2019-MIMP, modificado por Decreto Supremo 021-2021-MIMP.

La Ley contra el hostigamiento sexual. Análisis de lo establecido para las universidades

La Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (LPSHS) fue emitida en 2003. Busca «prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación. Igualmente, cuando se presente entre personas con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo» (artículo 1). En su ámbito de aplicación, se encuentran las instituciones educativas. Dentro de ellas, los centros educativos universitarios, públicos y privados (artículo 2.2).

Un primer aspecto que debe llamar nuestra atención es que en la referida ley se establece un régimen común disciplinario para los casos de hostigamiento sexual para todos los centros educativos. Esto involucra asumir que se trata de una norma que debe ser cumplida y adaptada tanto por universidades públicas como por privadas.

En la LPSHS, modificada en dos oportunidades (mediante Ley 29430, de 2009, y Decreto Legislativo 1410, de 2018), se menciona el concepto de hostigamiento sexual: «El hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa

o de cualquier otra índole. En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta».

Respecto al concepto del hostigamiento sexual, se debe llamar la atención las dos modificaciones que se dieron al artículo 4, pues originalmente se establecía como hostigamiento sexual típico o chantaje sexual a la conducta reiterada de naturaleza sexual que no fuera deseada y/o rechazada. Este concepto fue modificado mediante la Ley 29430, incluidos los supuestos de conductas física o verbal reiterada sexista, para quedar, mediante el Decreto Legislativo 1410, como la conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista, quitando la reiterancia como supuesto configurador de la infracción.

Todos estos elementos resultan importantes para el cumplimiento de los principios de legalidad y de tipicidad del procedimiento disciplinario. Son complementadas mediante lo dispuestos en el artículo 6, sobre las manifestaciones del hostigamiento sexual, que, entre otras, establecen: «a) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales. b) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima, que atente o agravie su dignidad. c) Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima. d) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima. e) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas

en este artículo. f) Otras conductas que encajen en el concepto regulado en el artículo 4 de la presente Ley».

Desde mi punto de vista, quitar la conducta reiterada y los supuestos de conductas sexistas tienen una repercusión en el principio de legalidad y tipicidad. A su vez, tiene un impacto en otros principios, como el de proporcionalidad. Más aún, para docentes universitarios, respecto de los cuales la única sanción prevista para los casos de hostigamientos (sin hacer distinción a los diferentes tipos que pueden existir) es la destitución.

Cuando la LPSHS hace referencia al régimen que se aplica a los profesores o docentes universitarios, se indica que se debe aplicar lo dispuesto por la Ley 23733, Ley Universitaria derogada, la cual establecía en el último párrafo del artículo 51, sobre el régimen disciplinario: «Son aplicables a los docentes las siguientes sanciones: amonestación, suspensión y separación, previo proceso», sin dar mayores alcances. Este punto fue modificado con la LU, que incluyó como deber de los profesores universitarios «d) Observar conducta digna y no realizar actos de hostigamiento sexual», tratando de corregir o cubrir el vacío legal existente.

Al respecto, consideramos que en la medida que la referida ley ha sido derogada por la vigente LU, se aplica una derogación tácita del artículo 18 de la LPSHS. Debe entenderse que, para docentes universitarios, se debe aplicar lo dispuesto por la LU vigente y que hemos tenido oportunidad de analizar.

Procedimiento disciplinario establecido en el Reglamento de la Ley contra el hostigamiento

La LPSHS fue reglamentada por el Decreto Supremo 010-2003-Mimdes, norma hoy derogada. No obstante, en la medida que la refe-

rida ley fue modificada en dos oportunidades, por el Decreto Legislativo 1410, se establece en la única disposición complementaria final que el Poder Ejecutivo emita un nuevo reglamento. En atención a ello, se emite el Decreto Supremo 014-2019-MIMP como reglamento vigente de la LPSHS.

En este reglamento se establecen las normas generales y específicas para la prevención, investigación y sanción de los casos de hostigamiento sexual establecido en la LPSHS (artículo 1) y se determina como ámbito de aplicación, entre otros, para el caso de relaciones educativas, públicas y privadas (artículo 2).

En el artículo 3 del reglamento se establecen definiciones de las cuales consideramos pertinente resaltar dos, porque complementan lo establecido en la LPSHS (apoyo reglamentario en la tipicidad). En efecto, se define conducta de naturaleza sexual como «comportamientos o actos físicos, verbales, gestuales u otros de connotación sexual, tales como comentarios e insinuaciones; observaciones o miradas lascivas; exhibición o exposición de material pornográfico; tocamientos, roces o acercamientos corporales; exigencias o proposiciones sexuales; contacto virtual; entre otras de similar naturaleza».

Acerca de la conducta sexista se define: «Comportamientos o actos que promueven o refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o género respecto del otro».

En el artículo 4 se establece un listado de principios, vinculados a las acciones de prevención y sanción del hostigamiento sexual, como dignidad y defensa de la persona; gozar de un ambiente saludable y armonioso; igualdad y no discriminación por razones de género; respeto

de la integridad de la persona; intervención inmediata y oportuna; confidencialidad; debido procedimiento; impulso de oficio; informalismo; celeridad; de interés superior del niño, niña y adolescente; y no revictimización.

En el artículo 6, se especifican los supuestos de configuración y manifestaciones del hostigamiento sexual, de los cuales nos interesa resaltar uno, el 6.2, que señala: «La configuración del hostigamiento sexual no requiere acreditar que la conducta de quien hostiga sea reiterada o el rechazo de la víctima sea expreso. La reiterancia puede ser considerada como un elemento indiciario».

Como se ha señalado, la LPSHS y su reglamento establecen un régimen de prevención y sanción. Sobre el primer aspecto, en los artículos 10 (evaluación y diagnóstico), 11 (medidas de prevención) y 12 (difusión de canales de queja o denuncia) se ha estipulado lo que deben hacer las instituciones.

Respecto al procedimiento disciplinario, en el artículo 13 se establece que busca proteger a la víctima y sancionar a la persona que ha cometido un acto de hostigamiento sexual. Así, se debe garantizar «investigación reservada, confidencial, imparcial, celeridad y eficaz».

Sobre los órganos competentes se señala que las instituciones, las universidades, deben identificar a los encargados de las siguientes funciones: «a) Recibir la queja o denuncia. b) Dictar las medidas de protección. c) Investigar y proponer las medidas de sanción y otras adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento. d) Dictar las medidas de sanción y otras medidas adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento» (artículo 14).

Además, en el numeral 14.2, se ha reconocido la existencia del órgano decisor o sancionador:

En las instituciones con veinte (20) o más tra-

bajadores/as, estudiantes o personal en general, se garantiza la existencia de un Comité de Intervención frente al hostigamiento sexual, el cual recibe las quejas o denuncias, dicta medidas de protección, investiga, emite recomendaciones de sanción y otras medidas adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento sexual, o realiza el seguimiento de los casos, según corresponda, de acuerdo a lo previsto en los capítulos específicos para cada ámbito. El Comité está compuesto por representantes de la institución y de los/las trabajadores/as, estudiantes o personal en general, en la misma proporción y garantizando la paridad de género.

Mientras, el numeral 14.3 establece la creación del órgano instructor a cargo de la parte de instrucción preliminar y de la parte instructiva del procedimiento:

14.3. En centros universitarios, sean públicos o privados, se conforma una Secretaría de Instrucción y una comisión disciplinaria para actos de hostigamiento sexual como órgano resolutorio competente para pronunciarse en primera instancia sobre las denuncias relativas a casos de hostigamiento sexual. Dichos órganos de investigación y sanción sustituyen al Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual previsto en el numeral anterior.

Este artículo debe ser concordado con el artículo 48 del mismo cuerpo normativo, en el que se estipulan las principales funciones de la Secretaría Técnica y de la Comisión Disciplinaria, además del Tribunal Disciplinario, órgano que actúa como segunda instancia de los procedimientos disciplinarios.

En el título IV del reglamento, se establece el ámbito de aplicación del procedimiento disciplinario para instituciones educativas de educación superior o universidades, sean públicos o privados (artículo 39). Así, podemos responder una pregunta planteada en la primera parte

de este acápite, pues, sin importar que la universidad sea pública o privada, deberá utilizar o seguir el procedimiento que se establece en la LPSHS y su reglamento, según lo establecido en el artículo 46: «El presente capítulo [capítulo II. Del procedimiento en el ámbito universitario] es de aplicación al personal docente, autoridades, funcionarias/os y demás servidores/as y personal de los centros universitarios, sujetos a la Ley 30220, Ley Universitaria, independientemente de su vínculo laboral o modalidad contractual con estos, así como a sus estudiantes, graduadas/os, egresadas/os y ex alumnas/os».

En la parte preventiva, el artículo 47 establece que la Defensoría Universitaria y el Departamento de Bienestar Universitario se encargan de difundir la LPSHS y su reglamento. Además, brindar charlas o talleres formativos en materia de prevención del hostigamiento sexual.

Un aspecto por resaltar es lo establecido en el artículo 49.8 sobre el supuesto de denuncias contra docentes: «Cuando la denuncia se formule contra un/a docente de universidades públicas o privadas, es separada/o preventivamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Ley 30220, Ley Universitaria; sin perjuicio de las medidas de protección que puedan ser dictadas a favor de la/el denunciante».

Si bien el reglamento vigente contiene mayores aspectos que podrían ser analizados, por un tema de espacio y la delimitación analizaremos los puntos que estimamos deben ser revisados y modificados.

Análisis del procedimiento disciplinario contra el hostigamiento

De todo lo que hemos referido, uno de los principales problemas que advertimos se vin-

cula con el principio de proporcionalidad (Zegarra Valdivia, 2013: 16), recogido en el TUO de la LPAG como de razonabilidad, el cual establece que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento considerado como infracción, debiendo analizarse los siguientes criterios de graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) la probabilidad de detección de la infracción; c) la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; d) el perjuicio económico causado; e) la reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción; f) las circunstancias de la comisión de la infracción; y g) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Como lo mencioné, en el régimen disciplinario para casos de hostigamiento sexual para docentes universitarios, según la LU, la LPSHS y su reglamento, se considera como único supuesto de sanción, para cualquier tipo de hostigamiento sexual, la destitución.

Como lo he señalado, este grave problema se debe a la falta de técnica legislativa y no haber tomado en cuenta la evolución o cambios que se dieron respecto a la configuración de los actos considerados como hostigamiento sexual. Dos aspectos que estimamos modulares son los relacionados a i) la reiterancia, recordemos que inicialmente este aspecto era necesario en la configuración del hostigamiento sexual, pero luego fue modificado y retirado («la configuración del hostigamiento sexual no requiere acreditar que la conducta de quien hostiga sea reiterada o el rechazo de la víctima sea expreso. La reiterancia puede ser considerada como un elemento indiciario»); ii) la inclusión de las conductas sexistas («Comportamientos o actos que promueven o

refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o género respecto del otro»).

Si en la configuración no se requiere reiterancia, queda claro que no se pueden sancionar todos los casos con la destitución, pues se configuraría como una vulneración de la proporcionalidad.

Como se advierte, estos cambios han tenido una incidencia directa en el principio de legalidad que —como se sabe— tiene cuatro aspectos a tomar en cuenta: la legalidad formal o reserva de ley, la tipicidad, la irretroactividad y el *non bis in idem* (Baca Oneto, 2016: 28; Rebollo Puig, 2015: 843). En el caso que estamos analizando, podemos percibir que las modificaciones han involucrado un cambio en la tipicidad, pues se ha ido cambiando el supuesto de configuración de la conducta.

Si planteamos el análisis desde la perspectiva de la sanción, consideramos que esta es un castigo que altera la situación jurídica del que lo recibe, en función y en base a la conducta que cometió, de manera directa y deliberadamente, además debe tenerse en cuenta que la sanción no se aplique como un castigo ciego sin razón alguna y sin justificación. Siempre existe una finalidad, prevenir infracciones futuras y proteger los intereses públicos confiados a la administración (Baca Oneto, 2018a: 314-315; Rebollo Puig, 2016: 155-158). En el procedimiento disciplinario que se realiza en las universidades para los casos de hostigamiento sexual, queda claro que no solo se busca sancionar al infractor, sino también establecerse desde una perspectiva de prevención general.

Pero no solo se trata de la vulneración del principio de legalidad y tipicidad, sino del princi-

pio de proporcionalidad, pues, cuando se sanciona, el objetivo de esta no es que se aplique un castigo inidóneo, innecesario o desproporcionado. Debe proscribirse todo supuesto de exceso en la punición. Estas premisas no solo corresponden ser aplicadas para cuando el órgano sancionador tomará la decisión en cada caso concreto, sino desde la tipificación y posible sanción previstas por el legislador (Baca Oneto, 2018b).

Queda claro que el legislador peruano no ha tomado en cuenta la aplicación del principio de proporcionalidad, pues ha establecido la destitución como sanción para todos los casos de hostigamiento sexual cometidos por docentes, lo cual para ciertas conductas (recogidas en el artículo 6 del reglamento) resulta totalmente desproporcionado.

En este sentido, tomando en cuenta que el principio de proporcionalidad se puede presentar en los planos normativo y aplicativo (Tirado Barrera, 2011: 458), debe considerarse que en el primer caso el órgano sancionador o decisor no tendrá otra alternativa que aplicar la sanción que se prevé por más injusta o desproporcional. Ello puede generar inoperancia en la atención de casos o se materializarán supuestos de injusticia cuando tenga que sancionarse cada caso, sin dejarle opción al que toma la decisión.

En esta línea de razonamiento, se puede afirmar que la falta de proporcionalidad va en contra de la regla general, que declara la prohibición de la arbitrariedad. Más aún, cuando este principio debe involucrar establecer sanciones a partir de la gravedad de las infracciones previstas (Cordero Quinzacara, 2014: 422), lo cual no sucede con los supuestos de hostigamiento sexual que se han considerado por el legislador peruano.

Otro aspecto importante es la posible vulneración del principio de presunción de inocencia, recogido en el TUO de la LPAG como principio de presunción de licitud que establece que se debe «presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario». Si es así, no se debería aplicar en todos los casos las medidas de separación preventiva establecida en el artículo 90 de la LU. Al respecto, la guía práctica sobre el procedimiento sancionador señala: «El objeto de la presunción de inocencia se refiere a dos ámbitos: el de los hechos y el de la culpabilidad, y además de esta vertiente material tiene otra segunda de carácter formal que se manifiesta a lo largo de todo el proceso. Ahora bien, es indispensable tener presente que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados —obtenida mediante pruebas de cargo— y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos» (2013: 22).

Además, se advierte una posible vulneración del principio de culpabilidad, pues, al eliminar el supuesto de reiterancia para todos los casos de hostigamiento sexual, pueden presentarse supuestos en los que el deber de diligencia es demasiado amplio que involucre que, cada vez que se produzca la acción típica, rara vez podrá negarse que hubo negligencia (Rebollo Puig, 2015: 847).

En buena cuenta, se trata de corregir el grave error que ha cometido el legislador en este caso, pues, si bien tiene libertad para decidir sobre las sanciones que se pueden aplicar a los que cometen una infracción, se debe buscar que estas cumplan el rol de prevención sin vulnerar la proporcionalidad de la medida, sin que esto involucre un límite a la función que cumple el legislador (Rebollo Puig, 2016: 163).

En este trabajo hemos identificado dos aspectos puntuales que de manera fehaciente vulneran los principios y garantías mínimas del derecho administrativo sancionador y del procedimiento disciplinario, que no ayudan al sistema de prevención general, pues pueden existir muchos casos que sencillamente no sean iniciados porque la sanción de destitución resulta desproporcional para el tipo de sanción que se cometió.

III. CONCLUSIONES

De todo lo señalado, se puede concluir que el procedimiento disciplinario para los casos de hostigamiento sexual en el ámbito de las universidades se aplica tanto a públicas como a privadas. Si bien se puede advertir que se ha establecido un régimen jurídico transversal con los principales aspectos del procedimiento disciplinario, se observa que, al haberse regulado en tres distintas normas (LU, LPSHS y su reglamento), que, a su vez, han sido modificadas, no se ha considerado un régimen sistemático.

Por tanto, se presentan algunos problemas que vulneran principios de la potestad disciplinaria, como la legalidad, tipicidad y proporcionalidad, al considerar como única posibilidad de sanción la destitución para los docentes que comenten actos de hostigamiento sexual, sin tomar en cuenta que estos actos pueden ser configurados de diversas formas o, por otra parte, la separación preventiva con el inicio del procedimiento en todos los casos. Ello puede vulnerar la presunción de inocencia o licitud, pues, en tanto se trata de una medida, esta debe ser aplicada en función a los hechos del caso y no puede ser aplicada de manera general, como única opción.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014). «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador». *Revista de Administración Pública*, 195, 135-167. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4935395.pdf>
- BACA ONETO, V. (2016). «La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador». *Thēmis. Revista de Derecho*, 0(69), 27-43.
- (2018a). «El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (21), 313-344. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.13>
- (2018b). «Principio de proporcionalidad y tipicidad como límite al ejercicio de potestades sancionadoras y criterio de interpretación de las normas que tipifican infracciones». En: *Régimen administrativo sancionatorio. En homenaje a José Luis Meilán Gil. XVII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo*.
- CANO CAMPOS, T. (2009). «La actividad sancionadora». En: T. Cano Campos (editor), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* (pp. 87-119). Madrid: Iustel.
- CORDERO QUINZACARA, E. (2014). «Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 399-439.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros versus Panamá (2001). Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf
- DANÓS ORDÓÑEZ, J. (1995). «Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública». *Ius et Veritas*, (10), 149-160. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>
- (2019). «Evolución del régimen administrativo sancionador en el Perú». En: D. Zegarra Valdivia (editor), *La proyección del derecho administrativo peruano* (pp. 493-513). Lima: Palestra.
- GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I. (2017). *Derecho administrativo sancionador: Parte general* (cuarta edición). Navarra: Thomson-Aranzadi.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (2009). «La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos». *Documentación administrativa* (282-283), 321-360.
- REBOLLO PUIG, M. (2015). «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones». En: M. Rebollo Puig, E. Carbonell Porrás y M. López Benítez (editores), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela* (pp. 843-866). Iustel.
- (2016). «El contenido de las sanciones». *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, 151-206.
- TIRADO BARRERA, J. A. (2011). «Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional». *Derecho PUCP* (67), 457-467. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.020>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída Expediente 1654-2004-AA/TC (2004). Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01654-2004-AA.html>
- ZEGARRA VALDIVIA, D. (2013). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico* (volumen 3). Lima. Recuperado de <https://acortar.link/Zp51pj>