



IUS ET
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 8, n.º 8 | enero-diciembre 2022

ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660



IUS ET
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos
Año 8, n.º 8 | enero-diciembre 2022
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Comité Editorial

Director General

Halley López Zaldívar (Universidad Continental)

Editor responsable

Tony Vínolo Osorio (Universidad Continental)

Integrantes

Omar Sumaria Benavente (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Hugo Sologuren Calmet Ponte (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Julio Salomé Castro (Universidad San Martín de Porres)

Comité consultivo

Dante Torres Altez (Universidad Continental)

Luis Alfaro Valverde (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Juan Manuel Sosa Sacio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Roberto González Álvarez (Universidad Andina del Cusco)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2016-13514

Disponible a texto completo en <http://journals.continental.edu.pe/>

Cuidado de edición

Jullisa del Pilar Falla Aguirre, Fondo Editorial

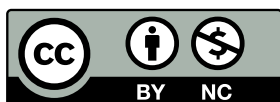
Diseño y diagramación

Yesenia Mandujano Gonzales, Fondo Editorial

Traducción

Giuliana Siuze Simeón

La obra ha sido sometida al proceso de arbitraje o revisión de pares antes de su divulgación. El contenido de la publicación es responsabilidad exclusiva de sus autores. No refleja necesariamente la opinión de la Universidad Continental.



Ius et Tribunalis. Cuadernos Jurídicos se publica bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Perú. Compartir bajo la misma licencia. Se autoriza su reproducción, siempre que se cite la fuente y sin ánimo de lucro.

Contenido/Content

Editorial	7
Contratación de practicantes preprofesionales o profesionales como locadores de servicios en el sector público: análisis de la prohibición de la doble percepción de ingresos en el Perú Hiring Pre-Professionals or Professionals as Landlords of Services in the Public Sector: Analysis of the Prohibition of Double Income Collection in Peru <i>Fiorela Marggiori Abad Simeon, Marla Jimenez Deza</i>	11
La garantía de presunción de inocencia y los juicios paralelos: a propósito del caso Los Babys de Oquendo The Guarantee of Presumption of Innocence and Parallel Trials: Regarding the case Los Babies de Oquendo. <i>Antonio Huanca Pacheco</i>	27
Los derechos constitucionales peruanos, un paréntesis a la justicia, salvaguarda y praxis Peruvian Constitutional Rights, a Parenthesis to Justice, Protection and Praxis <i>César Augusto Del Bueno Tuesta</i>	47
Los principios laborales constitucionales del derecho del trabajo: perspectiva constitucional-laboral Constitutional Labor Principles of Labor Law: Constitutional-Labor Perspective <i>Erick Julinho Victor Tarazona Alatrasta</i>	57

El rol del abogado en los contratos de obra pública The Role of The Lawyer in Public Works Contracts <i>Guillermo Mayo Zambrano</i>	69
La vulneración del derecho a una pensión justa y digna: El caso de los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990 en el Perú The Violation of the Right to a Fair and Dignified Pension: The Case of the Unemployed and Retired of the 19990 Law in Peru <i>Luis Máximo Rosado Huamán</i>	89
Requisitos y condiciones de redacción, y envío de artículo jurídico	103

Editorial

doi: <http://dx.doi.org/10.18259/iet.2022001>

La protección de los derechos fundamentales es una finalidad que logra materializarse a partir del uso adecuado de las distintas herramientas procesales dispuestas por el legislador, tanto en el ámbito judicial como constitucional, sin excluir, por supuesto, aquellos instrumentos de índole administrativa.

En el presente número se identificará el análisis de la idoneidad de tales herramientas e instrumentos para lograr la finalidad anotada, sean en el ámbito del derecho penal, laboral, constitucional, la contratación pública y previsional, contando con un abordaje desde las principales fuentes del derecho.

En esa medida, se pone a disposición del lector la vista doctrinaria, legislativa y jurisprudencial de la eficiencia en la consecución de la protección del derecho sobre las atribuciones que permiten a cualquier ser humano vivir con dignidad en los contextos que son objeto de estudio.

Editorial

The protection of fundamental rights is a purpose that is achieved through the appropriate use of the different procedural tools provided by the legislator, both in the judicial and constitutional spheres, without excluding, of course, those instruments of an administrative nature.

This issue will identify the analysis of the suitability of such tools and instruments to achieve the stated purpose, whether in the field of criminal, labor, constitutional, public contracting and pension law, with an approach from the main sources of law.

To that extent, the doctrinal, legislative and jurisprudential view of efficiency in achieving the protection of the right on the powers that allow any human being to live with dignity in the contexts that are the object of study is made available to the reader.

CONTRATACIÓN DE PRACTICANTES PREPROFESIONALES O PROFESIONALES COMO LOCADORES DE SERVICIOS EN EL SECTOR PÚBLICO: ANÁLISIS DE LA PROHIBICIÓN DE LA DOBLE PERCEPCIÓN DE INGRESOS EN EL PERÚ

Hiring Pre-Professionals or Professionals as Landlords of Services in the Public Sector: Analysis of the Prohibition of Double Income Collection in Peru

*Fiorela Marggiori Abad Simeon**

*Marla Jimenez Deza***

Recepción: 15/04/2023

Aceptación: 09/06/2023

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo abordar una problemática que surge en el ámbito laboral, que se refiere a la determinación de si los practicantes preprofesionales o profesionales, que se encuentran realizando sus prácticas, están sujetos a la prohibición de la doble percepción de ingresos provenientes del Estado al suscribir a la par contratos de locación de servicios simultáneamente.

Palabras clave: Doble percepción, modalidades formativas, subvención económica, función pública, locación de servicios

* Abogada por la Universidad Continental. Asistente legal I de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).

** Bachiller de la Escuela Académico Profesional de Derecho por la Universidad Continental. Asistente judicial de la Corte Superior de Justicia de Junín.

Abstract

The objective of this article is to address a problem that arises in the workplace, which refers to the determination of whether pre-professional or professional practitioners, who are carrying out their practices, are subject to the prohibition of the double perception of income from the State when simultaneously subscribing service lease contracts at the same time.

Keywords: Double perception, formative forms, economic subsidy, public function, location of services

INTRODUCCIÓN

Dentro de los alcances y escenarios del derecho laboral y que también merece nuestra atención, recae en el cuestionable escenario de aquel practicante preprofesional o profesional que viene desarrollando sus prácticas en una entidad del Estado, con la cual no se encuentra vinculado laboralmente, por cuanto no existe un contrato laboral entre estas partes. Más aún, si se tiene en cuenta que las funciones que el practicante desempeña no confiere ser una función pública, sino se trata de un complemento a los conocimientos adquiridos con la práctica. Así, se infiere que el practicante no se desempeña ni como funcionario o servidor público. Por ello, el practicante es beneficiario de una subvención económica, la que no implica ser una remuneración mínima vital.

Tal es así que, durante el desempeño de las prácticas de aquel practicante preprofesional o profesional, en ocasiones, cabe la posibilidad de que pueda desempeñarse de igual manera como un locador de servicios a favor de una entidad del Estado, servicio por el cual el locador percibe honorarios por parte de la entidad pública, lo que recae en cuestionamiento. Es decir, si es posible que el practicante pueda percibir una subvención económica por parte del Estado en calidad de practicante y, a su vez, percibir honorarios (ingresos) del Estado como locador de servicios.

Por ello, resulta oportuno explicar este contexto, pues existe un análisis poco tratado por la jurisprudencia laboral, así como por la propia normativa. Así, en el presente artículo analizaremos si cabe la posibilidad de que un practicante preprofesional o profesional está limitado de ejercer

como locador de servicios, para determinar si existe una doble percepción de ingresos del practicante. Por ello, se desarrollarán conceptos básicos como en qué consiste la doble percepción de ingresos y los alcances de esta figura, así como también las implicancias de las modalidades formativas y características que constituyen este tipo de complemento profesional, para dilucidar la problemática planteada.

I. PROHIBICIÓN DE LA DOBLE PERCEPCIÓN DE INGRESOS PROVENIENTES DEL ESTADO

1.1. Análisis de la prohibición de doble percepción contenida en la Constitución Política del Perú

La prohibición de la doble percepción de ingresos que provienen del Estado es una figura bastante importante de analizar, toda vez que involucra el razonamiento del artículo 40 de la Constitución Política del Perú con la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175.

En esta línea, debemos preguntarnos ¿cuál es el alcance y la implicancia de la prohibición de la doble percepción de ingresos que provienen del Estado?, ¿será tal vez que ambos marcos normativos han desarrollado esta figura de manera tan precisa que no conlleva a oscuros escenarios? Pues bien, las respuestas serán desarrolladas a lo largo del análisis del presente artículo.

Como primer punto, es relevante traer a colación el primer párrafo del artículo 40 de nuestra Carta Magna, que establece:

La Ley regula el ingreso a la Carrera Administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos públicos o de confianza. *Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.* [Las cursivas son nuestras]

Ahora bien, de la norma citada se debe extraer: «Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente», toda vez que ello tiene relación directa con la prohibición de la doble percepción de ingresos provenientes del Estado.

Al respecto, del citado precepto constitucional se puede advertir ciertos elementos que configuran la prohibición de la doble percepción, siendo los siguientes: a) funcionario o servidor público, b) desempeñar más de un empleo o cargo público, c) remunerado, y d) presenta excepciones.

En esta parte, en primer lugar, es importante tener en claro qué se entiende por funcionario o servidor público. Para ello, citaremos el artículo 4 de la Ley Marco del Empleo Público (LMEP), el cual establece que un «Funcionario público es el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas». Por otra parte, se entiende por servidor público al trabajador que presta sus servicios mediante la contratación para el desempeño de actividades administrativas, ejecución de servicios públicos, desarrollo de labores auxiliares de apoyo y/o complemento, entre otras actividades que realizan para la administración pública.

Como segundo elemento tenemos al desempeño en más de un empleo o cargo público. Ello quiere decir que el funcionario o servidor público no puede ejercer función pública en otra entidad del Estado. Conviene al respecto precisar que, de según el artículo 2 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815, se define a la función pública como «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la administración pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos».

El elemento de la remuneración es la contraprestación que recibe el funcionario o servidor público por la prestación de sus servicios en ejercicio de la función pública por parte del Estado, de manera que nuestra Constitución Política prohíbe la doble percepción de ingresos provenientes de la administración pública.

Esta prohibición busca no permitir que un servidor o funcionario público trabaje en jornada completa en dos o más entidades públicas al mismo tiempo, toda vez que ello no solo terminaría afectando la eficiencia de la prestación de los servicios públicos a la población sino también perjudicando el desempeño de la función pública.

Entonces, el artículo 40 de la Constitución Política es claro al negar la posibilidad de desempeñar un segundo empleo o cargo público en el que se perciba una remuneración, a excepción de la función docente.

1.2. La Ley Marco del Empleo Público y el desarrollo de la prohibición de la doble percepción de ingresos provenientes del Estado

En este apartado, se complementará lo desarrollado en los párrafos anteriores. Como se ha señalado, la Constitución Política del Perú solo ha permitido una excepción en relación con la prohibición de la doble percepción de ingresos del Estado, la cual se refiere al ejercicio de la función docente. Sin embargo, la LMEP en su artículo 3 establece:

Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado.

Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas.

La normativa aplicable establece una prohibición clara y contundente: la doble percepción de ingresos provenientes del Estado. Esta restricción se compone de dos elementos fundamentales. En primer lugar, se establece la figura del empleado público, concepto utilizado en lugar de las categorías de funcionario o servidor público, presentes en la Constitución. En segundo lugar, tenemos a la remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso, lo que plantea la necesidad de analizar la naturaleza de qué se entiende por otros ingresos.

En este sentido, resulta necesario conceptualizar el elemento de empleado público. Para ello, podemos recurrir a la definición proporcionada por Adrianzén (2015), que resulta sumamente ilustrativa: «El empleado público en el Perú es aquel individuo que realiza labores dentro del sector público, ya sea a nivel de gobierno central, regional o local, con el propósito de cumplir con los objetivos y metas establecidas por el Estado» (pp. 197-226).

La definición resulta genérica, por lo que es necesario precisar los alcances de este concepto. Para ello, podemos recurrir al artículo III del Título Preliminar de la LMEP, que precisa indirectamente los alcances de empleado público, al regular el ámbito de aplicación de sus disposiciones:

Artículo III: Ámbito de aplicación

La presente ley regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un em-

pleado público, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión del empleo público.

Teniendo en cuenta la exposición de Adrianzén y la normativa citada, podemos concluir que el término «empleo público» se refiere a aquella persona que presta servicios personales de manera subordinada y remunerada a una entidad estatal, lo que configura la existencia de una relación subordinada con la administración pública.

En esta misma línea, corresponde realizar una conceptualización clara y precisa de lo que se entiende por remuneración. Según Toyama (2008), desde una perspectiva laboral, la remuneración se define como la contraprestación económica que recibe el trabajador por el desempeño de sus labores, la cual puede materializarse en forma de salario, comisiones, prestaciones u otros beneficios (p. 280).

En este sentido, es evidente que el concepto de remuneración no presenta mayores dificultades para su comprensión. No obstante, resulta preocupante que el legislador en la LMEP haga referencia a la expresión «cualquier otro tipo de ingreso» sin profundizar en su desarrollo. Esta falta de precisión puede generar ambigüedad y dificultades interpretativas en cuanto a la naturaleza y alcance de estos ingresos, lo que podría afectar negativamente los derechos laborales de los trabajadores.

Así, para efectos del presente artículo citaremos al Informe Técnico 1123-2019-Servir-GPGSC, el cual señala que la expresión «cualquier otro tipo de ingreso» comprende a todos aquellos conceptos que pudiesen ser pagados con fondos de carácter público, cualquiera sea la fuente de financiamiento. En consecuencia, estos funcionarios o servidores públicos no pueden percibir un segundo ingreso del Estado por servicios prestados a su favor, cualquiera que sea la denominación que se le otorgue a este ingreso (remuneración, retribución, honorarios, emolumento o pensión).

1.3. Precedente vinculante recaído en el Expediente 03432-2018-PA/TC: no existe incompatibilidad en la percepción simultánea de la remuneración y la pensión de jubilación

La Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 03432-2018-PA/TC declaró fundado el recurso de agravio constitucional interpuesto por el demandante, quien solicitó la restitución de su pensión de cesantía

del régimen del Decreto Ley 20530 y una indemnización por daño moral. El recurrente argumentó que su pensión de cesantía había sido suspendida de manera injusta basándose en la incompatibilidad de doble percepción de ingresos provenientes del Estado. En consecuencia, el Tribunal Constitucional sostuvo que la denegación de la pensión de cesantía era arbitraria e infringía el derecho a la seguridad social del demandante.

Ello porque, en primer lugar, la pensión adquirida por el beneficiario forma parte de su patrimonio y no le pertenece al Estado, el cual solo se encarga de administrarlo y, en segundo lugar, porque la remuneración que percibe el pensionista que se reincorpora al Estado corresponde estrictamente a la contraprestación por el servicio que le brinda, y no resulta ser una dádiva de la administración pública, por lo que se puede advertir que tanto la remuneración como la pensión son dos figuras con naturaleza distinta.

En atención a los argumentos expuestos, el Tribunal Constitucional, amparándose en el artículo 201 de la Constitución Política del Perú, estableció como precedente las reglas que deben ser observadas en caso de que un pensionista de jubilación o cesantía decida reincorporarse al servicio del Estado. Estas reglas se encuentran detalladas en el fundamento jurídico 13 de la sentencia correspondiente, el cual establece:

- a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativa.
- b) **Regla sustancial:** En el caso que el pensionista de jubilación o cesantía decida reincorporarse al servicio del Estado, la administración pública observará las siguientes reglas:
 - **Regla sustancial 1:** No existirá incompatibilidad entre la percepción simultánea de la pensión de jubilación o cesantía de los regímenes del Decreto Ley 20530 y Ley 19990, y la remuneración por servicios prestados al Estado, sean docentes o de cualquier índole.
 - **Regla sustancial 2:** La administración pública no podrá suspender las pensiones de jubilación o cesantía de los regímenes del Decreto Ley 20530 y Ley 19990, en el supuesto previsto en la regla

sustancial 1, deviniendo en inaplicables las normas que se opongan a estas reglas.

En este sentido, es posible percibir de manera compatible la pensión y la remuneración en el ámbito del empleo público. Esto se basa en el análisis realizado por el Tribunal Constitucional, en el cual se ha determinado que la percepción simultánea de ambas no configura una prohibición a la doble percepción de ingresos provenientes del Estado, tal y como se establece en regla sustancial 1 del precedente vinculante en mención.

Es importante destacar el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, el cual establece: «Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente». Sin embargo, cabe señalar que nuestro marco constitucional no establece ninguna restricción respecto a la percepción simultánea de una remuneración y pensión. Fueron las normas infraconstitucionales las que impusieron esta prohibición, como: a) el artículo 7 del Decreto Legislativo 276, b) el artículo 139 del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa aprobado por Decreto Supremo 005-90-PCM, c) el artículo 3 de la Ley Marco del Empleo Público, d) el artículo 38 de la Ley del Servicio Civil y e) el artículo 158 del reglamento de la Ley del Servicio Civil aprobado por el Decreto Supremo 040-2014-PCM.

Rolando Lema Hanke (2022) afirma que es necesario «corregir dichas normativas que señalan la incompatibilidad entre la percepción de una pensión del estado con cualquier otro ingreso que provenga de éste, conforme al mandato del Tribunal Constitucional y hacer las evaluaciones para corregir situaciones que resultan injustas» (párr. 30). Pues, caso contrario, se terminará afectando el derecho al trabajo, así como la seguridad social.

1.4. Alcance de la prohibición de la doble percepción de ingresos: ¿incluye a los contratos de locación de servicios?

El contrato de locación de servicios es un acuerdo entre dos partes: el locador, quien se compromete a prestar sus servicios de manera autónoma, y el comitente, quien paga por estos servicios. Lo esencial de este tipo de contrato es que no se establece un vínculo laboral entre las partes, pues el

locador cuenta con completa autonomía en la ejecución de sus servicios. Estos contratos se encuentran regulados por el artículo 1764 del Código Civil, lo que significa que se rigen por las normas civiles, pero no por las normas laborales.

Considerando lo expuesto, se podría tener la impresión de que un locador de servicios al no tener vínculo laboral con la administración pública no estaría sujeto a la prohibición de la doble percepción de ingresos provenientes del Estado. Sin embargo, ello no resulta cierto, toda vez que esta prohibición no depende solo del vínculo laboral, sino también del ejercicio de la función pública que realizan los locadores.

Para una mejor comprensión de lo que se entiende por función pública, es necesario citar el Informe Técnico 0625-2017-Servir-GPGSC, el cual indica:

El ejercicio de función pública en una entidad de la administración pública determina la condición de funcionario o servidor público, indistintamente del régimen laboral o modalidad de contratación de dicha persona (como la contratación por locación de servicios). En tal sentido, todo aquel que desempeñe función pública es pasible de ser considerado empleado público y sujeto de la prohibición de doble percepción, salvo las excepciones normativamente permitidas.

Es decir, la prohibición de doble percepción de ingresos del Estado es aplicable a las personas que al interior de una organización estatal ejercen función pública, indistintamente de su régimen laboral o modalidad de contratación (como la contratación por locación de servicios), cualquiera sea la denominación que se otorgue a este ingreso, remuneración, emolumento, honorarios, etcétera.

En conclusión, retomando lo expuesto, la prohibición de la doble percepción se configura en los siguientes casos:

- Cuando un servidor o funcionario público, independientemente del régimen laboral al que pertenezcan (decretos legislativos 728, 276, 1057 o 30057), presta servicios en la administración pública y, al mismo tiempo, se desempeña como locador de servicios en la misma u otra entidad del sector público.
- Cuando una persona que presta sus servicios como locador de servicios en la administración pública, sujeta a las reglas del Código Civil, también presta sus servicios como locador en la misma u otra entidad

del sector público. Si bien aquí no existe dependencia laboral, sin embargo, la modalidad de contratación (locación de servicios) implica que el locador desarrolla una función pública, por lo que se encuentra sujeto a la prohibición.

Así, de advertirse una contratación que vulnere la prohibición de doble percepción de ingresos del Estado, y al encontrarnos frente a un contrato de locación de servicios, corresponderá al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) verificar que la contratación no vulnere la prohibición de doble percepción de ingresos y en qué tipo de responsabilidad se podría incurrir.

1.5. ¿Cuál es la naturaleza de las modalidades formativas dentro del sector público?

Las modalidades formativas en el sector público constituyen un régimen especial que busca complementar los conocimientos teóricos adquiridos por los estudiantes o egresados universitarios, de institutos de educación superior, de escuelas de educación superior y de centros de educación técnico-productivo pueda consolidar sus conocimientos con la práctica, a través de las prácticas preprofesionales y profesionales desarrolladas en aquellas entidades del sector público, las cuales son recibidas protección legal mediante el Decreto Legislativo 1401 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 083-2019-PCM.

En este sentido, en aras de desarrollar el tema que merece nuestra atención, es necesario comprender algunas características, como determinar si existe o no una relación laboral entre el practicante y la entidad pública, determinar si el practicante preprofesional o profesional realiza función pública. Además, determinar qué tipo de naturaleza comprende la subvención económica percibida por el practicante.

En principio, se debe tener presente que la relación entre el practicante y la entidad pública no solo alcanza a estas dos partes, sino también involucra al centro de estudios del practicante. Esto debido al convenio existente entre estas tres partes, el cual dura por un tiempo corto, con el único propósito de consolidar los conocimientos del practicante, sin existir una relación laboral entre estas partes, a menos que se demuestre la existencia de la desnaturalización del convenio de prácticas, aspecto que no es objeto de análisis en presente. Entonces, debe quedar claro que entre el

practicante preprofesional o profesional, la entidad pública y el centro de estudios existe un convenio de prácticas, mas no una relación laboral entre la entidad pública y el practicante.

Del mismo modo, se tiene que por mandato legal las entidades del Estado están llamadas con ejecutar ciertas obligaciones a favor de los practicantes preprofesionales o profesional, por lo que la entidad pública está obligada a pagar puntualmente una subvención mensual establecida; pagar una subvención económica adicional, cada seis meses, equivalente a la mitad de una subvención mensual; ofrecer un descanso subvencionado de 15 días si las prácticas duran 12 meses o más; y ofrecer goce de los domingos y feriados, con subvención, de modo similar a los trabajadores de la entidad, entre otros derechos que se establece según el numeral 4 del artículo 15 del Decreto Legislativo 1401.

Así, la referida subvención con la que se ve beneficiado el practicante preprofesional o profesional constituye un beneficio económico percibido como consecuencia de la celebración del convenio de prácticas suscrito, por lo que si bien la propia normativa refiere que la subvención económica equivale a una remuneración mínima vital a la que el practicante no puede renunciar, esta no implica ser una remuneración propiamente dicha, pues, como se mencionó, no existe una relación laboral y, por ende, «no se encuentran sujetas a la normativa sobre el servicio civil».

En este orden de ideas, en vista de que no existe una relación laboral entre la entidad pública y el practicante, consecuentemente se tiene que, por la naturaleza que los une, los practicantes no realizan función pública, a diferencia de un servidor o funcionario público, razón por la cual se debe traer a colación lo establecido en los artículos 3 y 4 de la Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, que establece:

Artículo 2.- Función pública

A los efectos del presente Código, se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Artículo 3.- Fines de la función pública

Los fines de la función pública son el Servicio a la Nación, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, y la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor

atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos, conforme a lo dispuesto por la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.

En relación con ello, los únicos que realizan función pública son los servidores o funcionarios públicos al servicio de la administración pública al servicio del Estado. Por ello, son remunerados, aspecto que no se equipara con las funciones que realiza el practicante preprofesional o profesional, porque, como ya se mencionó, la única relación que tiene el practicante es a causa de un convenio de prácticas, pero no por una relación laboral y, por ende, no puede ejercer función pública porque no se encuentra sujeto a un tipo de contratación laboral ni a un régimen laboral.

Por consiguiente, se tiene que el practicante preprofesional o profesional no está sujeto a un contrato laboral con la entidad pública, donde realiza sus prácticas, y, por ello, percibe una subvención económica, pero no una remuneración como tal, por cuanto no está sujeto a una relación laboral y menos ejerce función pública, aspectos que no se encuentran inmersos en la normativa del servicio civil.

II. CONTRATACIÓN DE PRACTICANTES PREPROFESIONALES O PROFESIONALES COMO LOCADORES DE SERVICIOS EN ENTIDADES PÚBLICAS: ¿ESTARÍAN INMERSOS EN LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PERCEPCIÓN DE INGRESOS?

Resulta común que, en algún momento de nuestra carrera profesional, al consolidar nuestros conocimientos con la práctica, a través de las prácticas preprofesionales y profesionales desarrolladas en las entidades del sector público, se nos ofrece la posibilidad de trabajar como locadores de servicios. Sin embargo, esta situación plantea una pregunta de gran relevancia; ¿estos practicantes estarían inmersos en la prohibición de doble percepción de ingresos provenientes del Estado?

En primer lugar, es importante destacar que la prohibición de la doble percepción de ingresos se encuentra establecida en el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, así como en el artículo 3 de la Ley Marco del Empleo Público y en diversas normas que han sido desarrolladas a lo largo del presente artículo. Esta prohibición se refiere a la imposibilidad de que un empleado público (funcionario o servidor público) perciba simultáneamente dos remuneraciones por el desempeño de funciones

públicas, a excepción del ejercicio de la función docente, percepción de dietas y la pensión de jubilación (cabe señalar que esta última excepción fue establecida como resultado de un precedente vinculante).

Por otro lado, la figura del locador de servicios se encuentra regulada en el artículo 1764 del Código Civil, en que claramente se señala que es un acuerdo entre dos partes: el locador, quien se compromete a prestar sus servicios de manera autónoma, y el comitente, quien paga por estos servicios. En este tipo de contrato no existe vínculo laboral entre el locador y la entidad contratante, por lo que su naturaleza es netamente civil.

En cuanto a los practicantes preprofesionales o profesionales, es importante señalar que no tienen la calidad de servidores públicos, pues entre el practicante, la entidad pública y el centro de estudios existe un convenio de prácticas y no una relación laboral. Por lo tanto, si un practicante es contratado como locador de servicios por una entidad pública, no estaría inmerso en la prohibición de la doble percepción de ingresos, pues no está realizando función pública y, por tanto, no está percibiendo simultáneamente doble ingreso.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que, si bien es cierto un practicante preprofesional o profesional puede ser contratado como locador de servicios en una entidad pública y no encontrarse inmerso en la prohibición de la doble percepción, ello no resultaría posible si el mismo practicante es contratado en dos entidades públicas como locador de servicios, ya que la prohibición no depende solo del vínculo laboral sino del ejercicio de la función pública que realizan los locadores.

En conclusión, la contratación de practicantes preprofesionales o profesionales como locadores de servicios en entidades públicas no implica estar inmersos en la prohibición de la doble percepción de ingresos, ello por no contar con los dos elementos esenciales que configuran la prohibición (empleo público y función pública). Sin embargo, para evitar el deslinde de responsabilidades, es importante analizar caso por caso cuando estamos frente a una posible figura de la prohibición de la doble percepción de ingresos provenientes del Estado.

CONCLUSIÓN

El presente artículo ha analizado detalladamente la problemática de si es posible contratar como locador de servicios a un practicante preprofesional

o profesional en el sector público sin infringir la prohibición de la doble percepción de ingresos provenientes del Estado. Se ha visto que la normativa vigente, partiendo de la Constitución Política del Perú, de la Ley Marco del Empleo Público y demás normas, no establecen de forma clara y precisa si los practicantes pueden o no estar sujetos a esta prohibición, lo que genera incertidumbre y dificulta la toma de decisiones en esta materia.

Sin embargo, a través del análisis e interpretación sistemática de las diversas normas, informes técnicos de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) y la lectura de la jurisprudencia aplicable, se han identificado ciertos criterios que pueden ser considerados para determinar si un practicante está sujeto a la prohibición de la doble percepción de ingresos del Estado. Teniendo en cuenta que los elementos que configuran esta prohibición son ser empleado público y realizar función pública, por otra parte, también se ha tenido en cuenta la naturaleza de la actividad que realiza el practicante, la forma en que se le subvenciona y la relación que mantiene con la entidad pública contratante que son elementos fundamentales que han permitido determinar si estamos frente a la prohibición o no de la doble percepción de ingresos.

En definitiva, aunque la normativa vigente no es clara en cuanto a la posibilidad de contratar por locación de servicios a un practicante preprofesional o profesional de manera simultánea en el sector público, sin infringir la prohibición de la doble percepción de ingresos, existen criterios que pueden ser considerados para determinar su aplicabilidad. Este análisis detallado ha sido desarrollado en el precedente vinculante del Expediente 03432-2018-PA/TC, en que el Tribunal Constitucional establece que no existe doble percepción entre la remuneración y la pensión de jubilación.

En este sentido, sería oportuno que la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), en su calidad de órgano rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, pueda desarrollar los criterios técnicos necesarios para determinar si es posible contratar a un practicante preprofesional o profesional como locador de servicios en el sector público sin infringir la prohibición de la doble percepción de ingresos. La aplicación de estos criterios será vital para brindar certeza y seguridad jurídica tanto a los practicantes como a las entidades contratantes.

REFERENCIAS

- Adrianzén, C. (2015). Gestión del empleo público en el Perú: avances y desafíos. En V. León y A. Garay (Eds.), *¿Reforma del Estado en el Perú? Enfoques y perspectivas de análisis* (pp. 197-226). Instituto de Estudios Peruanos.
- Autoridad Nacional del Servicio Civil (26 de junio de 2017). Informe Técnico 0625-2017-Servir-GPGSC. <https://shorturl.at/elwDX>
- (22 de julio de 2019). Informe Técnico 1123-2019-Servir-GPGSC. <https://shorturl.at/anBNQ>
- (10 de diciembre de 2021). Informe Técnico 2375-2021-Servir-GPGSC. <https://shorturl.at/irMY2>
- Congreso del Perú (2002). Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública. Diario Oficial *El Peruano*. Congreso de la República del Perú, 22 de julio.
- (2004). Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público. Diario Oficial *El Peruano*. Congreso de la República del Perú, 19 de febrero.
- (2018). Decreto Legislativo 1401, decreto legislativo que aprueba el régimen especial que regula las modalidades formativas de servicios en el sector público. Diario Oficial *El Peruano*. Congreso de la República del Perú, 11 de setiembre.
- (2019). Decreto Supremo 083-2019-PCM, decreto supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1401, decreto legislativo que aprueba el Régimen Especial que regula las modalidades formativas de servicios en el Sector Público. Diario Oficial *El Peruano*. Congreso de la República del Perú, 24 de abril.
- Lema Hanke, R. (16 de mayo de 2022). La incompatibilidad entre la percepción de una pensión y otro ingreso del Estado. Thorne Echeandía & Lema Abogados. <https://shorturl.at/psSZ5>
- Toyama, J. (2008). Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral. Soluciones Laborales.
- Tribunal Constitucional del Perú (2021). Sentencia recaída en el Expediente 03432-2018-PA/TC. Felipe Nolberto Gonzales Rodríguez contra el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Educación.

LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LOS JUICIOS PARALELOS: A PROPÓSITO DEL CASO LOS BABYS DE OQUENDO

The Guarantee of Presumption of Innocence and Parallel Trials: Regarding the case Los Babies de Oquendo.

Antonio Huanca Pacheco*

«Siempre ha existido la criminología mediática y siempre apela a una creación de la realidad a través de información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista asentada en causalidad mágica...».

Eugenio Raúl Zaffaroni

Recepción: 13/10/2022

Aceptación: 09/06/2023

Resumen

La relación de los medios de comunicación y el sistema de justicia penal ha generado el surgimiento de un fenómeno social y plenamente constatable, denominado «juicios paralelos», lo que en los últimos años en el país ha generado mucha preocupación en cierto sector de la academia, pues el efecto inmediato de estos juicios ha traído consecuencias nocivas para el proceso penal, pues la información que se emite a través de las pantallas de televisión es sesgada. Solo cuenta una parte de los hechos objeto de investigación y la otra se esconde. Por ello, a través de esta información, se manipula a la opinión pública y, lo más preocupante, se influye en los magistrados para que emitan una resolución según los

* Abogado por la Universidad Continental, con una maestría culminada en la Universidad de San Martín de Porres en la especialidad de Ciencias Penales. En 2015, realizó una pasantía internacional en la Universidad Nacional de Antioquia, Medellín, Colombia. En la actualidad, ejerce la defensa privada de casos penales en la ciudad de Lima.

parámetros establecidos en los medios de comunicación, quebrantando así la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso.

Este efecto es perjudicial al sistema de justicia, pues los jueces y fiscales, como operadores de justicia, son los primeros llamados a respetar y garantizar los derechos fundamentales de los procesados. Sin embargo, obran amparados en información que se emite en estos medios de comunicación, peor aún, cuando estos mismos funcionarios salen a brindar entrevistas, quebrantando lo señalado por el Título Preliminar del Código Procesal Penal artículo 2, segundo párrafo, y el artículo 324 de la reserva de la investigación, pues utilizan en espacio mediático para presentar los actos de investigación realizados en el proceso y las medidas limitativas solicitadas al Poder Judicial, convirtiendo el set de televisión en un espacio donde se hace «justicia mediática» y donde se juzga con meras sospechas, presunciones y conjeturas a los otros, denominados como criminales.

Por ello, es necesario el análisis de uno de los casos más sonados en la Provincia Constitucional del Callao, espacio utilizado por los medios de comunicación como fuente de noticia criminal, en que, a través de los juicios paralelos, se decidió la situación jurídica del ciudadano Cesar Augusto Muñoz Gamarra, popularmente conocido como Batata, vinculado al caso Los Babys de Oquendo, a quien se le atribuyó ser el heredero del Cholo Jacinto, quien, después de casi cinco años de investigación y después de haber sido sometido a un juicio oral, fue absuelto por los delitos postulados por el representante del Ministerio Público, pese a que, para la opinión pública, ya se encontraba sentenciado.

Palabras clave: presunción de inocencia, juicios paralelos, debido proceso, proceso penal peruano, reserva de la investigación

Abstract

The relationship between the media and the criminal justice system has generated the emergence of a fully verifiable social phenomenon called parallel trials, which in recent years in the country have generated much concern in a certain sector of the academy. Since the immediate effect of these trials has brought harmful consequences for the criminal process, given that the information that is broadcast through television screens is biased, since only part of the facts under investigation count and the other part hides, which is why, through said information, public opinion is manipulated and, most worryingly, magistrates are influenced so that they issue a resolution in accordance with the parameters established in the media, thus breaking the presumption of innocence and due process guarantees.

Said effect is detrimental to the justice system since judges and prosecutors, as justice operators, are the first to be called upon to respect and guarantee the fundamental rights of the defendants, however, they work protected by information that is broadcast in these media, worse Even when these same officials go out to provide interviews in violation of the provisions of the Preliminary

Title of the Criminal Procedure Code, article 2, second paragraph, and article 324 of the reservation of the investigation, since they use the media space to present the acts of investigation carried out in the framework of the process and the limiting measures requested from the judiciary, turning the television set into a space where media justice is done, and where others, known as criminals, are judged with mere suspicions, presumptions and conjectures.

For this reason, it is necessary to analyze one of the most notorious cases in the Constitutional Province of Callao, a space used by the media as a source of criminal news, where the legal situation of citizen Cesar was decided through parallel trials. Augusto Muñoz Gamarra popularly known as «sweet potato», linked to the case known as the «Babys de Oquendo» who was attributed to be the heir of the Cholo Jacinto, who after almost 5 years of investigation and after having been subjected to a trial orally, he was acquitted for the crimes postulated by the representative of the Public Ministry, despite the fact that, according to public opinion, he had already been sentenced.

Keywords: presumption of innocence, parallel trials, due process, peruvian criminal procedure, reservation of the investigation

I. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN EL PERÚ

Los medios de comunicación, lejos de cumplir con su rol de informar a la ciudadanía de hechos relevantes, se han banalizado y convertido al Perú en un Estado donde prolifera y legitima el periodismo irresponsable que solo alimenta y exacerba el chisme y el escándalo (Vargas, 2009). Por ello, la información se clasifica en principales y secundarias, en que los medios de comunicación utilizan criterios para considerar sus contenidos con base en cuestiones «novedosas, escandalosas y sangrientas» (Vargas, 2009). Esto permite sostener que la información se ha convertido simplemente en un «medio» y no en un fin en sí mismo, pues los reportajes y titulares se han convertido en espacios donde se expone la vida íntima o, como en el presente caso, se exhiben los actos de investigación tendientes a un caso que se encontraba judicializado y donde presuntamente se debió respetar la presunción de inocencia.

Sin embargo, los medios de comunicación han desnaturalizado su rol de informar objetivamente y sometieron anticipadamente a un ciudadano a un juicio mediático, en que se usurparon las funciones encomendadas a los operadores jurídicos, haciendo las veces de jueces y fiscales. Ello vulneró de manera directa los derechos contemplados en la Constitución Política

del Perú, como las garantías del debido proceso y presunción de inocencia. Asimismo, el derecho al honor y buena reputación.

Por ello, sostengo que la libertad de información es mal utilizada, pues solo se busca polarizar al país, generando una sociedad de «buenos y malos», pues se transmite a la opinión pública un prejuicio respecto a la responsabilidad de una persona sometida a un proceso penal, en que, de manera paralela, sin un juicio previo y sin el respeto de las garantías constitucionales, fue sentenciada mediáticamente por más de cuatro años. Se observó que el sistema de justicia actuó según lo preestablecido por estos medios de comunicación como verdad absoluta.

En consecuencia, a raíz de lo expuesto, el investigado no solo se enfrenta con la parte acusadora (Ministerio Público), sino contra el oponente más letal e influyente: los medios de comunicación, pues lastimosamente, en muchas ocasiones, las decisiones judiciales se basan en hechos, aseveraciones y declaraciones que se presentaron en una pantalla de televisión o en los titulares de los diarios más leídos del país. Por ello, es cotidiano escuchar una «difusión literal o resumida de las declaraciones de las fuentes sin procedimientos de verificación previa, que es admitida en las redacciones como una práctica consustancial a la cobertura de actualidad» (Munive, 2016: 44). Dado que las grandes empresas de comunicación recurren a métodos que reducen el procesamiento objetivo de la información, porque «les resulta mucho más barato pagar taquígrafos que anoten los gritos en el lugar de periodistas que se encarguen de la investigación y verificación de los hechos» (Espada, 2002: 138).

En este sentido, si uno de los pilares fundamentales de la democracia en el siglo XXI es la libertad de expresión, tanto más debe ser el respecto a la presunción de inocencia y el respecto a las garantías del debido proceso, pues conforme lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia en el Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú,

los derechos humanos constituyen un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. (Fundamento 68)¹

1 Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C 71.

II. LOS JUICIOS PARALELOS

Los medios de comunicación, también denominados *mass media*, tienen la función de proveer a los ciudadanos las noticias que ocurren en la coyuntura social cotidiana. Sin embargo, un verdadero problema surge cuando estos medios se convierten en actores sociales y políticos en la toma de decisiones jurídicas penal, a través de las influencias que ellos ejercen en la opinión pública y en los jueces.

Según la profesora Pozuelo (2017), existe información que pertenece al proceso penal y que sale a la luz pública a través de los medios de comunicación, en que se revela información acerca de lo que están diciendo los testigos o de pruebas que está buscando para el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, este manejo de información en ocasiones tergiversa la valoración de estos elementos, pues son los medios de comunicación que, según su postura, se parcializan con una parte del relato, prejuzgando respecto al contenido de este documento o testigo.

Así, los medios, a pesar de que conocen el reconocimiento a este derecho fundamental lo transgreden flagrantemente, dado que superponen sus intereses sobre un determinado grupo de personas, que provienen de lugares altamente estigmatizados, “por cuanto realizar afirmaciones anticipadas generando juicios paralelos se normaliza y estos son llevados a los cauces del Poder Judicial» (Álvarez, 2014: 79).

En el Expediente 100-2020-0-5001-JR-PE-02, la Corte Suprema de Justicia señaló:

Los juicios paralelos son una realidad constatable, y tienen características contrarias a un proceso penal de corte epistemológico. Sus imputaciones se configuran sobre la base de elementos de juicio contingentes y equívocos que, por lo general, corresponden a fuentes de información secundaria. Con esa débil información, se busca el ángulo más escabroso de la noticia, y la intuición sustituye a la racionalidad, se abundan en conjeturas como imputaciones, sospechas como razones (...).

Por tanto, los juicios paralelos se encargan de atribuir directamente responsabilidad o culpabilidad a aquellas personas inmersas en investigaciones policiales, fiscales o en procesos penales, aun sin estar condenadas mediante una resolución judicial firme, como el caso objeto de análisis.

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Para el profesor Maier (2004), la presunción de inocencia es un «elemento fundante del proceso penal y le otorga un contenido material indiscutible, que influye sobre las principales instituciones procesales (la prueba, la sentencia, la situación del imputado, las medidas de coerción)» (pp. 492-493). Según Fernández (2004),

la presunción de inocencia actúa como criterio o principio informador del proceso penal de corte liberal; [asimismo], determina el tratamiento que debe recibir el imputado durante el procedimiento; y finalmente, constituye una importante regla con efectos en el ámbito de la prueba. (p. 209)

Dicho esto, nos abocaremos al análisis de la garantía de presunción de inocencia como principio informador del proceso penal y como regla de tratamiento, pues el primero «es un derecho que se le reconoce al imputado con la principal finalidad de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del ius puniendi, esto es, constituye un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal» (Fernández, 2004, pp. 221)².

Por ello, la principal razón de este principio es el alejamiento del juez del juzgamiento del prejuicio social de culpabilidad, así como de la confianza del ciudadano que le asegura que este no será violentado por el poder público (Nieva, 2013). Como regla de tratamiento, «la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable» (Fernández, 2004, pp. 214-215), «a partir del cual se concibe como un derecho subjetivo, en que cuya virtud toda medida intermedia —en especial las medidas de coerción— no pueden implicar, desde sus presupuestos, régimen jurídico y aplicación judicial, una equiparación de hecho entre imputado y culpable» (Ubertis, citado en San Martín, 2015, pp.116).

Entonces, el juez, al tomar su decisión, parte de la presunción de inocencia del acusado como regla, pues lo que se busca es que el imputado llegue con una conducta indefinida respecto a su culpabilidad, pues el juez penal debe llegar a la convicción en función de los argumentos que resulten más

2 La presunción de inocencia tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguardia de su libertad y su dignidad (con De Caro, A y Marotta, S.), *Principi costituzionali*, p. 81, citado en Fernández, 2014: 211.

abundantes o convincentes. En este sentido, llega al juicio como inocente y solo puede determinar su culpabilidad a partir de las pruebas aportadas por la acusación (Cordon, 2002).

Es importante indicar que este derecho constitucional se encuentra reconocido en instrumentos internacionales como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11.1³. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo ha regulado en su artículo 8⁴. De igual manera, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14(2)⁵. A su vez, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 66⁶. También la Constitución Política del país, en su artículo 2 inciso 24, literal e⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional señaló, en la sentencia recaída en el Expediente 0618-2005- PHC/TC, respecto a la presunción de inocencia:

a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida sentencia definitiva. (Fundamento 21)

De igual manera, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 2915-2004-PHC/TC se lee: «La presunción de inocencia se mantiene «viva» en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla» (p. 12). Sin embargo, como deja sentado el propio Tribunal Constitucional, este derecho no es absoluto, sino relativo, pues en el ordenamiento se admiten determinadas medidas cautelares personales —prisión preventiva—, pues sirven para el esclarecimiento de

3 «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

4 «Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

5 «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley».

6 Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

7 «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad».

los hechos, siempre y cuando sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Este principio informador del proceso penal, finalmente de manera taxativa, se ha establecido en el título preliminar del Código Procesal Penal, artículo II, Decreto Legislativo 957, que señala:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.
2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

En consecuencia, este último razonamiento del Tribunal Constitucional ha permitido evaluar, en el caso en concreto, la afectación a la presunción de inocencia como principio informador del proceso penal y como regla de tratamiento. Además, cómo este se ve afectado con la información propalada en los medios de comunicación, a razón del caso Los Babys de Oquendo y del tratamiento mediático que tuvo el ciudadano Cesar Muñoz Gamarra.

IV. LIBERTAD DE INFORMACIÓN VS. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Es importante diferenciar lo referente a la libertad de expresión e información, pues estos son derechos distintos que tienen un objeto de protección en razón a su naturaleza. Por ello, mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicio de valor u opiniones, la libertad de información comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole «verazmente» (Sentencia del Tribunal Constitucional 00905-2001 AA/TC, fundamento 9).

Sostengo que la diferencia se resume en una sola palabra, «*verazmente*» pues mientras que los juicios de valor, las opiniones o pensamientos, no

pueden ser sometidos al test de veracidad, dado que comporta el derecho a la libertad de expresión (subjetivas), no obstante, siendo que los hechos noticiosos por su naturaleza son datos objetivos y contrastables, si pueden ser sometidos a este test (Sentencia del Tribunal Constitucional 00905-2001 AA/TC, fundamento 9, segundo párrafo). Sin embargo, como el propio tribunal ha indicado, «la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecúen a la verdad en sus aspectos más relevantes» (Sentencia del Tribunal Constitucional 00905-2001 AA/TC, fundamento 10).

Por ello, esta dimensión de la libertad de información para merecer protección constitucional requiere ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la responsabilidad de ser sujetos informantes (periodistas y comunicadores sociales) (Sentencia del Tribunal Constitucional 00905-2001 AA/TC, fundamento 11).

Dicho esto, evaluaremos inicialmente una información periodística de uno de los medios más importantes del país, Panamericana Televisión, cuyo programa de investigación dominical *Panorama*, el 2 de julio de 2017, emitió el reportaje «Batata, heredero del Cholo Jacinto: todo sobre la captura de Los Babys de Oquendo»⁸. Luego contrastaremos la información con la sentencia del 8 de agosto de 2021, emitida por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Sala Penal Nacional en el Expediente 220-2016⁹, la cual absolvió a este ciudadano de las graves imputaciones del medio de comunicación.

El reportaje indicó lo siguiente:

El último martes, un megaoperativo que realizó la Policía Nacional, en coordinación con el Ministerio Público en el Callao, permitió *desarticular a la organización criminal Los Babys de Oquendo*, dedicada a la extorsión, sicariato y usurpación de terrenos y que operaba en Carabayllo, Zapallal, Puente Piedra y la zona de Oquendo.

Esta banda criminal estaba recompuesta por dos exmiembros de la otrora peligrosa banda de Los Destruyores. En la intervención se detuvo a Helio Eduardo Tolentino Huerta, quien fue lugarteniente del fallecido Ja-

⁸ El reportaje se encuentra en www.youtube.com/watch?v=vItGZ6fxx04&t=212s

⁹ La sentencia se encuentra en <https://shorturl.at/tFRSW>

cinto Aucayari Bellido, alias Cholo Jacinto. También José Enrique Ramos Bellido, alias Kike, que formó parte de Los Destruidores y Los Injertos.

Además, esta nueva banda había reclutado a 24 agentes de la policía, incluso 17 de ellos pertenecían a la Dirección de Inteligencia, y a tres funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Por lo que el director de la Policía, el general Vicente Romero, señaló que se está limpiando la casa.

Uno de los hombres clave de esta organización, *es considerado el más cruel y sanguinario. Se trata de César Augusto Muñoz Gamarra, más conocido como Batata, con un pasado criminal de espanto.* En el siguiente informe, *Panorama* pone a disposición todos los detalles de la operación y el historial delictivo de este *peligroso criminal*» [las cursivas son mías].

La descripción del video, que no es sino la presentación de Rosana Margarita Cueva Mejía, afirma que nos encontramos frente a una organización criminal, Los Babys de Oquendo. Sin establecer la información que corrobora lo dicho, refiere que el ciudadano Cesar Augusto Muñoz Gamarra, considerado el más cruel y sanguinario, conocido como Batata, tiene un pasado criminal de espanto. Así, la afirmación claramente se orienta a establecer responsabilidad penal y la presunción de culpabilidad. Más aún, si como señala el reportaje esta información fue propalada cuando la investigación se encontraba en una etapa inicial de diligencias preliminares. Es decir, en una etapa en que se realizan los actos urgentes e inaplazables para identificar a los presuntos responsables. Sin embargo, parece que la presentadora da por acreditado toda la información responsabilizando de los hechos a este ciudadano.

En el minuto 1:54 del reportaje, se observa cómo, al momento de la intervención, cuando el detenido le señala ser Batata, rápidamente en la pantalla se presenta de color amarillo, una descripción de «alias Batata». El hecho de señalar los «alias o sobrenombres» rápidamente a un televidente lo conlleva a relacionarlo con un hecho criminal, pues claramente presentar a una persona con su nombre y apellidos no tiene el mismo impacto que presentarlo con un alias, que busca representarlo como el otro, el diferente, el desviado social.

Lo que más se resalta en el vídeo es la intervención de los operadores jurídicos fiscales, policías y autoridades como el exviceministro del Interior Rubén Vargas, quien detalla los pormenores de la actuación policial. En

el minuto 3:36, afirma: «Estamos viendo que hay una decisión firme de policías buenos de expectorar, de expulsar a esos policías que cruzaron la línea y se *convirtieron en delincuentes*» [las cursivas son mías].

Entonces, cuando el viceministro indica: «Se convirtieron en delincuentes», se quebranta este principio informador que protege al investigado para que se presuma su inocencia y no su culpabilidad, pues lo más perjudicial es que esta afirmación proviene de una autoridad que ejerce funciones de gobierno de orden interno y que, en teoría, debe proteger el libre ejercicio de los derechos y las libertades de las personas. Sin embargo, parece que ese día se olvidó de su función y se convirtió en acusador y verdugo.

Esta descripción se queda corta, pues en el minuto 7:22 declara el fiscal responsable de la intervención, Arturo Mosqueira, quien señala:

De Batata se sabe que era amigo de barrio de siempre de Kike, de Tolentino, de Jacinto y, según las escuchas telefónicas, *era el que hacia el trabajo sucio..., el que contactaba sicarios...* [Minuto 11:17]: Según las escuchas, él paga [...]. Batata paga a dos sicarios colombianos, para que realicen la «chamba», así es como lo llaman ellos. [Matan a la cosmiatra]. Matan a la cosmetóloga delante de sus hijas de 10 años. Eso ocurre en el año 2016.

Las afirmaciones son claras, se está hablando de un culpable al que se le imputa la pertenencia a una organización criminal. Además, este realizaba el trabajo sucio y contactaba sicarios colombianos. Estas declaraciones del fiscal parecen sacadas de una sentencia que encontró responsabilidad penal. Sin embargo, se olvida que es primigenia (diligencias preliminares), en que ni siquiera existe una acusación, mucho menos una sentencia. Usurpando funciones de un juez de juzgamiento, afirma hechos que en la etapa que corresponde técnicamente no existe pruebas, sino elementos de convicción respecto a un hecho delictivo.

Debo advertir que el reportaje considera relatos que no se encontraron corroborados por elementos de convicción, pues se indica que Batata participó en un secuestro con los desaparecidos destructores. Sin embargo, no existe sentencia condenatoria que corrobore esta afirmación. Ello evidencia que solo se basó en prejuicios, especulaciones y sospechas, pues contraviene lo establecido en el artículo II segundo párrafo del Título Preliminar del Código Penal. Como autoridad, se le está proscrita la presentación de los investigados como culpables antes que exista una sentencia firme.

Respecto a la presentación de personas ante los medios de comunicación como presuntos sospechosos, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en la sentencia de Acción Popular 16682-2016, del 12 de abril de 2017. Ahí, según la demandante, el Ministerio de Justicia emitió un decreto supremo que permitía presentar públicamente a los detenidos por cualquier delito, incluidos los implicados de traición a la patria que pertenezcan a agrupaciones terroristas, pues el Decreto Supremo 005-2012-JUS derogó al Decreto Supremo 01-95 JUS, que prohibía la presentación pública de la autoridad policial de los detenidos por cualquier delito¹⁰.

Según la demandante, la norma señalaba que la lucha frontal contra la criminalidad organizada en un Estado social y democrático de derecho exigía indefectiblemente la adopción de medidas concretas destinadas a afrontar de la manera más efectiva posible a los responsables de los diversos actos ilícitos. En este sentido, las agencias de control penal requerían contar con los mecanismos que permitan combatir eficazmente el delito y el crimen organizado, siempre en el marco del respeto a las garantías y derechos fundamentales propios de un Estado democrático de derecho¹¹.

Por ello, la Corte Suprema señaló:

Por lo expuesto, esta Sala Suprema considera que la sola exposición pública de las personas detenidas por la Policía Nacional sí resulta atentatoria del derecho a la presunción de inocencia, pues, aun cuando se indique que se trata de «presuntos responsables», la forma en que muchas veces son presentados ante los medios de comunicación genera que la población los considere culpables, sin que ni siquiera exista una investigación fiscal iniciada. (Fundamento 17)

Por su parte, la Corte señala que, a pesar de que el Decreto Supremo 05-2012-JUS no lo señalaba expresamente que al derogar el Decreto Supremo 001-95-IUS se presente a los presuntos sospechosos ante los medios de comunicación, tal omisión produce un desmejoramiento en la situación brindada, dado que la prohibición expresa brinda mejor protección al derecho constitucional de presunción de inocencia. En este sentido, una «norma que permite la exhibición frente a la prensa de un detenido, sin fijar, en forma alguna, cómo deberán cumplirse los requisitos de discreción y cautela exigidos por la Corte Interamericana lesiona de manera manifiesta

10 Recuperado de <https://shorturl.at/oyU24>

11 Recuperado de <https://shorturl.at/oyU24>

el derecho a la presunción de inocencia» (Acción Popular 16692-2016-Lima, fundamento 17, p. 16).

Agrega la Corte, que la protección constitucional de las personas presentadas a través de los medios de comunicación como presuntos responsables no solo se enmarca en la garantía de presunción de inocencia, sino que

Ciertamente, la sola presentación con el título de «detenidos» genera un perjuicio en el honor, particularmente, en el denominado «honor externo» (buena reputación) que se encuentra referido al valor que los demás asignan a una persona; lo cual, en el caso de los detenidos, puede ocasionar estigmas que afectan todos los ámbitos de sus vidas y la de sus familiares al ser considerados por los ciudadanos como culpables sin que aún exista un pronunciamiento judicial firme. (Acción Popular 16692-2016, Lima, fundamento 18, p. 16).

Resulta interesante la respuesta que brinda el apelante (procurador público del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos), quien señaló que la presentación de personas detenidas a través de los medios encontraba sustento, pues buscaba proteger el bien jurídico de seguridad ciudadana y el derecho a la información que tienen todos los ciudadanos, por lo que las medidas eran necesarias para combatir la delincuencia y el crimen organizado. Sin embargo, si bien la sentencia de vista no llega a aplicar el test de proporcionalidad, la misma tendría el siguiente resultado:

Nos debemos preguntar en principio si la medida de presentar a través de los medios de comunicación a una persona limita algún principio, siendo la respuesta positiva (presunción de inocencia como principio informador del proceso penal y regla de tratamiento). Sin embargo, la medida persigue un bien constitucionalmente válido, pues la seguridad ciudadana y el derecho que tiene todo ciudadano a la información es según la Constitución.

Respecto a la idoneidad, a efectos de garantizar el derecho que tienen todas las personas a la seguridad ciudadana y a la información, con la presentación de los presuntos responsables, es un mensaje que sirve como prevención general, pues con ello se busca disuadir a las personas para que piensen seriamente antes de inclinarse por alguna conducta contraria a la norma, por lo que supera el segundo filtro.

Respecto al subprincipio de necesidad, es evidente que existe otra medida distinta de presentar a las personas a través de los medios de comunicación a efectos de garantizar la seguridad ciudadana y el derecho

a la información, pues, limitando menos el derecho a la presunción de inocencia o no, limitando esta garantía permitiría alcanzar con igual o mayor idoneidad el fin preventivo. En este sentido, es evidente que la presentación de las personas detenidas ante los medios de comunicación no resulta ser el único medio para garantizar el derecho a la seguridad ciudadana y a la información, pues la lucha contra el crimen organizado se hace frente a través de otras medidas, como inteligencia, fortalecimiento de las capacidades de respuesta por parte de la Policía Nacional del Perú y otras medidas. Por ello, su necesidad no se encuentra justificada¹².

En consecuencia, no supera el segundo límite, que es el principio de necesidad, razón por la que este tipo de acciones solo favorece el morbo de cierto sector de la prensa.

Este caso sirve mucho para evidenciar cómo la protección de un derecho humano (presunción de inocencia), desde el punto de vista de la progresividad y no regresividad de los derechos, establece que ciertos principios no pueden ser modificados en forma que se retroceda en su reconocimiento. Más aún, si en el caso concreto del video en análisis, al tener como principio informador del proceso penal, lo estipulado en el artículo II del título preliminar del Código Procesal Penal, se prohíbe a las autoridades presentar a las personas como culpables antes de la sentencia, pues el goce de estos principio se fundan en derecho a la dignidad de la persona, que tiene sustento en el derecho internacional de los derechos humanos, pues contempla la obligación de los Estados partes de lograr el desarrollo progresivo de los derechos.

Por ello, la vulneración de la presunción de inocencia por parte de los medios de comunicación y las autoridades, no deben ser una excepción al reconocimiento constitucional que ampara el derecho y goce del mismo, pues de no ser así, estaríamos quebrantando los principios fundamentales de todo orden constitucional (penal), y esto está proscrito si viene de una autoridad como son los jueces y fiscales, pues el primero, es el garante de los derechos fundamentales y el segundo el representante de la sociedad, dado que su labor se enmarca en los derechos reconocidos por la constitución y que rigen al momento de llevar a cabo sus múltiples actividades de investigación.

12 Con igual resultado llegó la sentencia de primera instancia, pues, en fundamento 4.16, la sexta sala especializada en lo penal de reos libres de Lima indicó que la necesidad no se encontraba justificada.

En una sentencia emblemática caso Ollanta Humala y Nadine Heredia, el Tribunal Constitucional hace un llamado a los magistrados que olvidan su rol imparcial respecto al tratamiento de una persona sometida a una investigación, lo que debe ser motivo de reflexión, cuando señala:

es evidente que, de no mediar el máximo esfuerzo por generar un compromiso introspectivo con la propia independencia institucional, los jueces corren el riesgo de resultar influenciados por *los juicios paralelos o mediáticos*, que muchas veces, haciendo tabula rasa de las mínimas garantías del debido proceso, pretenden que la institución de la prisión preventiva sea aplicada como una sentencia anticipada a aquel que, sin mediar aún un justo proceso, la mayoría de la población o un sector con capacidad de posicionamiento mediático, ya ha «juizado» como culpable. Es deber irrestricto de la judicatura mantenerse inmunes frente a esas presiones. La condición de juez o fiscal de la República así lo exige.

Es decir, el propio Tribunal Constitucional reconoce que, en ocasiones, tanto los jueces y fiscales pueden verse influenciados, pero recomendando mantenerse inmunes frente a este fenómeno social, tanto más si frente a ellos se encuentra a una persona que aún le reviste la presunción de inocencia, como en el caso, pues, a razón de este reportaje, claramente al ciudadano Cesar Augusto Muñoz Gamarra le declararon fundado el requerimiento de prisión preventiva por 36 meses.

En el video objeto de análisis se observa cómo se presentan a los detenidos con chalecos. Respecto a esta práctica, el Tribunal Constitucional ha tenido un pronunciamiento en el Expediente 02825-2017-PHC/TC-Junín. Ha señalado que «la exhibición de la persona, aunado a diversos juicios de valor sobre su condición, incentivan y fortalecen los estigmas que puedan generarse en relación con las personas detenidas» (fundamento 26).

Además, indicó que esta clase de exposiciones ostentan un mayor nivel de gravedad cuando a la persona se le exhibe ante los medios de comunicación con los chalecos de «detenido» o «procesado». En todo caso, más allá que dicha condición pueda ser cierta al interior del proceso judicial respectivo, lo cierto es que esta exposición ante los medios de comunicación genera un estigma social difícilmente superable para la persona. En efecto, aunque con posterioridad la autoridad jurisdiccional expida un fallo absolutorio, en realidad la imagen de la presentación del detenido ante la sociedad como si fuera culpable ocasiona una huella que suele perseguirla incluso cuando

el proceso ha culminado. (Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 02825-2017-PHC/TC-Junín, fundamento 30)

Por último, este tipo de exposiciones claramente afecta la presunción de inocencia, pues estas imágenes aún se encuentran alojadas en las plataformas de internet de acceso público y al alcance de todos los ciudadanos, a quienes, al referirse a Batata, seguramente les será difícil borrar del imaginario la detención y su ingreso al penal.

Según las imputaciones del Ministerio Público, a Batata, como lo conocen en su vecindario, se le imputó el delito de crimen organizado artículo 317, sicariato 108 C y tenencia ilegal de armas 279 G. La sentencia se emitió el 8 de agosto de 2021, la que se encuentra consentida, después de que el fiscal no interpuso recurso impugnatorio respecto, seguramente al haberse convencido de la inocencia del antes citado o porque el caso se trataba de más de 18 hechos y 58 imputados. Sin perjuicio de ello, siendo una de las posiciones lo cierto es que según los jueces:



2.12.- De todo lo actuado y expuesto se pueden extraer varias conclusiones. El Ministerio Público no ha podido probar que el acusado Muñoz Gamarra haya cometido el delito de sicariato contratando a su vez a sicarios de nacionalidad colombiana (en realidad, de nacionalidad alguna) para la muerte de la víctima. Tampoco que haya sido la persona de quien en vida fuera Jacinto Aucayauri Bellido quien ordenara el homicidio de aquélla, es decir, no se ha demostrado que haya tenido la condición de contratante.

En consecuencia, no habiendo acreditado sus proposiciones fácticas respecto a los delitos imputados, el colegiado absolvió de los cargos de crimen organizado y sicariato. Más aún, si la propia sentencia sostuvo que el delito de sicariato es de tendencia interna trascendente. Es decir, a parte del dolo se requiere una finalidad, un provecho o beneficio económico o de otra índole que habría recibido a consecuencia del este hecho. Finaliza la sentencia:

2.18.- Por estas consideraciones, no existiendo certeza de la responsabilidad penal del acusado, y no habiendo tenido las pruebas actuadas entidad suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, es del caso absolver a César Augusto Muñoz Gamarra de la acusación fiscal por el delito de sicariato, en agravio de Maribel Andamayo Zambrano.

Así, el ciudadano Cesar Augusto Muñoz Gamarra debió esperar más de cuatro años para que el derecho a la presunción de inocencia, ahora como regla de juicio, predomine sobre los prejuicios y sospechas, que se crearon a razón de este reportaje y que el contenido de los actos de investigación y

la reserva de la investigación, que si bien el Estado, a través del Ministerio Público, tiene la obligación de perseguir el delito, eso no quiere decir que en proceso se relajen garantías como se ha evidenciado en el presente caso.

CONCLUSIONES

En consecuencia, los medios de comunicación a través de estos reportajes quebrantan el principio de presunción de inocencia como garantía que informa al proceso penal. En ocasiones, influyen en las decisiones de los magistrados al imponer una medida cautelar —prisión preventiva— en el proceso donde se encuentra investigado un ciudadano. Ocurrió en el caso citado, por ejemplo, cuando se le imputaron delitos graves que fueron desestimados pasados cuatro años, a través de un juicio oral y público. Ello demuestra las fallas del sistema en este extremo.

El problema evidenciado no solo se debe analizar desde un punto de vista específico, pues, de ser el caso, solo se estaría estudiando la punta del iceberg. Es decir, la afectación al principio de presunción de inocencia. El gran problema radica en esa relación que existe entre la información y el comercio. Es decir, los medios de comunicación ven a la información como una mercancía y no como un derecho humano. Así, siendo la información un producto que debe venderse, los periodistas necesitan relatar hechos que capten a más televidentes, aunque sea tergiversando o creando una realidad paralela, pues lo que importa son los ingresos que se generen a raíz de esta información sin importar que a raíz de este proceso se lleve a la cárcel a muchas personas a quienes se le presume inocente. Por ello, las instituciones públicas deben propugnar arrebatar ese espacio público, que por muchos años han dejado a los medios de comunicación, pues solo con una información de calidad que respete las garantías constitucionales trasladada a la opinión pública es perfectamente posible una dosificación del prejuicio que las personas sufren al ser sometidas a un proceso penal, para crear un margen de respeto a todas las garantías del debido proceso y especialmente a la de presunción de inocencia.

Un ejemplo interesante es el canal de televisión del Poder Judicial, Justicia TV, que en ocasiones ha transgredido el principio de presunción de inocencia, cuando presentaba casos emblemáticos con nombres que la policía utiliza para sus operativos, como «audiencia de prisión preventiva

de Los Babys de Oquendo». Este espacio no solo debe servir para procesos penales, sino también para hechos que tienen connotación pública, de mayor o igual trascendencia que un proceso penal, como los procesos laborales, civiles y constitucionales. De no existir un canal de estos, seguramente los medios de comunicación tergiversarían la información respecto de algunas audiencias, según su postura política y fin comercial. Sin embargo, cuando las cosas son puestas de manera clara al televidente, se espera que el conocimiento se genere a propósito del debate, en el caso penal entre el fiscal y abogado, y finalmente cómo resuelve el magistrado¹³.

Por lo tanto, en el presente trabajo se evidenció cómo el mal uso de la información generó, en un primer momento, la imposición de la prisión preventiva, y, posteriormente, su prolongación, para que, después de cuatro años de pena privativa de libertad, el ciudadano Cesar Augusto Muñoz Gamarra sea absuelto de los mismos delitos por los que se le impuso una medida de coerción personal. Este hecho debe ser motivo de reflexión para todos los operadores jurídicos, para no caer en lo que sucedió el 12 de octubre de 2022, en que una fiscal superior, en una entrevista respecto a un caso emblemático, señaló: «El victimizarse no ayuda en lo absoluto, aquí tenemos que ser objetivos. Si se dicen inocentes, pues que prueben que son inocentes en el Ministerio Público, para eso existe el proceso»¹⁴. Así, evidenció cómo los mismos defensores de la legalidad quebrantan el principio de presunción de inocencia como regla de tratamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Yrala, E. O. (2014). Entre la información y la desinformación: Los juicios paralelos y su influencia en las decisiones judiciales. *Lumen*, (10), 77-82. <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/531/446>
- Cordon Moreno, F. (2002). *Las garantías constitucionales de proceso penal*. Aranzadi.

13 Como es de conocimiento público, la Constitución Política establece que tenemos el derecho constitucional a criticar las resoluciones judiciales. Ver artículo 139 inciso 20 de la Constitución Política del Perú, que señala: «El principio del derecho de toda persona de formular análisis de críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley».

14 Visto en «Fiscal superior Marita Barreto: «El Ministerio Público ya hizo su trabajo ahora le toca al Congreso», www.youtube.com/watch?v=SiPDb9t5Kpg&ab_channel=CarlaHarada, del minuto 52:29 al 56:06.

- Denegri, M. A. (2014). *¿Qué hacer con la TV basura?* [Vídeo YouTube]. www.youtube.com/watch?v=g5uGfEJsHT8
- Espada, A. (2002). *Diarios*. Espasa-Calpe.
- Fernández López, M. (2004). *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. [Tesis doctoral de la Universidad de Alicante].
- Koziner, N. S. (2013). Antecedentes y fundamentos de la teoría del framing en comunicación. *Austral Comunicación*, 2(1), 01-25. <https://doi.org/10.26422/aucom.2013.0201.koz>
- Maier, J. B. (2004). *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. Editorial del Puerto.
- Mejía Quintana, O., Paola Rodríguez, G., Patricia León, I., Ignacio Reyes, P. y Moreno Segura, L. (2009). *Teoría crítica de los medios de comunicación*. Universidad Nacional de Colombia.
- Munive, M. (2016). Periodismo de declaraciones: cuando la prensa renuncia a ser el lugar de los hechos. *Conexión*, (6), 42-57. PUCP. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/conexion/article/view/16456>
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons.
- Pozuelo, L. (28 de noviembre de 2017). Criminología mediática. Ponencia presentada en el *Congreso Internacional de Criminología Mediática, Justicia Penal y Política Criminal*. Universidad Nacional de Colombia.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Cenes.
- Vargas Llosa, M. (febrero de 2009). «La civilización del espectáculo». *Letras Libres*, (89) 4-22. www.letraslibres.com/mexico-espana/la-civilizacion-del-espectaculo

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES PERUANOS, UN PARÉNTESIS A LA JUSTICIA, SALVAGUARDA Y PRAXIS

Peruvian Constitutional Rights, a Parenthesis to Justice, Protection and Praxis

César Augusto Del Bueno Tuesta

Recepción: 15/04/2023

Aceptación: 09/06/2023

Resumen

El presente artículo propone un enfoque garantista, la exposición de los derechos constitucionales peruanos. Ofrece un alcance al estudio de la dignidad humana, sin discriminar derecho alguno, ya sean los escritos o los acontecidos por el Tribunal Constitucional (derechos no enumerados). Asimismo, el análisis de la justicia constitucional, el desencadenamiento del debate popular de lo solicitado, de lo interpretado y lo sentenciado, es el idealismo criterioso de lo que debe ser reconocido o no como vulneración. Nuestro país sigue cayendo en el cuestionamiento de quién tiene la razón respecto a la salvaguarda de los derechos, si son los pensantes conservadores o los nuevos estudiosos progresistas. Lo cierto es que todo se relaciona con los parámetros constitucionales, base de toda investigación en esta materia, la historia constitucional, la aplicación y procedimiento bajo las normas vigentes y la jurisprudencia redactada bajo la

* Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana Los Andes, con estudios de especialización en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Público y Privado. Conciliador extrajudicial básico y especializado en familia, con experiencia laboral en el sector público y privado, exmiembro externo del Taller de Derecho Internacional Taller Alberto Ulloa Sotomayor (TAUS) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y actual director de la Comisión Constitucional del Círculo de Estudios Vox Populi Vox Dei. Asimismo, es columnista del área constitucional del portal jurídico *DeLeyes*.

orden de sus magistrados. Todo lo expuesto atiende a un conjunto de principios y premisas que hacen de este país un Estado de derecho, con la primacía de su Constitución y la función de sus ejecutores.

Palabras clave: derechos constitucionales, justicia constitucional, derecho procesal constitucional, dignidad humana, jurisprudencia, ordenamiento interno.

Abstract

This research article proposes a guarantee approach, exposing Peruvian constitutional rights, giving a scope to the study of human dignity, without discriminating against any right, whether written or passed by the constitutional court (rights not listed), according to In the same way, the analysis of constitutional justice, the unleashing of the popular debate of what was requested, what was interpreted and what was sentenced, is the criterial idealism of what should or should not be recognized as a violation, our country continues to fall into the questioning of who is right regarding the safeguarding of rights, if they are the conservative thinkers or the new progressive scholars, the truth is that everything is related to the constitutional parameters that are the basis of all research in this matter, constitutional history, application and procedure Under the current regulations and the jurisprudence drawn up under the order of its magistrates, everything exposed attends to a set of principles and premises that make this country a state of law, the primacy of its constitution and the function of its executors.

Keywords: Constitutional rights, constitutional justice, constitutional procedural law, human dignity, jurisprudence, internal law.

INTRODUCCIÓN

La garantía y eficacia sobre los derechos se encuentra en tela de juicio en América Latina, desde la interpretación contextual hasta la legalidad y tipicidad de la norma base de cada Estado, más allá del fondo exigente por parte de la ciudadanía sobre un cambio radical de Constitución política o la consecuente y seguida petición de reformas constitucionales. Claro está que nuestro país no es ajeno al desequilibrio político y sistemático de los últimos años. Los acontecimientos mundiales repercuten en países como el nuestro y es ahí donde se denotan los déficits de cada gobierno en turno o salen a la luz los vacíos y/o incongruencias de normas conservadoras.

Las sociedades contemporáneas se encargan de desvirtuar la concepción de un Estado de derecho, pues, ante la supuesta inobservancia de cubrir sus necesidades, nace el reclamo y cuestionamiento acerca del manejo del

país, del cumplimiento de los principios constitucionales y el respeto de ello por parte de los poderes del Estado. Asimismo, con un organismo autónomo capaz de interpretar a todas luces nuestra constitución política, este no se aparta de la verdad de muchos. Nuestro Tribunal Constitucional desencadena en cada una de sus etapas nuevos ítems de interpretación y consideración para todos los magistrados nacionales. En un sentido abstracto de la norma, deja carta libre a la incorporación de derechos acontecidos a nivel mundial, desconocidos en la praxis por el Perú, pero conocidos por los especialistas y concedores constitucionalistas.

Esta es la realidad que abarca hoy la disconformidad de unos y otros, pero con el único fin de reconocer los derechos constitucionales, respetar la balanza de la justicia y proteger los derechos mediante la praxis, la jurisprudencia y los criterios especializados.

I. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

Comentemos sobre el ordenamiento interno. Es aquí donde se rigen las normas domésticas, los parámetros de lo permitido y lo sancionado, dando un orden, armonía, organización y protección a la sociedad. Con esta premisa, es de prioridad de todo Estado constitucional de derecho establecer los derechos bases, los aceptados, reconocidos y pertinentes para un Estado. El Perú, bajo la Declaración Universal de Derechos Humanos, se sitúa en esa línea de adaptación y recopilación de principios moderados y progresivos, una inclusión en marcha que expone los argumentos en los cuales creen nuestros legisladores y constitucionalistas para adjuntar a nuestra Constitución Política.

Una buena regulación constitucional de los derechos se podría sostener, debería ser muy distinta de la contenida en gran parte de las Constituciones contemporáneas. Debería limitarse a establecerse pocos derechos, definida de un modo preciso y unívoco, para ser relevante y, por tanto, aplicable, solo en los casos precisa y unívocamente predeterminados, en que tales derechos hayan sido violados (Celano, 2019, p. 111).

De lo citado, los derechos constitucionales deben ser claros y pertinentes según la sociedad en turno, atendiendo a sus necesidades y la problemática consuetudinaria. Así, no basta solo reconocer los derechos del artículo 2 de la Constitución, sino también los derechos no enumerados según el

artículo 3, dejando abierta la idea de adoptar a criterio nuevos derechos que no optaron los legisladores.

Asimismo, queda el reconocimiento de los tratados y adopción de los derechos escritos, tal como menciona el artículo 55 de la Constitución Política. Todo esto son herramientas en aras de un derecho progresivo ante la nueva inclusión de futuros derechos para nuestra legislación. Si bien es labor de nuestro Tribunal Constitucional la interpretación y aplicación de estos derechos, dejando una guía de fundamentos y sustentación, también lo es por parte de quienes practicamos el derecho realizar un esfuerzo analítico y criterioso conforme la salvaguarda de los derechos bajo el principio *pro homine*.

II. LA DIGNIDAD HUMANA COMO EJE DEL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Ahora bien, desde mi perspectiva, la dignidad humana se puede desarrollar o entender desde dos concepciones. La primera es contemplarla como un propio y único derecho, la valorización por la vida humana, el respeto y entendimiento por el ser humano. Y la segunda es cuando está inmersa en todos los derechos. Es decir, la esencia de la dignidad humana núcleo de todos los derechos constitucionales. Esto sería entender la dignidad como una fragilidad denotada en nuestro ordenamiento interno. Cada derecho lleva una percepción que puede ser vulnerado si se trastoca el fondo, que es su dignidad al perjudicar el bienestar humano.

Respecto al Perú, sabemos que el Tribunal Constitucional, por momentos, parece interpretar la dignidad humana defendida por la Constitución Política y por los instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan al Perú como si fuera autonomía a-teleológica o mera autonomía, pero no es menos cierto que lo hace al mismo tiempo como si fuera naturaleza humana o condición de persona (Postigo, 2012, p. 117).

Nuestro Tribunal Constitucional, en su función como máximo interprete, es cierto que debe conocer la Constitución y actuar conforme la legalidad, tipicidad y criterio conjunto de cada uno de sus magistrados, siempre priorizando la dignidad humana. Los cuestionamientos que puedan haber ante nuestro tribunal se refieren al confrontamiento entre el pensamiento progresivo y conservador, ante los nuevos conceptos sociales que se susciten,

pero restarle la importancia a sus exámenes sobre los derechos constitucionales, sus valorizaciones, interpretaciones, conjeturas expuestas y fundamentación en cada una de su jurisprudencia sería aceptar un hecho ficticio.

El tribunal adopta un criterio que va relacionado con su propio actuar reflejado en la praxis. La protección de los derechos constitucionales es partir desde el entendimiento que su dignidad tiene salvaguarda, la forma de cómo protegerlo o entenderlo mediante el derecho procesal constitucional es ya análisis de nuestros máximos magistrados constitucionalistas.

III. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO

Tras revisar la importancia de la dignidad constitucional, hay que entender el contexto de un derecho constitucional suscitado, su tipicidad, lo expuesto a puño y letra en aras de su protección debida e interpretación correcta según el caso expuesto en turno. Este conocimiento debe partir de la Constitución Política, con un enfoque general situacional. Por consiguiente, se buscará delimitar el Estado del derecho invocado, el campo pertinente al cual acudir con ayuda de las demás normas domesticas según el sentido que le queramos dar, y, cómo no, citando jurisprudencia vinculante que sustentan el entendimiento con nuestra propia interpretación o sirvan para dilucidar los vacíos que no fueron aclarados en su momento. Todos estos elementos refuerzan la justicia constitucional, una serie de preceptos que configuran un idóneo entendimiento del contenido constitucionalmente protegido.

Como se ha señalado, en términos jurídicos, un derecho constitucional significa y vale su contenido. Sin embargo, puede que el «contenido de unos derechos» no esté libre de polémica ni cuente con un solo significado. Por ejemplo, en lo que respecta a los procesos constitucionales, podemos referirnos a dos momentos vinculados con el «contenido» de los derechos. Uno primero, al analizarse la procedencia de la demanda, ocasión en la que el juez determina si el demandante hizo referencia al «contenido constitucionalmente protegido» de los derechos invocados. Y uno último, cuando el juez sentencia el fondo del caso y determina si se produjeron intervenciones legítimas o no en el contenido de los derechos y, por ende, si estos fueron indebidamente afectados (Sacio, 2018, p. 35).

Si bien tenemos argumentos para el actuar correcto ante contenido constitucionalmente protegido, sin embargo, también es de importancia la aportación del derecho procesal constitucional como contribuyente a la justicia constitucional y sus allegados. Así, existen dos etapas del proceso calificables como expone el autor citado. El primero siendo la admisibilidad de las demandas, el reconocimiento que si existe un derecho vulnerado y, por ende, un contenido constitucionalmente por proteger, este primer filtro repercute en mucho al proceso constitucional en caso de ser aplicado incorrectamente, su carga procesal, su interpretación errónea o forzada y las conjeturas que pueda dejar a lo largo del proceso. El segundo se circunscribe a la decisión del magistrado, la sentencia como que se avoca a la recopilación de todos los argumentos mencionados en el primer párrafo de este subtítulo. Así, reconocemos una aplicación correcta del contenido constitucionalmente protegido y, con ayuda del derecho procesal constitucional, su seguimiento direccional idóneo.

IV. UNA VISIÓN MODERNA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

He dedicado un apartado en alusión al derecho progresivo y su trascendencia en vista de los derechos constitucionales. Podemos hablar ahora de la Declaración de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todos nos llevarán al ordenamiento interno y constitucional albergado en nuestra vigente Constitución Política.

Sin embargo, para llegar a ello, los derechos constitucionales debieron pasar por reconocimientos y, atendiendo a las llamadas de cada sociedad a lo largo de los años, estos fueron incorporados. Tanto así que, sin necesidad de seguir aumentando el texto constitucional, se atribuyó el valor de reconocimiento al artículo 3 de la norma constitucional base para examinar futuros derechos que no fueron de consideración, pero que hoy significan parte de la vida y/o dignidad humana de la sociedad contemporánea.

La Carta de 1920 incorpora por primera vez en un texto constitucional las instituciones de garantía para la protección de los derechos y libertades. La primera garantía reconocida fue la institución del *habeas corpus*, para proteger judicialmente la libertad individual y, posteriormente, con

la Carta de 1933, se le encomienda la protección de todos los derechos constitucionales reconocidos. Pero la evolución de los instrumentos de garantía recién comenzó con las Constituciones de 1979 y 1993 (Nieto, 2012, p. 50).

Ya hemos reconocido los derechos constitucionales, parámetros de interpretación, deducción de la esencia de estos derechos y anotaciones de justicia constitucional. Por consiguiente, debemos analizar el aspecto procesal y las instituciones instauradas en defensa de estos derechos. Bien sabemos que contamos con garantías constitucionales, cada una para salvaguardar un determinado derecho, el *habeas corpus*, *habeas data*, la acción de amparo, la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la acción de cumplimiento. Cada una es reconocida por la Constitución Política de 1993 y aplicada bajo nuestro Nuevo Código Procesal Constitucional.

Son tiempos en los cuales evaluamos, mediante la praxis, la eficiencia de nuestro nuevo código. En especial, sobre las garantías mencionadas. Desde el último código procesal constitucional, 2004, los especialistas consideraron necesaria la implementación de una visión más acorde con estos tiempos y futuras percepciones. Esta modernidad se refiere a nuevos criterios de rechazo liminar, competencia, aplicación, obligatoriedad, medidas cautelares e inclusión. Se busca que esta misma idea sea reflejada en todos los códigos de derecho interno, siempre dejando abiertos nuevos pensamientos, fundamentando la justicia y concediendo el examen correcto.

A manera de indicador, considero que las resoluciones judiciales son el claro ejemplo, la mejor fuente de observar cuáles son los detalles y/o precisiones que podemos realizar.

V. CONCEPTOS CLAVES EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

La jurisprudencia nacional nos enriquece tanto. Son la principal causa del debate coloquial, la sociedad no cuestiona la norma en sí, sino las decisiones tomadas sobre la base de ellas. Los magistrados no comparten los mismos criterios sobre el fondo y forma de hacer valer un derecho. Esto es algo que se puede manejar, pero lo indiscutible es conservar la esencia de los derechos constitucionales, el respeto por la Constitución Política y los precedentes establecidos por el Tribunal Constitucional Peruano.

Alcántara (2015, p. 235) cita:

La enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 01417-2005-PA, f. j. 4).

El acápite de la jurisprudencia citada nos conceptualiza los derechos no enumerados (*numerus apertus*), invocados bajo la circunstancialidad vivida en sociedad que empiezan a estar inmersos en el bloque de derechos constitucionales peruanos, de los cuales tenemos: reconocimiento y tutela a las personas jurídicas (Sentencia 4972-2006-PA), al agua potable (Sentencia 6546-2006-PA), al derecho a la verdad (Sentencia 2488-2002-HC) y, así, seguirán sucediendo más derechos innovadores y necesarios.

Estos derechos atienden a la interpretación del Tribunal Constitucional y supuestos pragmáticos de atención y consistencia del bloque de derechos constitucionales peruanos. Sin embargo, no es la única vía de conocer nuevos derechos para nuestra legislación nacional.

Alcántara (2015, p. 236) señala:

De conformidad con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional (artículo 55 de la Constitución). (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 01124-2001-PA, f. j. 8)

El Estado peruano recoge los derechos constitucionales del artículo 2 de la Constitución Política según la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este actuar no es único, pues —bajo el artículo 55 de la Constitución— queda abierta la opción de evaluar nuevos derechos en los tratados reconocidos por el Perú. Es decir, recopilar derechos debatidos, la esencia o residualidad

expuesta en los mismos tratados que contribuyan con un nuevo y/o mejor examen de derechos constitucionales invocados.

Así, nos damos cuenta de la magnitud y amplitud con que se estudia un derecho constitucional, del ordenamiento interno hasta la sociedad internacional. La percepción de otros países muchas veces contradice a la nuestra, pero es ahí donde mejoramos como un Estado de derecho constitucional, dilucidando nuestras interrogantes en búsqueda un mejor entendimiento de nuestros derechos.

CONCLUSIONES

- Los derechos constitucionales peruanos son amplios en interpretación y análisis. Se deben usar todas las herramientas constitucionales de precisión y estudio para hacer un debido reconocimiento, rescatar si existe una verdadera vulneración y buscar la decisión más cercana a la restauración de todo previo la afectación.
- La justicia constitucional es inequívoca, pues bajo los nuevos parámetros constitucionales no se cuestiona la aplicación de la norma textual, sino se exige un mayor conocimiento e interpretación de principios constitucionales, la esencia de la dignidad humana y valorización de los supuestos expuestos.
- Si queremos buscar la mejor manera de salvaguardar un derecho, busquemos en los precedentes constitucionales. Es la praxis que nos aclara el panorama situacional de nuestra Constitución Política, la eficiencia de las garantías constitucionales y los argumentos claves para su desarrollo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Celano, B. (2019). *Los derechos en el Estado constitucional*. Palestra Editores.
- Fernández, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano*. Palestra Editores.
- Hakansson, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra Editores.
- Rosas, J. (2015). *El derecho constitucional y procesal constitucional en sus conceptos claves*. Gaceta Jurídica.
- Sosa, J. (2018). *Acceso a la justicia constitucional: procedencia del amparo y del recurso de agravio constitucional*. Gaceta Jurídica.

LOS PRINCIPIOS LABORALES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DEL TRABAJO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-LABORAL

Constitutional Labor Principles of Labor Law: Constitutional- Labor Perspective

Erick Julinho Victor Tarazona Alatriza*

Recepción: 14/04/2023

Aceptación: 09/06/2023

Resumen

El autor realiza una investigación explicativa sobre los principios laborales constitucionales reconocidos en la legislación peruana, los cuales otorgan un marco normativo laboral proteccionista de los trabajadores como la parte débil o más vulnerable en una relación laboral. Así, es indispensable su aplicación en la creación y modificación de normas sociolaborales.

Palabras clave: principio de igualdad, principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, principio protector, *in dubio pro operario*, principio de la condición más favorable

Abstract

The author carries out an explanatory investigation on the Labor-Constitutional Principles recognized in Peruvian legislation, which provide a protectionist labor regulatory framework for workers as the weakest or most vulnerable party in an employment relationship, its application being essential in the creation and modification of social and labor standards.

Keywords: principle of equality, principle of unwaivability of labor rights, protective principle, *in dubio pro operario*, principle of the most favorable condition, principle of the most favorable condition

* Abogado por la Universidad Privada del Norte. Especialista en derecho laboral, derecho migratorio y derecho internacional de los refugiados.

INTRODUCCIÓN

El derecho laboral es la rama del derecho interno que se encarga de regular las relaciones e interacciones que se suscitan en el vínculo creado entre el empleador y el trabajador. Así, este último se encuentra en una situación de debilidad contractual al imponerse las condiciones de trabajo.

Ello ha conllevado a que los legisladores y/o operadores jurídicos apliquen e interpreten las normas laborales para establecer un rol protector para el trabajador.

Para ello, es menester hacer referencia a una de las fuentes del derecho más importantes de todas, los principios. Aquí es preciso comentar que Marcial Rubio Correa (2009) define a las fuentes del derecho como un «procedimiento por el cual las normas adquieren un rasgo de obligatoriedad que se legitima al ser impuesta a la sociedad mediante métodos de coacción del Estado» (pp. 115).

Así, los principios generales del derecho desde la óptica del jurista Aníbal Torres (2019) son «ideas, axiomas o postulaciones básicas que condicionan la creación del ordenamiento jurídico, siendo un medio importante para aplicar e interpretar las normas legales y consuetudinarias» (pp. 594).

Teniendo ello en claro, es importante enfatizar los principios generales del derecho relacionados con el derecho laboral o del trabajo, los cuales pueden estar restringidos en su aplicación respecto a otras ramas del derecho. Ello debido a la especialidad, como menciona el jurista Américo Plá, «estos son específicos y peculiarizantes» (1975, pp. 415).

Por ello, se ha fijado doctrinariamente que los principios del derecho laboral o del trabajo cumplen tres diferentes tareas: 1) informar, es decir, son fuente de inspiración para la creación o modificación de normas laborales; 2) normar, es decir, son fuente del derecho; y 3) interpretativa, que se relaciona con el criterio que orienta al momento de interpretar la normativa laboral.

Ahora bien, haciendo énfasis en los principios laborales constitucionales, el Tribunal Constitucional, en su resolución del 12 de agosto de 2005, recaída en el Expediente 008-2005-PI/TC, señala:

Denominase como tales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de ins-

piración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas. (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 2005).

Esta sentencia cataloga a los derechos laborales constitucionales a los siguientes: 1) *in dubio pro operario*, 2) igualdad de oportunidades, 3) no discriminación en materia laboral y 4) irrenunciabilidad de derechos.

Asimismo, el artículo 26 de nuestra Carta Magna se refiere a los mismos, enumerándolos como «igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley y la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma» (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Por ello, analizaremos los derechos laborales que en materia constitucional se han reconocido en el Estado peruano y veremos la importancia de los mismos en el derecho laboral peruano.

PRINCIPIO PROTECTOR

En referencia al principio protector, debe tenerse en consideración en la realidad jurídica peruana que, cuando existe conflicto o litigio en materia laboral, es el trabajador la parte más débil en su posición contractual. Es decir, se deja de lado el criterio de igualdad entre las partes que recae en diversos contratos como los civiles o comerciales. Así, el trabajador se encuentra en clara desventaja frente al empleador, por lo que el Estado debe acudir en su ayuda para equilibrar las desigualdades propias de la realidad.

El artículo 23 de la Constitución Política señala el principio protector así:

El trabajador, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan [...]. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Ello sin desproteger a los demás tipos de trabajadores no enumerados en este artículo.

En este principio se encuentran contenidos tres importantes reglas: «a) *in dubio pro operario*, b) la aplicación de la norma más favorable y c) la aplicación de la condición más beneficiosa» (Arévalo, 2016).

IN DUBIO PRO OPERARIO

Estamos hablando del traslado de la locución latina del *in dubio pro reo*, que, en conjunto con el inciso 3 del artículo 26 de la Constitución Política, busca que la normativa laboral peruana, en caso de duda insalvable, contenido incierto o indeterminado, se aplique e interprete de la forma más favorable al trabajador.

Es preciso comentar que este principio será aplicado cuando no se tenga certeza sobre el contenido o alcances de una norma laboral. Es decir, «nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa» (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 2005).

Cuando nos referimos al término «norma», se debe interpretar como Constitución, tratados, leyes, convenios colectivos, contratos de trabajo, entre otros. Su aplicación se supedita a la existencia de una duda insalvable y a respetar la *ratio juris* de la norma. Es decir, con la finalidad o razón de ser de la norma.

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que este principio debe ser aplicado cuando hay la: «1) Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos; 2) Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional; 3) Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador; y, 4) Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.» (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 2005).

LA NORMA MÁS FAVORABLE

La presente regla se refiere a la aplicación de la norma más favorable al trabajador en caso de existir divergencia respecto de su aplicación en una misma situación jurídico-laboral, debiendo usarse la norma que brinde mayores beneficios o derechos al trabajador.

Este conflicto se puede englobar en dos situaciones diferentes: la contradicción y la divergencia.

Estamos hablando de contradicción cuando hay normas que tienen el mismo origen (estatal, internacional, profesional o social) y el mismo ámbito

de aplicación (general o especial) y estas coinciden en ambos elementos, lo cual conlleva a la eliminación de una de las normas, suprimiendo el mismo conflicto normativo.

Por otro lado, sería una divergencia normativa cuando uno de los dos elementos sea distinto, por lo que consecuentemente solo se inaplicaría una de las normas para el caso en concreto, dejándola intacta en el ordenamiento jurídico.

Por ello, se puede comentar que «en caso de haber más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiere correspondido de acuerdo a los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas» (Arévalo, 2016).

LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Esta regla establece la condición de que las normas nuevas no menoscaben o disminuyan los beneficios o derechos laborales ya establecidos para los trabajadores, pues todo cambio debe ser en beneficio de la parte débil de la relación laboral y no en su perjuicio.

Esto también supone la conservación de las ventajas obtenidas por los trabajadores y establecidas por el Estado en beneficio del derecho laboral, evitando una disminución o sustitución peyorativa.

Esta regla busca la conservación de beneficios de origen:

1. unilateral,
2. contractual,
3. convencional y,
4. legal.

Es de origen unilateral o contractual cuando el empleador, en el contrato de trabajo, modifica ciertas cláusulas buscando una disminución o desventaja, ello cumpliendo con que exista acuerdo expreso entre las partes de la relación laboral.

Es de origen convencional cuando, en similitud con el párrafo anterior, un convenio colectivo es modificado o dejado sin efecto posteriormente aún en detrimento del trabajador.

Es de origen legal, pues:

resulta de plena aplicación la teoría de los hechos cumplidos, recogida en el artículo 103 de la Constitución, por lo que las nuevas condiciones que

establezca la norma legal serán de aplicación inmediata, debiendo en el futuro regularse las relaciones jurídicas antiguas por la nueva normativa. (Arévalo, 2016, pp. 90)

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Haciendo referencia a la no discriminación en materia laboral, quiere decir que toda persona debe ser tratada con igualdad ante la ley. Ello en aplicación del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política, que señala: «Toda persona tiene derecho: [...] 2. A 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» (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LABORAL

Este principio asegura y busca la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Ello puede verse desde dos perspectivas: 1) igualdad ante la ley y 2) igualdad de trato en el ámbito de las actividades laborales.

Respecto a la igualdad ante la ley, debe comprenderse que el Estado debe tomar ciertas conductas igualitarias respecto de la población. Ello en concordancia con el artículo 103 de la Constitución Política, el cual señala: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas» (Congreso Constituyente Democrático, 1993). Es decir, las normas, en este caso laborales, no pueden ser creadas, modificadas o suprimidas debido a un interés particular o personal, sino por la propia naturaleza de las cosas.

Por otro lado, la igualdad de oportunidades o de trato en las actividades laborales persigue la premisa de que el Estado o los particulares no puedan actuar de forma arbitraria en sus actividades laborales en perjuicio o detrimento de su carácter como persona humana, pues se configuraría una discriminación laboral.

La discriminación en el ámbito laboral se configura cuando se realizan dos tipos de acciones. 1) Directa, vinculada al accionar inconstitucional del empleador. Es decir, en una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad. 2) Indirecta, basada en el criterio indiscriminado del empleador que tiene apariencia de «constitucional», teniendo un efecto discriminatorio para uno o más trabajadores.

La Constitución Política señala que se deben cumplir las siguientes condiciones para considerar que se trata de una discriminación laboral: «1) acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo, 2) acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.)» (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 2005).

Asimismo, en la legislación peruana existen diversos dispositivos legales que expresan la protección contra la discriminación en el ámbito laboral. En primer lugar, tenemos a los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 26772, que disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, siendo importante citar que: «Artículo 2.- Se entiende por discriminación la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole. » (Diario Oficial *El Peruano*, 1997).

Asimismo, la Ley 27270, del 26 de mayo de 2000, que modifica la citada Ley 26772, añade una sanción administrativa no mayor a tres unidades impositivas tributarias (UIT) o el cierre del local que no superará un año, por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción Social (en la actualidad, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) en caso de discriminación en acceso a ofertas de empleo.

Respecto a la clausura del temporal que aplique el juez, este se dará en concordancia con el «artículo 105 del Código Penal, en los casos del delito tipificado en el artículo 323, por el término que sumado a la sanción administrativa no exceda de 5 (cinco) años» (Diario Oficial *El Peruano*, 2000).

Por otro lado, esta protección abarca también las diferencias remunerativas y laborales entre hombres y mujeres, tal como lo dice el artículo 5 de la Ley 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, el cual menciona que el Poder Legislativo debe: «a) Aprobar normas que garanticen los derechos de igualdad entre mujeres y hombres, a nivel laboral, económico, cultural, social, político y en cualquier otra esfera; acorde con los compromisos y tratados internacionales que incorporan

la equidad de género, la inclusión social y la igualdad de oportunidades, asumidos y ratificados por el Estado peruano, debiendo derogar, modificar o dejar sin efecto las normas que producen discriminación. » (Diario Oficial *El Peruano*, 2007).

En el mismo orden de idea, se promovió la Ley 30709, de fecha 26 de noviembre de 2017, y su reglamento, el Decreto Supremo 002-2018-TR, del 7 de mayo de 2018, que modifican el inciso b del artículo 30 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual debe decir: «Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido, los siguientes: [...] b) La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador» (Diario Oficial *El Peruano*, 2017).

IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS LABORALES

Respecto a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, este se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución Política. Así, se busca negar la validez jurídica a todo acto, sea del trabajador como del empleador, que conlleve la renuncia o pérdida de derechos laborales, siendo una limitante a la autonomía de la voluntad. Es decir, busca que el trabajador, en condición desfavorable o de necesidad, acceda a proposiciones que menoscaben sus derechos laborales, lo cual haría ineficaz o nula la protección que la legislación laboral le concede.

Al respecto, el jurista José Remotti (2003). señala: «Los derechos humanos, inherentes a la persona humana también cuenta con la característica de ser irrenunciables, especialmente, los reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos, pues estos aseguran un estándar mínimo de derechos que el Estado debe garantizar» (pp. 18).

En concordancia con los párrafos anteriores, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil indica: «es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres» (Diario Oficial *El Peruano*, 1984).

Sin embargo, es preciso acotar que el Tribunal Constitucional enfatiza que el articulado de la Constitución Política solo señala a la Constitución y la ley, pero no a los convenios colectivos o a las costumbres. Para ello, debemos remitirnos a las normas laborales de donde pueden provenir las normas dispositivas o taxativas.

En el primer caso, es decir, normas dispositivas se aplican en los casos en que no hay voluntad o se expresa con falta de claridad, haciendo valer por defecto u omisión de voluntad de los miembros de una relación laboral. Para contextualizarlo, podemos referirnos a los casos en los que, si bien la norma brinda un derecho laboral específico e individual, el trabajador y el empleador pueden «negociar» o modificar levemente algún supuesto de este derecho para favorecer a ambas partes.

En el segundo caso, referente a las normas taxativas, estas son normas que, sin tomar en cuenta la voluntad de las partes en la relación laboral, disponen expresamente un derecho laboral. Es decir, el trabajador no puede despojarse, renunciar o «negociar» sus derechos laborales que le concede el Estado peruano.

Es menester señalar el aporte del jurista Javier Neves, quien afirma que «el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar» (2003, pp. 103).

También es preciso citar el caso del Sindicato de Trabajadores de Toquepala *vs.* Southern Perú Copper Corporation, resuelto por el Tribunal Constitucional bajo el Expediente 1396-2001-AA/TC, en el que se estableció que:

se podía acordar la duración de una jornada ordinaria laboral y también las jornadas atípicas sin vulnerar el contenido constitucional del inciso 2 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, pues, dicha negociación no excedía las cuarenta y ocho horas semanales que la normativa peruana señalar taxativamente. (Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos, 2002).

CONCLUSIONES

Los principios del derecho laboral constitucional son el marco normativo suprallegal que el Estado peruano ha colocado como base y axioma legal para el respeto y conservación de los derechos laborales de los trabajadores, quienes, incluso en la actualidad, son la parte débil de la relación laboral.

Asimismo, estos principios se encuentran inspirados y en concordancia con diversos artículos de la Constitución Política del Perú, así como han sido validados y llenados de contenido por el Tribunal Constitucional

peruano, reforzando aún más la protección que los tribunales peruanos brindan a los trabajadores.

El principio protector en sus tres reglas busca una interpretación y aplicación favorable para el trabajador en caso de normas legales, extralegales o internacionales en las que haya conflicto o falta de claridad en el mismo, siempre buscando la protección del empleado.

Los principios laborales constitucionales hacen énfasis en la igualdad y la no discriminación, tanto en el momento de buscar acceder a un empleo como en la misma relación laboral, llegando a normar la igualdad de trato y de remuneración entre varones y mujeres.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arévalo, J. (2016). *Tratado de derecho laboral*. Instituto Pacífico.
- Congreso Constituyente Democrático (29 de diciembre de 1993). *Constitución Política del Perú*.
- Diario Oficial *El Peruano* (24 de julio de 1984). Código Civil. Decreto Legislativo 295.
- (14 de abril de 1997). Ley 26772. Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato.
- (26 de mayo de 2000). Ley 27270. Ley Contra Actos de Discriminación.
- (12 de marzo de 2007). Ley 28983. Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres.
- (26 de diciembre de 2017). Ley 30709. Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres.
- Neves, J. (2003). *Introducción al derecho laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Plá, A. (1975). *Los principios del derecho del trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Remotti, J. (2003). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Instituto Europeo de Derecho.

- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2005).
- Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos, 1396-2001-AA (Tribunal Constitucional, 27 de setiembre de 2002).
- Torres, A. (2019). *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Instituto Pacífico.

EL ROL DEL ABOGADO EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

The Role of The Lawyer in Public Works Contracts

Guillermo Mayo Zambrano*

Recepción: 27/09/2022

Aceptación: 09/06/2023

Resumen

Con el pasar de los años, la necesidad de regular las relaciones empresariales, económicas y administrativas ha permitido que el campo de acción de la carrera profesional del Derecho se diversifique. Cada vez más abogados eligen especializarse en ramas del derecho distintas del ámbito civil o penal. Hay una inclinación por una especialización en el derecho de la construcción, del consumidor o de la empresa. Así, a partir de su experiencia adquirida en el ejercicio de la profesión como abogado especialista en contrataciones del Estado, el autor explica cómo se relaciona el ejercicio profesional con el proceso de contratación de una obra pública.

Palabras clave: obra pública, entidad, procedimiento de contratación, obras por administración directa, obras por contrata

* Abogado y magíster en Gestión Pública por la Universidad César Vallejo. Egresado de la Maestría en Gestión Pública y egresado de la Maestría en Educación de la Universidad de San Martín de Porres. Docente y capacitador certificado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en contrataciones del Estado. Con experiencia profesional en el OSCE, la Oficina General de Infraestructura del Ministerio del Interior (Mininter), la Oficina de logística del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual (PNCVFS) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la Oficina de Asesoría Jurídica del Seguro Social de Salud (EsSalud) y el área usuaria de la Unidad Gerencial de Estudios y obras (UGEO) del Programa Nacional de Infraestructura Educativa (Pronied). Con estudios de especialización en Arbitraje, Arbitraje en Contrataciones del Estado, Junta de Resolución de Disputas por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesional certificado por el OSCE con nivel avanzado para laborar en los Organismos de Evaluación de la Conformidad (OEC) de entidades públicas. Su dirección electrónica es guillermomayozambrano@gmail.com.

Abstract

Over the years, the need to regulate business, economic and administrative relations has allowed the field of action of the professional career of law to diversify; Currently, more and more lawyers choose to specialize in other branches of law other than the civil or criminal sphere, favoring a specialization in construction, consumer or business law. Thus, the author, based on his experience acquired in the exercise of the profession as a lawyer specializing in State contracting, explains how professional practice is related to the process of contracting a public work.

Keywords: public works, entity, contracting procedure, works by direct administration, contract works

I. INTRODUCCIÓN

El marco contractual de una obra pública en el país es disperso, toda vez que esta puede ser gestionada y ejecutada por la propia entidad¹ o a través de un tercero. Es decir, por contrata. En el presente artículo, se desarrollarán las actuaciones en que cobra protagonismo o intervención el profesional en derecho, durante la planificación y actos preparatorios, selección y ejecución contractual de un procedimiento para la contratación de una obra pública, en el marco de aplicación del régimen general de contratación pública, cuyo contenido se encuentra en la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF. A continuación, revisemos cuáles son las modalidades y el marco legal para la contratación de una obra pública en el país.

1.1. Obras por administración directa

Por mandato del artículo 76 de la Constitución Política del Perú (Congreso), la ejecución de obras con manejo de fondos o recursos públicos

1 Se denomina bajo el término genérico de «entidad» a aquella comprendida en el artículo 3 del texto único ordenado (TUO) de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a los siguientes a) los ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos; b) el Poder Legislativo, el Poder Judicial y los organismos constitucionalmente autónomos; c) los gobiernos regionales y sus programas y proyectos adscritos; d) los gobiernos locales y sus programas y proyectos adscritos; e) las universidades públicas; f) la juntas de participación social; g) las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno; h) los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado, entre otros.

se realizan obligatoriamente por contrata y licitación pública. Por ello, la ejecución de obras públicas a través de la modalidad de administración directa se convierte en la excepción a la regla general, cuya regulación se encuentra en la Resolución de Contraloría 195-88-CG (Perú, 1988), en que se establecen los requisitos obligatorios y concurrentes para el empleo de esta modalidad, que son los siguientes:

- Contar con la asignación presupuestal correspondiente.
- Emplear sus propios recursos humanos (personal técnico y administrativo). Además de equipos, maquinaria e infraestructura. Solo se puede adquirir insumos y materiales mediante los métodos de contratación previstos en el régimen general de la normativa de contrataciones del Estado.
- Contar con el expediente técnico, aprobado por el nivel competente de la entidad.
- Demostrar que el costo total de la obra a ejecutarse por administración directa resulta igual o menor al presupuesto base deducida la utilidad.
- Tener una unidad orgánica responsable de cautelar la supervisión de las obras programadas.

Según esta modalidad de contratación, el reconocido jurista Juan Carlos Morón Urbina (2016) señala:

la administración directa es excluir de su ámbito —tanto en su formación como en su ejecución— a la regulación de los contratos administrativos para atender la necesidad al no existir ninguna relación bilateral de contenido patrimonial que le es inherente, identificando tres supuestos de autoaprovisionamiento: (i) la provisión interna de bienes, servicios y obras (autoconstrucción); (ii) la provisión con organismos instrumentales por medio de encargos; y (iii) los convenios de cooperación en los que ambas partes colaboran para una finalidad pública pero sin involucrar utilidad para la encargada. (pp. 249-253)

En este escenario, es necesaria la participación de un profesional del derecho que pueda evaluar desde la óptica legal, respecto al cumplimiento de los requisitos formales y legales para la ejecución de una obra bajo la modalidad de administración directa. De lo contrario, se pondría en riesgo el cumplimiento de la persecución de la finalidad pública de la contratación y la atención oportuna de las necesidades de la ciudadanía, además de

las responsabilidades administrativas, civiles o penales de los servidores y funcionarios que intervengan en esta contratación.

La Contraloría General de la República (CGR) ha identificado casos en que algunas entidades públicas —a pesar de cumplir con las condiciones y requisitos técnico y legales para ejecutar una obra pública por administración directa, es decir, contar con el personal técnico-administrativo, equipos necesarios, entre otros— ejecutaron obras bajo esta modalidad. A continuación, señalo algunos casos²:

- i) Informe de Orientación de Oficio 015-2022-OCI/0376-SOO: «La municipalidad distrital de La Coipa no cuenta con los equipos necesarios para la ejecución de la obra denominada «Construcción de vías vecinales en el (la) trocha carrozable del CP Pacaypite hasta la localidad Alto Papayal, distrito de la Coipa, provincia de San Ignacio, departamento de Cajamarca, con CIU 2531858» por administración directa».
- ii) Informe de Visita de Control 006-2021-OCI/3475-SVC: «Gerente operacional de Empresa Municipal de Saneamiento Básico de Puno (Emsa Puno) designa a ingeniero economista como residente de obra, en la construcción de infraestructura de almacenamiento taller manto, a su vez se nomina como inspector de obra, da conformidad actúa como juez y parte ocasiona usurpación de funciones y ejercicio ilegal de la profesión en Emsa Puno S. A.».
- iii) Informe de Orientación de Oficio 005-2021-OCI/1318-SOO: «Falta de directiva interna para ejecución y liquidación de trabajos de mantenimiento periódico y rutinario de las vías vecinales que se vienen ejecutando por administración directa, afectaría la transparencia de la ejecución y trazabilidad de los mismos».
- iv) Informe de Auditoría 007-2017-2-0323: «En la ejecución del saldo de obra «Recuperación de la plaza de la bandera en el Distrito de Pueblo Libre, Cercado de Lima y Breña, Provincia de Lima, Lima», bajo la modalidad de administración directa, Fondo Metropolitano de Inversiones (Invermet), efectuó contrataciones irregulares que derivaron en la autorización de pagos en exceso por S/ 86 983.91 y por servicios no ejecutados y ejecutados parcialmente por S/ 14,177.88».

2 Portal web de la Contraloría General de la República. www.gob.pe/9257-acceder-a-los-informes-de-servicios-de-control-realizados-por-la-contraloria.

1.2. Obras por contrata a través de contrato o convenio:

- Ley de Contrataciones del Estado (LCE)

Como señalé, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú establece:

«Artículo 76.- *Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública*, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. *La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades*» [las cursivas son mías].

Al respecto, a través de la Sentencia 00020-2003-AI/TC, fundamento 11; Sentencia 00017-2011-AI/TC, Fundamento 19, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el precepto constitucional enmarcado en el artículo 76 de la Constitución: «La contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones». Asimismo, en la Sentencia 201/2022, Expediente 00002-2021-PI/TC, fundamento 36, se lee:

«la función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes y servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica, técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores».

En mérito a la interpretación del artículo 76 de la Constitución, realizada por el Tribunal Constitucional (TC), la Dirección Técnico Normativa (DTN) del OSCE emitió la Opinión 131-2020/DTN: «La ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado».

En este sentido, el marco constitucional establecido en el artículo 76 de la Constitución se refiere a la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, que, con las disposiciones que el Organismo Supervisor de las Contrataciones

del Estado (OSCE), en su calidad de organismo técnico especializado en la materia, conforman la normativa de contrataciones del Estado, al cual también se le denomina el «régimen general» de contratación pública en el Perú.

• Asociaciones público-privadas (APP)

Los proyectos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada se rigen por el Decreto Legislativo 1362 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 240-2018-EF. Esta modalidad puede surgir a través de una iniciativa de las entidades públicas, como ministerios, gobiernos regionales, locales u otras entidades. También por iniciativas del sector privado presentadas por las personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeras, los consorcios de estas últimas o los consorcios de personas naturales con personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeras, presentan iniciativas para el desarrollo de proyectos bajo la modalidad de APP.

Estas iniciativas son presentadas sobre proyectos de salud, energía, educación, turismo, saneamiento, comercio exterior, entre otros³. Para ello, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) tiene a su cargo los proyectos de relevancia nacional que le sean asignados o los que reciba por encargo de los tres niveles de Gobierno para diseñar, conducir, concluir y participar en la etapa de ejecución contractual.

Según el artículo 30 del Decreto Legislativo 1362, independientemente de su clasificación y origen, los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP se desarrollan en las siguientes fases: i) planeamiento y programación, ii) formulación, iii) estructuración, iv) transacción y v) ejecución contractual.

• Obras por impuestos (OxI)

A través de este mecanismo, las empresas privadas adelantan el pago de su impuesto a la renta para financiar y ejecutar los proyectos de inversión pública a favor de las entidades del gobierno nacional, gobierno regional, gobierno local y universidades públicas. El marco legal impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado. Este mecanismo se encuentra regulado a través del Decreto Supremo 081-2022-EF, que aprueba el texto único ordenado (TUO) de la Ley 29230 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 210-2022-EF.

3 Según Proinversión, a través del siguiente enlace se muestra el portafolio de proyectos de APP: www.investinperu.pe/es/app/cartera-de-proyectos-de-proinversion

El mecanismo de obras por impuestos se sujeta las siguientes fases: 1) fase de priorización, que elige proyectos de inversión que se realizan mediante el mecanismo de obras por impuestos; 2) fase de actos previos, que tiene como objetivo realizar todo acto que permita desarrollar la selección en la siguiente fase; 3) fase de proceso de selección, que elige la empresa privada y la entidad privada supervisora. Finalizada la inversión, la entidad solicita al tesoro público el certificado de inversión pública regional y local (CIPRL) o el certificado de inversión pública gobierno nacional-tesoro público (CIPGN) por el monto invertido, según corresponda. Estos certificados tendrán carácter de no negociable y una vigencia de diez años contados a partir de su emisión.

• **Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC)**

El 25 de abril de 2017, a raíz del fenómeno de El Niño que devastó 13 regiones costeras del país, el Estado peruano emitió la Ley 30556, que creó la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC), para impulsar el plan integral que permita la rehabilitación, reposición, reconstrucción y construcción de la infraestructura pública que resultó afectada por el fenómeno climático. Así, se dictaron ciertas normas para regular los mecanismos y procedimientos de contratación a través de las entidades encargadas de ejecutar las obras de reconstrucción como son los ministerios de Vivienda, Transportes, Agricultura, Educación y Salud, así como los gobiernos regionales y locales.

Según el artículo 9 del Decreto Supremo 003-2019-PCM, que aprueba el reglamento de la Ley 30556, las intervenciones que se realizan en la ARCC pueden ser ejecutadas a través del procedimiento de contratación pública especial para la reconstrucción con cambios o a través de las siguientes modalidades: 1) núcleo ejecutor para reconstrucción (NER), 2) convenio o contrato de Estado a Estado, 3) convenios de administración de recursos, 4) administración directa y 5) obras por impuestos.

A continuación, se detalla brevemente en qué consiste cada herramienta de gestión y modalidad de ejecución:

Núcleo ejecutor para reconstrucción (NER)

Para los fines de las intervenciones de reconstrucción y las soluciones de vivienda, las entidades ejecutoras del Gobierno Nacional podrán implementar acciones de reconstrucción. Para ello, los NER representan

una población organizada a la que se le asignan recursos económicos para la implementación de las intervenciones de reconstrucción y soluciones de vivienda. Los NER están formados por personas de las zonas urbanas o rurales del ámbito de las componentes a implementar.

Convenio o contrato de Estado a Estado

Corresponde a un convenio o contrato suscrito entre el Estado peruano y otro Estado, que realiza la prestación de bienes, servicios y la ejecución de obras, incluidas, de ser el caso, la implementación y la puesta en funcionamiento, para la ejecución de intervenciones complejas o de conglomerados. La contratación de Estado a Estado se regula bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional. Este tipo de contratos o convenios debe incluir cláusulas que consideren: 1) plan de transferencia de conocimientos relacionados con el objeto del acuerdo, 2) plan para el legado del país y 3) compromiso de implementar una oficina de gestión de proyectos (PMO) cuando el objeto incluya la gestión de proyectos.

Convenios de administración de recursos

El numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Supremo 094-2018-PCM, que aprueba el TUO de la Ley 30556, establece que las entidades ejecutoras se encuentran legalmente habilitadas para suscribir convenios de administración de recursos o similares con organizaciones internacionales, según lo dispuesto en la Ley 30356, Ley que Fortalece la Transparencia y el Control en los Convenios de Administración de Recursos con Organizaciones Internacionales, para proveerse de bienes, servicios u obras, con cargo a fondos públicos.

Obras por impuestos

Las intervenciones de construcción y reconstrucción previstas en el plan por ser ejecutadas con el mecanismo de obras por impuestos se encuentran priorizadas a partir de la publicación de la lista a la que se refiere la primera disposición complementaria modificatoria de la ley, en el portal institucional de Proinversión.

Como se observa, con independencia que la obra pública sea ejecutada por administración directa o contrata, se emplean fondos públicos para su ejecución, los que deben ser cautelados y utilizados de manera idónea y eficiente. Por ello, la labor del abogado es importante, no solo en la

evaluación legal sobre el cumplimiento de las condiciones técnico-legales para el empleo de los mecanismos de contratación señalados, sino también en la mitigación de riesgos y posibles controversias que podrían entorpecer o comprometer el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación.

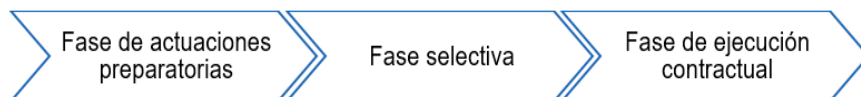
Tabla 1. Obras por administración directa y por contrata

Modalidad de ejecución de obra	Marco legal	Descripción
Administración directa	Resolución CGR 195-88-CG	<p>Contar con asignación presupuestal.</p> <p>La entidad debe emplear sus propios recursos humanos (personal técnico y administrativo), además de equipos, maquinaria e infraestructura.</p> <p>Contar con el expediente técnico, aprobado.</p> <p>Demostrar que el costo total de la obra por ejecutarse por administración directa resulta igual o menor al presupuesto base deducida la utilidad.</p> <p>Tener una unidad orgánica responsable de cautelar la supervisión de las obras programadas.</p>
Por contrata o convenio	Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF	Corresponde al régimen general de contratación pública reconocido por el artículo 76 de la Constitución, desarrollada por el Tribunal Constitucional.
	Decreto Legislativo 1362 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 240-2018-EF, por asociación público-privada	A través de una iniciativa de las entidades públicas o por iniciativas del sector privado presentadas por las personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeras.
	Decreto Supremo 081-2022-EF, que aprueba el TUO de la Ley 29230 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 210-2022-EF, obras por impuestos	Adelanto del pago de su impuesto a la renta para financiar y ejecutar los proyectos de inversión pública a favor de las entidades del gobierno nacional, gobierno regional, gobierno local y universidades públicas.
	Ley 30556 Decreto Supremo 003-2019-PCM, que aprueba el reglamento de la Ley 30556, por Autoridad para la Reconstrucción con Camios (AUCC)	A través de este mecanismo, se busca impulsar el plan integral que permita la rehabilitación, reposición, reconstrucción y construcción de la infraestructura pública que resultó afectada por el fenómeno climático.

II. EL ROL DEL ABOGADO DURANTE LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

La adquisición de bienes, contratación de servicios o ejecución de obras realizadas en la normativa de contrataciones del Estado se desarrollan en tres fases: 1) fase de actuaciones preparatorias, 2) fase selectiva y 3) fase de ejecución contractual (Figura 1).

Figura 1. Fases del procedimiento de contratación



La fase de actuaciones preparatorias comprende identificación de las necesidades para la adquisición de bienes, contratación de servicios o ejecución de obras, formulación del requerimiento, determinación del costo de la contratación, entre otras, que corresponden a procedimientos internos realizados según la normativa de contrataciones del Estado, otras disposiciones que regulan diferentes sistemas administrativos y la estructura jurídica que prescribe el objeto a contratar. Esta fase culmina hasta antes de la convocatoria del procedimiento de selección correspondiente.

Con la convocatoria del procedimiento de contratación, se inicia la fase de selección, que, por regla general⁴, parten de la convocatoria, el registro de participantes, la formulación de consultas y observaciones, la absolución de consultas y observaciones e integración de bases, la presentación de ofertas, la evaluación y la calificación de ofertas, el otorgamiento de la buena pro y acaba antes del perfeccionamiento del contrato.

Tras perfeccionarse el contrato, a través de la suscripción del documento o la emisión de orden de compra —en caso de bienes— o emisión de la orden de servicio —en caso de servicios⁵—, se inicia la fase de ejecución

4 El artículo 54 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece: «La convocatoria de los procedimientos de selección, con excepción de la comparación de precios, se realiza a través de la publicación en el Sistema Electrónico de contrataciones del Estado (Seace) », toda vez que, para el empleo de este método de contratación, el órgano encargado de las contrataciones solicitará y obtendrá, de forma física o electrónica, un mínimo de tres cotizaciones que cumplan con lo previsto en la solicitud de cotización y otorgará la buena pro mediante su publicación en el Seace.

5 El numeral 137.1 del artículo 137 del reglamento de la Ley 30225 establece: «El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de subasta inversa electrónica y adjudicación simplificada para bienes y

contractual, la cual culminará con el cumplimiento de las obligaciones contractuales que las partes se hayan comprometido a ejecutar y se materializará a través de la conformidad de la prestación y pago, para el caso de bienes y servicios, y el consentimiento de la liquidación final y pago, para el caso de ejecución de obras y consultoría de obra. Durante esta etapa, pueden suscitarse controversias, las que deberán ser gestionadas según los mecanismos previstos en la normativa de contratación pública.

2.1. Durante la fase de actos preparatorios (Tabla 2)

A través de diversos actos administrativos y de gestión interna, la entidad prepara la documentación para la futura convocatoria de la obra pública. Algunas de las actividades preparatorias al procedimiento de selección corresponden a las siguientes:

Tabla 2. Actuaciones preparatorias

Actos preparatorios	Declarar viable el proyecto en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte.pe)
	Sanear de forma física y legal el terreno para su disponibilidad
	Aprobar el expediente técnico de obra
	Contar con la certificación de crédito presupuestario, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público
	Incluir al Cuadro Multianual de Necesidades (CMN)
	Incluir al Plan Anual de Contrataciones (PAC)
	Aprobar el expediente de contratación
	Elaborar el requerimiento
	La designación de comité de selección cuando corresponda, resultando obligatorio cuando se trata de un proceso de selección por licitación pública
	Aprobar las bases

Durante esta fase, la entidad debe realizar un estricto análisis jurídico respecto al cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos que la normativa de

servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor estimado no supere los doscientos mil con 00/100 soles (S/ 200 000,00)».

contratación pública prevé, como la aprobación del expediente técnico de obra (ETO), que, si bien consiste en un procedimiento de índole más técnico que jurídico, previamente a su aprobación, requiere contar con la opinión legal. Así, se asegurará que el ETO está siendo aprobado en el marco de la legalidad.

Aprobado el ETO, la entidad cuenta con el insumo indispensable para la elaboración del requerimiento, que consiste en el pedido formulado por el área usuaria⁶ de la entidad. Así, para el caso del objeto de contratación de ejecución de la obra, el requerimiento comprende el ETO y los requisitos de calificación según lo previsto en el artículo 29 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE⁷ mediante la Directiva 001-2019-OSCE/CD, Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley 30225.

En este contexto, el requerimiento debe ser elaborado de manera técnica y legal, siguiendo las disposiciones legales de la normativa de contrataciones y las bases estándar aprobadas por el OSCE, las cuales deben corresponder a su última versión, toda vez que, en caso la entidad convocará el procedimiento de selección sin ceñirse a las disposiciones regladas en la normativa de contratación pública o las bases estándar vigentes al momento de su convocatoria, traería la inminente declaratoria de nulidad del procedimiento de selección.

Cito un caso. El Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE), a través de la Resolución 00311-2022-TCE-S1, advirtió que una entidad habría previsto requisitos que no se encuentran acorde a lo establecido por el OSCE a través de las bases estándar del procedimiento de selección. Por ello, el TCE dispuso la nulidad del procedimiento de selección, fundamentado en lo siguiente:

esta Sala ratifica su posición en el sentido que lo establecido en las bases integradas ha vulnerado lo dispuesto en las bases estándar aprobadas por el OSCE

6 Según el numeral 8.1 del artículo 8 del TUO de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el área usuaria es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.

7 Disponible en www.gob.pe/es/o/1104

aplicables al caso concreto, en cuanto a la exigencia del requisito de maestría para el personal clave; situación que evidencia una vulneración de lo dispuesto en el numeral 47.3 del artículo 47 del reglamento, así como de los principios de libertad de concurrencia, transparencia, competencia y eficacia y eficiencia, regulados en los literales a), c), e) y f) del artículo 2 de la Ley Resolución 00311-2022-TCE-S1.

Por las consideraciones expuestas, en atención a la facultad otorgada a este tribunal en el artículo 44 de la ley, y en concordancia con lo dispuesto en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del reglamento, corresponde *declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección* y retrotraerlo hasta su convocatoria, previa reformulación de las bases. [Las cursivas son mías].

Por otro lado, hay que recordar que, según el numeral 78.1 del artículo 78 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 004-2019-JUS, 2019), procede la delegación de competencia de un órgano a otro en una misma entidad, recayendo en el delegante la obligación de vigilar la gestión del delegado.

Así, durante la etapa de actuaciones preparatorias, los servidores o funcionarios que autoricen o aprueben los documentos durante el procedimiento de contratación, como la aprobación del expediente técnico de obra; la aprobación del expediente de contratación; la autorización una contratación directa de bienes, servicios u obras; la designación de comité de selección; la aprobación de las bases, entre otros, deben tener las facultades suficientes para emitir estos actos. De lo contrario, se configuraría una de las causales de nulidad, establecidas en el numeral 44.2 del artículo 44 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece:

Artículo 44. Declaratoria de nulidad

44.1. El Tribunal de Contrataciones del Estado, *en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente*, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco.

44.2. *El titular de la entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección*, por las mismas causales previstas en el párrafo

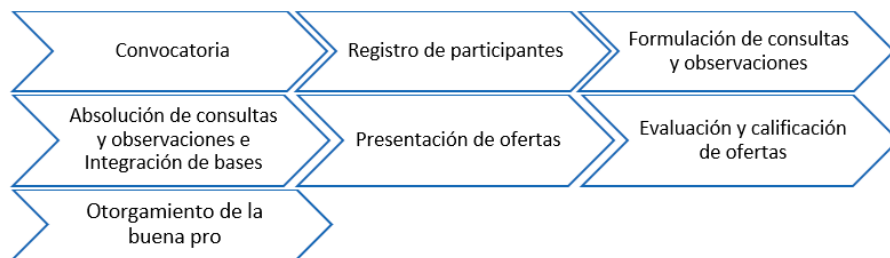
anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas-Perú Compras, en los procedimientos de implementación o extensión de la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco. [Las cursivas son mías].

En este sentido, la participación del abogado resulta importante para que, de manera previa a la emisión de la documentación, se emita opinión legal sobre su procedencia y verificar que su contenido se encuentre en la legalidad, para evitar causales de nulidad.

2.2. Durante la fase de selección (Figura 2)

Durante esta fase, se seleccionará al proveedor con quien la entidad contratará y que, a diferencia de la primera fase correspondiente a las actuaciones preparatorias, se exteriorizarán las actuaciones que realiza la entidad a través de la convocatoria y actos sucesivos hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

Figura 2. Etapas de un procedimiento de selección de licitación pública



Ahora bien, según el numeral 41.1 del artículo 41 del TUO de la Ley de Contrataciones, las discrepancias que surjan entre la entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco a excepción de las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. Así, a través de este recurso, se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

Por otra parte, si bien el artículo 122 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no establece como requisito de admisibilidad del recurso de apelación que el escrito de apelación consigne la firma de abogado y para la audiencia el impugnante cuente con la asistencia legal de un abogado, en la práctica se aprecia que los participantes y postores que impugnan cualquier actuación durante la fases de selección recurren a un abogado para que les brinde la asesoría legal, permita la presentación de escritos y los represente legalmente durante la audiencia, ya sea ante la entidad contratante o el Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda.

En este contexto, es común que las entidades públicas implementen en su organización oficinas o unidades especializadas en contrataciones del Estado, donde el rol del abogado cobra particular relevancia en la resolución de recursos de apelación presentados en el marco de un procedimiento de selección, toda vez que, según el artículo 117.1 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la entidad convocante resulta competente para conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados cuando el valor estimado o valor referencial sea igual o menor a 50 unidades impositivas tributarias (UIT), solo exceptuando su presentación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado en estos tres supuestos: 1) cuando el proceso de selección es superior a este monto, 2) cuando se trate de procedimientos para implementar o extender catálogos electrónicos de acuerdo marco y 3) cuando el recurso de apelación se interponga contra la declaración de nulidad de oficio o la cancelación del procedimiento.

2.3. Durante la fase de ejecución contractual

Es durante esta fase del procedimiento de contratación en que quizá el rol del abogado cobra mayor protagonismo, toda vez que las actuaciones que se realizan son propias a la materialización de las obligaciones contractuales pactadas entre la entidad y el contratista en el contrato de obra pública y sobre las cuales pueden surgir más de una controversia, ya sea por su interpretación, incumplimiento, validez, ineficacia, entre otros supuestos. La normativa de contratación pública ha previsto como mecanismos de solución de controversias a la conciliación, al arbitraje y a la Junta de Resolución de Disputas (JRD), según el artículo 45 del TUO de la Ley 30225:

Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato

se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje *ad hoc*. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

[...].

45.3. Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

La Tabla 3 detalla las diferencias y similitudes más resaltantes entre los tres mecanismos previstos en la normativa de contrataciones del Estado:

Tabla 3. Diferencia entre los mecanismos de solución de controversias bajo la LCE

Ítem	Conciliación	Arbitraje	Junta de Resolución de Disputas (JRD)
Objeto contractual	Bienes, servicios y obras.	Bienes, servicios y obras.	Se puede pactar solo para ejecución de obras.
Obligatoriedad	Se debe incluir obligatoriamente en la cláusula de solución de controversias del contrato. No existe una forma escalonada para recurrir a conciliación o arbitraje, salvo pacto en contrario.		Su inclusión es obligatoria para contratos de obra mayores a veinte millones de soles. Debajo de ese monto es facultativa y por acuerdo de partes (artículo 243 del RLCE).
Oportunidad	Una vez que ha surgido la controversia, cualquiera de las partes puede iniciar dentro del plazo de caducidad el proceso de conciliación o arbitraje.		La participación del adjudicador es desde el inicio de obra (JRD obligatoria) o desde que se incluyó en el contrato (JRD facultativa) hasta la recepción total de la obra. Asimismo, participará de las reuniones y visitas periódicas en el lugar de la ejecución de la obra.
Sistema	Autocompositivo.	Heterocompositivo.	Heterocompositivo

Naturaleza	Siempre «institucional» ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus).	La regla general es el arbitraje institucional. Sin embargo, puede ser ad hoc cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a cinco millones de soles (numeral 225.3 del artículo 225 del RLCE).	Siempre «institucional» ante un centro que administre JRD a nivel nacional, que cumpla con los requisitos señalados en el numeral 7.1 de la Directiva 012-2019-OSCE/CD-Junta de Resolución de Disputas. El OSCE publicó un listado de centros que cumplirían esta condición: www.gob.pe/institucion/osce/campañas/2073-listado-de-centros-que-organizan-y-administran-la-jrd
Enfoque	Son las partes las que resuelven su controversia. Sin embargo, el conciliador puede brindar fórmulas conciliatorias.	El árbitro resuelve la controversia surgida	El enfoque es integral, pues se busca prevenir y solucionar controversias ya surgidas.
Partes intervinientes	Centro de conciliación, conciliador, contratista y entidad.	Centro (institucional), árbitro, contratista y entidad.	Adjudicador, contratista, entidad. Para las visitas y reuniones, interviene el contratista, la entidad, el centro que administra la JRD, el supervisor de obra y el residente de obra.
Cantidad de miembros	Interviene un conciliador y secretario del centro.	Árbitro único o tribunal arbitral compuesto por tres miembros resuelven de manera definitiva la controversia.	Adjudicador único o tribunal compuesto por tres adjudicadores, cuyas decisiones son de cumplimiento obligatorio para las partes.
Formación académica de los miembros	Puede ser de cualquier profesión. No especifica la normativa.	Para ser árbitro único o presidente del tribunal, se requiere que el profesional sea abogado.	Cuando la JRD esté integrada por un solo miembro, este debe ser un ingeniero o arquitecto. En caso esté integrada por tres miembros, el presidente debe ser ingeniero o arquitecto. Los demás miembros deben ser expertos en la ejecución de obras.

<p>Especialización</p>	<p>Debe corresponder a un conciliador certificado por el Minjus. En el caso de contrataciones del Estado, no se especifica profesión o calificaciones que debe cumplir el conciliador.</p>	<p>En caso de árbitro único o presidente del tribunal arbitral, debe contar con capacitaciones en arbitraje y derecho administrativo realizadas por universidades, cada una no menor de 120 horas académicas. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, aunque deben tener conocimiento en contrataciones con el Estado.</p>	<p>Expertos en la ejecución de obras y contrataciones con el Estado.</p>
<p>Registro ante el OSCE, Minjus u otra institución</p>	<p>Conciliador certificado por el Minjus.</p>	<p>Para desempeñarse como árbitro en los arbitrajes <i>ad hoc</i>, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE (RNA-OSCE). Para desempeñarse como árbitro designado por el Estado en una institución arbitral o <i>ad hoc</i>, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el que haga sus veces. Para la designación residual del presidente del tribunal arbitral en una institución arbitral o <i>ad hoc</i>, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros.</p>	<p>Pertenecer al registro de adjudicadores nacionales y/o internacionales del centro encargado de administrar la JRD.</p>

<p>Instrumento de la decisión</p>	<p>El procedimiento conciliatorio puede concluir con el acuerdo total, parcial o sin acuerdo de las partes. Asimismo, puede ocurrir la inasistencia de las partes a las audiencias. Las entidades registran las actas de conciliación con acuerdo total o parcial en el Seace, dentro del plazo de diez días hábiles de suscritas, bajo responsabilidad (numeral 224.4 del artículo 224 del RLCE).</p>	<p>El árbitro emite su decisión a través del laudo. El OSCE administra y opera el Banco de Laudos Arbitrales que contiene información relevante del laudo que los árbitros hayan registrado en el Seace. Se recomienda consultar este registro en el siguiente enlace: www.gob.pe/es/p/7735</p>	<p>El adjudicador emite decisiones vinculantes respecto a controversias planteadas por las partes. Asimismo, absuelve consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual y/o técnico, las cuales previamente son consultadas al supervisor de la obra y al proyectista, según corresponda (artículo 246 del RLCE). A la fecha no existe un registro público de las decisiones de las JRD.</p>
<p>Mecanismos para Impugnar la decisión</p>	<p>La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un mecanismo de impugnación de los acuerdos conciliatorios.</p>	<p>El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes a través del Seace para efecto de su eficacia. Contra este laudo, solo cabe interponer recurso de anulación según el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje o Norma que lo Sustituya (numeral 45.21 del artículo 45 de la LCE).</p>	<p>Cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con una decisión emitida por la JRD, en un plazo de siete días de notificada, envía a la otra parte y a la JRD una comunicación escrita en que manifiesta las razones de su desacuerdo y su reserva a someter la controversia a arbitraje (numeral 250.5 del artículo 205 del RLCE).</p>

Para la gestión de los mecanismos de solución de controversias previstos por la normativa de contrataciones del Estado, la participación del abogado será siempre requerida y necesaria, ya sea desempeñándose como representante legal, asesor, abogado, árbitro, miembro del tribunal arbitral o la JRD, tanto para el ámbito público o privado.

Sin embargo, su labor no se limita a los mecanismos de solución de controversias, sino también brinda opinión y asesoría legal al sector público y privado, cuando se presentan modificaciones contractuales, como prestaciones adicionales, deductivos de obra, ampliaciones de plazo contractual, nulidad del contrato, intervención económica de la obra, procedimientos administrativos disciplinarios, entre otros supuestos que no solo requerirán de un análisis técnico, sino también jurídico sobre el cumplimiento de las condiciones legales establecidas en la normativa de contratación pública y normas conexas a la naturaleza de la obra.

CONCLUSIÓN

Independientemente que la obra pública sea ejecutada por administración directa o por contrata, la labor del abogado no solo resulta importante para la evaluación legal de la documentación, sino también para la mitigación de los posibles riesgos y controversias que podrían obstaculizar y comprometer el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación. Por ello, corresponde a cada uno de nosotros seguir con la misma pasión e ímpetu en el camino del aprendizaje y actualización constante que nos permita asumir nuevos retos y diversificar el campo de acción del derecho, para brindar a la sociedad un servicio profesional con idoneidad y probidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Congreso del Perú (1993). Constitución política del Perú.
- Decreto Supremo 004-2019-JUS, 2019. Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial *El Peruano* (2019). www.gob.pe/es/i/2039342
- Del Estado, C. (2014). Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Diario Oficial *El Peruano*. www.gob.pe/es/o/135
- Del Estado, C. (2018). Reglamento de la Ley 30225. Diario Oficial *El Peruano*. www.gob.pe/es/o/135
- Morón Urbina, J. C. (2016). «Las obras por administración directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas?». *Ius et Veritas*, 24(53), 246-260. <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.014>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) (2014). Opinión 131-2020/DTN. Plan Copesco Nacional del Ministerio del Exterior y Turismo. Lima, 2 de enero. www.gob.pe/es/i/1466925
- Resolución de Contraloría 195-88-CG. *Ejecución de las obras públicas por administración directa*, 18.
- Tribunal Constitucional del Perú, T. C. (2003). Sentencia del Tribunal Constitucional.
- (2011). Sentencia del Tribunal Constitucional.
- (2021). Sentencia del Tribunal Constitucional.

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A UNA PENSIÓN JUSTA Y DIGNA: EL CASO DE LOS CESANTES Y JUBILADOS DEL DECRETO LEY 19990 EN EL PERÚ

The Violation of the Right to a Fair and Dignified Pension: The Case of the Unemployed and Retired of the 19990 Law in Peru

*Luis Máximo Rosado Huamán**

Recepción: 21/04/2023

Aceptación: 09/06/2023

Resumen

El presente artículo se basa en dos ideas fundamentales: el derecho a una pensión justa y digna, y la vulneración de este derecho en los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990 en el Perú.

Refiere sobre la situación actual de los jubilados y cesantes del Decreto Ley 19990 en el Perú, en cuanto a la percepción de una retribución justa y digna desde una óptica jurídica. Asimismo, el artículo propone posibles soluciones o mejoras para garantizar una pensión justa y digna. En general, el artículo aborda un tema importante y relevante para la sociedad, planteando la necesidad de garantizar una pensión justa y digna para los trabajadores que han contribuido al sistema pensionario durante toda su vida laboral.

Además, se señalan las implicancias de esta situación en la vida de los cesantes y jubilados afectados. Por último, se exploran algunas alternativas posibles para solucionar este problema, incluida la reforma legislativa y de política pública que permitan garantizar el derecho a una pensión justa y digna para los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990.

Palabras clave: pensión justa y digna, Decreto Ley 19990, cesantes y jubilados, calidad de vida, ONP

* luisrosadoh@gmail.com

VOX POPULI, VOX DEI <https://orcid.org/0000-0001-6758-3384>

Abstract

This article is based on two fundamental ideas: the right to a fair and dignified pension, and the violation of this right in the case of unemployed and retired from the 19990 law in Peru.

He talks about the current situation of retirees and unemployed from Decree Law 19990 in Peru, in terms of the perception of a fair and dignified remuneration from a legal perspective. Likewise, the article proposes possible solutions or improvements to guarantee a fair and dignified pension. In general, the article addresses an important and relevant issue for society, raising the need to guarantee a fair and dignified pension for workers who have contributed to the pension system throughout their working lives.

In the same way, the implications of this situation in the lives of the unemployed and retired affected are pointed out. Finally, some possible alternatives to solve this problem are explored, including legislative and public policy reform to guarantee the right to a fair and dignified pension for the unemployed and retired from the 19990 law in Peru.

Keywords: Fair and dignified pension, Law19990, Unemployed and retired persons, Quality of Life, ONP

INTRODUCCIÓN

La vulneración del derecho a una pensión justa y digna: El caso de los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990 en el Perú es una problemática que ha generado preocupación en diversos sectores de la sociedad. En este artículo se aborda el tema desde una perspectiva jurídica, analizando la normativa y la jurisprudencia correspondiente, así como las consecuencias para los afectados y las posibles soluciones a nivel legal y social.

Por ello, en este artículo se busca analizar de manera crítica esta problemática desde una perspectiva jurídica. En primer lugar, se describirá la normativa que rige las pensiones de los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990, así como las cifras actuales de las pensiones que reciben. Luego, se discutirán los estándares internacionales en materia de pensión digna y su aplicación en el contexto peruano. Además, se revisarán las decisiones judiciales y las acciones realizadas por organizaciones y colectivos para exigir una pensión justa y digna para los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990.

En definitiva, el presente artículo busca contribuir al debate público y jurídico sobre la vulneración del derecho a una pensión justa y digna de los

cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990 en el Perú, así como proponer posibles soluciones y alternativas para garantizar este derecho fundamental de los trabajadores peruanos.

I. METODOLOGÍA

El conocimiento científico, tal como lo entiende la ciencia contemporánea, es un modo de conocimiento que se ha desarrollado en los últimos siglos de la historia de la cultura occidental. Entre los cánones que se le exige a este conocimiento para ser adjetivado como científico, hay dos que le dan su especificidad y de las cuales se derivan otras características específicas.

Primero, el conocimiento científico es producto de un proceso sistemático de contraste entre una teoría o modelo teórico y datos empíricos obtenidos de la realidad. La única manera válida de considerar un conocimiento como científico es que sustente la verdad de sus afirmaciones en evidencias obtenidas en la realidad, ofreciendo pruebas empíricas, lógicas y/o matemáticas. Segundo, para su obtención, hay que seguir procedimientos establecidos que permitan demostrar su validez. Es decir, el conocimiento científico se basa en la aplicación de un método de investigación, método que permite no solo construir conocimientos sino evaluar su validez y aplicabilidad (Yuni y Urbano, 2014).

En este trabajo de investigación se utilizó la ruta cualitativa, que se enfoca en el estudio de fenómenos de manera sistemática y desde la perspectiva de aquellos que los experimentan. Esta ruta implica el análisis de casos y situaciones tal y como ocurrieron. Se enfoca en la interpretación y el sentido que las personas otorgan a los hechos. La realidad se define a través de las interpretaciones tanto de los participantes como del investigador, en función de sus propias experiencias y realidades.

En este enfoque, el investigador se sumerge en el contexto y recopila información sobre las percepciones, emociones, prioridades y vivencias de los sujetos, para construir conocimiento consciente de las partes esenciales del fenómeno analizado (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018).

Asimismo, el objetivo del presente trabajo es analizar críticamente las razones por las cuales el Estado ha descuidado a los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990, quienes reciben una pensión que afecta su calidad de vida. Para lograrlo, se empleará el enfoque histórico-realista, el cual

busca comprender la sociedad y su constante evolución reconociendo que está moldeada por diversos factores, como los aspectos sociales, políticos, culturales, económicos, étnicos y de género, entre otros.

Este enfoque sostiene que la construcción social es el resultado de la combinación de estos factores, lo cual se refleja en las diferentes estructuras que forman la realidad (Ramos, 2015). Desde esta perspectiva, se cuestiona la idea de una entidad inmutable y se afirma que está configurada por la historia y la cultura, lo que la hace subjetiva y sujeta a cambios y revisiones constantes. En este contexto, se analizará críticamente la vulneración a la vida digna de los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990, examinando diversos datos y argumentando desde una perspectiva transformadora y de promoción de justicia social.

Por último, en este trabajo se proporcionó un enfoque de investigación básica o fundamental, según la clasificación de Sánchez y Carlessi (2006), que busca generar nuevos conocimientos y enriquecer la comprensión teórica del investigador. Para el diseño de la investigación, se optó por un enfoque de estudio de caso descriptivo, que permitió una comprensión detallada y profunda del tema mediante el uso de múltiples fuentes, como entrevistas, observaciones, documentos y registros Yacuzzi (2022). Para recopilar la mayor cantidad de material posible, se empleó la técnica de análisis de documentos. Además, se sistematizó objetivamente la información obtenida utilizando un instrumento de análisis de contenido.

II. DESARROLLO

El objetivo general de este artículo es analizar la situación actual de los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990 en el Perú, en cuanto a la percepción de una pensión justa y digna, desde una perspectiva jurídica, y proponer posibles soluciones o mejoras para garantizar el respeto a sus derechos laborales y sociales.

2.1 Sistema nacional de pensiones

El surgimiento del sistema de pensiones en el siglo XIX en Prusia supuso un importante avance en la protección social de las personas que ya no podían seguir trabajando por motivos de invalidez, enfermedades o vejez. Antes de su creación, los adultos mayores debían continuar trabajando

hasta sus últimos días de vida o depender de la ayuda de sus familiares. Con la implementación de los sistemas pensionarios en Europa, Estados Unidos y América Latina, se garantizaría una fuente de ingresos para la población en su etapa de vejez. Posteriormente, surgieron las empresas privadas para la administración de pensiones, como las AFP en Chile, que brindaron la oportunidad de mantener una cuenta individual y de inversión a largo plazo (Córdova, 2019).

En el Perú, el sistema de pensiones se ha desarrollado a través de dos sistemas, uno estatal y otro privado, la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y las administradoras de fondos de pensiones (AFP), respectivamente. La creación de la estructura privada de pensiones en el país ha contribuido al avance de los tres objetivos más importantes. En primer lugar, se busca que toda persona tenga acceso a un sistema de pensiones justo y sostenible. En segundo lugar, se espera contar con políticas que fomenten el pago oportuno de las empresas y, en tercer lugar, que se formalice el trabajo para aumentar la cobertura de los sistemas pensionarios. Además, la implementación de estos sistemas privados de pensiones en el Perú ha permitido una mayor fiscalización y control de los fondos de pensión para garantizar su seguridad y sostenibilidad a largo plazo (Cornetero, 2018).

El Sistema Nacional de Pensiones (SNP), según el Decreto Ley 19990 (1973), otorga las siguientes prestaciones:

- **Pensión por invalidez.** La pensión por invalidez es una prestación económica que busca brindar apoyo a aquellos individuos que se encuentran imposibilitados de seguir trabajando debido a una discapacidad física o mental que les impide estabilizarse económicamente. Para acceder a esta pensión en el Perú, se deben cumplir los supuestos establecidos en el artículo 25 del Decreto Ley 19990, los cuales incluyen diversas condiciones médicas. El monto de la pensión se calcula en base al 50 % de la remuneración de referencia o los ingresos mensuales de referencia, y puede aumentar en un 1 % por cada año completo de aportación. La pensión por invalidez finaliza cuando la persona se recupera física y/o mentalmente, falla o solicita la pensión de jubilación. Sin embargo, el pago puede suspenderse si el pensionista no cumple con las órdenes médicas.
- **Pensión por jubilación.** La pensión de jubilación es un derecho que tienen todas las personas al momento de retirarse de sus actividades

laborales. Este beneficio les permitirá recibir una renta permanente para sustituir los ingresos económicos que recibieron en el periodo de sus actividades laborales. Además, la jubilación tiene una naturaleza jurídica especial, ya que no se puede renunciar a este derecho, y no puede ser embargada por personas ajenas al pensionista, salvo por mandato del Poder Judicial en casos específicos. También existen discordancias con los trabajos remunerados, como la discordancia total, que impide a los pensionistas recibir un sueldo o ingresos económicos, y la discordancia relativa, que les permite trabajar paralelamente siempre y cuando el monto de la pensión y los ingresos adicionales no superen el 50 % de la unidad impositiva tributaria (UIT).

3. Pensión de sobrevivientes

3.1. Pensión de viudez. La pensión de viudez es un derecho que se otorga a la viuda o viudo del pensionista o de la persona que tenía derecho a una pensión de invalidez. Los requisitos para obtenerla varían según el género del solicitante y del cónyuge fallecido. Por ejemplo, en el caso de una mujer, se requiere que el matrimonio haya durado al menos un año antes del fallecimiento, que la persona haya contraído matrimonio antes de los 60 años y que el causante haya sido pensionista o tenga derecho a una pensión de invalidez. En el caso de un hombre, además de ser pensionista, se requiere que el viudo tenga más de 60 años o declare haber estado a cargo de la causante y que el matrimonio haya durado al menos un año. El monto de la pensión es del 50 % de la pensión de jubilación o invalidez al momento del fallecimiento y puede ser aumentado en caso de gran invalidez. Cabe señalar que la pensión caduca en caso de que la persona se case nuevamente o fallezca.

3.2. Pensión de orfandad. La pensión de orfandad es un derecho que se otorga a los hijos menores de edad o mayores de edad con discapacidad que quedan huérfanos de padre o madre. Para acceder a esta pensión, se deben cumplir ciertos requisitos como la prueba de parentesco y la condición de dependencia económica del fallecido. Además, existe la posibilidad de una prórroga del derecho en caso de estudios ininterrumpidos o por invalidez. La pensión de orfandad se otorga a partir del día del fallecimiento del asegurado y es equivalente al 50 % de la pensión de jubilación o invalidez que le correspondía al fallecido. En caso de que el hijo sea mayor de edad y tenga una

discapacidad que lo haga dependiente, se otorgará una bonificación adicional que equivale a una remuneración mínima vital vigente. La pensión de orfandad caduca al alcanzar la mayoría de edad, al finalizar los estudios, al recuperar la capacidad para trabajar o al fallecimiento del beneficiario.

- 3.3. Pensión de ascendencia. La pensión de ascendencia está destinada a los padres del causante que cumplen con ciertos requisitos al momento de su fallecimiento. Estos requisitos incluyen que los padres se encuentren en condición de invalidez o que el padre tenga más de 60 años y la madre más 55. Además, es necesario acreditar mediante una declaración jurada la dependencia de uno o ambos padres respecto al causante, y que no contarán con ingresos superiores a la pensión que se les designará. También es importante que no exista beneficiario alguno de pensiones de viudez u orfandad. El monto de la pensión para cada padre será del 20 % y caducará en caso de fallecimiento de los beneficiarios o si la persona inválida recupera sus capacidades.
- 3.4. Capital de defunción. El capital de defunción es una ayuda económica que se otorga a los miembros de la familia del pensionista fallecido, para enfrentar los gastos que implican el deceso. El pago de este beneficio se realiza en una sola oportunidad y puede ser solicitado por el cónyuge, hijos, padres o hermanos menores de 18 años. El monto del capital a percibir es de seis remuneraciones, aunque la ONP establece un tope máximo de 857,36 soles. Además, existe una bonificación por edad avanzada, que se otorga a partir de los 80 años y equivale al 25 % de la pensión a la fecha en que se cumple dicha edad. Este beneficio fue establecido en 1981 mediante la Resolución de la Gerencia General 615-IPPS, Ley 26759.

2.2. Sistema Nacional de Pensiones en el Perú

En el Perú, existen dos sistemas de pensiones: el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y el Sistema Privado de Pensiones (SPP). El SNP es administrado por el Estado a través de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y fue creado en mayo de 1973, con el Decreto Ley 19990. En un inicio, este sistema fue administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), pero hoy se encuentra bajo la dirección de la ONP. Los pensionistas son aquellas personas que reciben una pensión, ya sea del SNP, a través de la ONP, o del SPP, a través de una administradora

de fondos de pensiones (AFP). El SNP tiene como objetivo proporcionar seguridad social a las personas mayores de 65 años y a aquellos que se encuentran en situación de discapacidad o invalidez. Además, permite el otorgamiento de pensiones de viudez, orfandad y ascendencia.

2.2.1 Oficina de normalización previsional

La Oficina de Normalización Previsional (ONP) es una entidad autónoma del Estado peruano encargada de administrar el Sistema Nacional de Pensiones. Fue creada el 7 de diciembre de 1992, mediante la Ley 25212, para brindar pensiones y otros beneficios previsionales a los trabajadores que se desempeñan o se desempeñaron en el sector público, así como a sus beneficiarios. La ONP administra el fondo pensiones de las entidades públicas, el cual está financiado por los aportes de los trabajadores y del Estado y se encarga de financiar el pago de las pensiones a los afiliados. Además, la ONP también tiene como función brindar información, orientación y capacitación a los afiliados y beneficiarios del sistema previsional, así como fomentar la cultura previsional en el país (Cabrera y otros, 1999).

2.2.2 Derecho a una pensión justa y digna

El derecho a una pensión justa hace referencia a que todo ser humano que ha trabajado durante su vida activa tiene el derecho a una pensión que le permite vivir dignamente en su etapa de jubilación o cese laboral. Esto implica que la pensión debe ser suficiente para cubrir las necesidades básicas del pensionista y brindarle una calidad de vida adecuada, en función de los estándares sociales y económicos del país en que se encuentre.

Sin embargo, en la práctica existen diversos casos en los que los pensionistas no reciben una pensión adecuada, por diversos motivos. Por ello, urge seguir trabajando en políticas públicas y sistemas de pensiones que garanticen el derecho a una pensión justa para todos los trabajadores.

2.2.3. Sustentabilidad del régimen pensionario del Decreto Ley 19990

El sistema público de pensiones, de tipo reparto, se fundamenta en la solidaridad intergeneracional. Es decir, los trabajadores en activo contribuyen al financiamiento de las pensiones de las personas jubiladas.

Sin embargo, este modelo presenta un problema debido a que no se están sumando nuevos trabajadores en cantidad suficiente para financiar a los pensionistas actuales y futuros.

La falta de incorporaciones al mercado laboral y la preferencia por los sistemas de pensiones privadas limitan la capacidad del sistema público para continuar creciendo y satisfacer las necesidades de los ciudadanos (Varela, 2012).

Contribución prestación

La contribución que realiza el trabajador al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) es del 13 % de sus ingresos, y se requiere un periodo mínimo de veinte años de aportes obligatorios para poder recibir una pensión. A los cesantes y jubilados del Decreto Ley 19990 la pensión se otorga mientras el pensionista esté vivo y su monto oscila entre 500,00 y 892,36 soles como máximo.

Calidad de vida

La definición de calidad de vida como la suma de puntajes objetivamente medibles en diferentes aspectos de la vida puede ser útil para comparar a las personas y hacer evaluaciones cuantitativas. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta perspectiva no considera factores subjetivos, como las experiencias personales, las percepciones y las emociones, que pueden ser igualmente importantes para determinar la calidad de vida.

Además, al enfocarse solo en las condiciones de vida medibles, se corre el riesgo de perder de vista aspectos más amplios y complejos, como la cultura, los valores y las aspiraciones de cada individuo. En definitiva, la calidad de vida es un concepto multidimensional y complejo que requiere de una visión integral y equilibrada, que tenga en cuenta tanto los factores objetivos como los subjetivos (Urzúa, 2012).

Calidad de vida del adulto mayor

La calidad de vida del adulto mayor es un tema de gran importancia en nuestra sociedad, pues se relaciona directamente con el bienestar y la felicidad de esta población. Según la definición propuesta, esta

calidad de vida depende de varios factores, como la vivienda, el vestido, la alimentación, la educación y las relaciones sociales. Además, se debe tener en cuenta el proceso evolutivo del envejecimiento y las adaptaciones individuales a un medio biológico y psicosocial cambiante. Es importante que el adulto mayor tenga una participación social significativa para evitar el aislamiento y la declinación funcional.

Para comprender mejor el significado de la calidad de vida del adulto mayor, es necesario utilizar un enfoque cualitativo que permita extraer descripciones a partir de observaciones y narraciones. Las representaciones sociales también son importantes para entender cómo las personas perciben y dan sentido a su propia vida en un contexto cultural y de valores (Vera y Especiales, 2007).

2.3. Factores que determinan la calidad de vida de las personas mayores

La calidad de vida de las personas mayores está determinada por una variedad de factores, incluidas las condiciones internas y las externas al sujeto. Se ha observado que la salud es la variable más destacada en la calidad de vida de los adultos mayores, abarcando aspectos como el deterioro cognitivo, la salud mental y el dolor corporal. La teoría de las dimensiones de la calidad de vida respalda esta observación, demostrando que la salud es el factor más importante para mejorar la calidad de vida de la persona mayor, seguido de la autonomía, el apoyo familiar y social, la capacidad para realizar actividades la vida cotidiana y el mantenimiento de las actividades sociales.

Además, otros indicadores relevantes incluyen la autonomía de la persona, el nivel de actividad y ocio, el apoyo social y familiar, la satisfacción con la vida, el nivel económico, la calidad de la vivienda o del entorno y la educación. Todos estos factores son cruciales para garantizar una mejor calidad de vida para las personas mayores (Aguilar y otros, 2011).

2.3.1 Los factores demográficos y su relación con el bienestar subjetivo

La relación entre los factores demográficos y el bienestar subjetivo ha sido objeto de numerosos estudios, y se ha encontrado que los factores demográficos explican menos del 20 % de la varianza en la satisfacción

con la vida. En términos de educación, los resultados indican que existe una ligera tendencia a aumentar la satisfacción con la vida a medida que se incrementa el grado de instrucción, especialmente en poblaciones de estrato bajo.

Respecto al género, los resultados son mixtos, aunque algunos estudios señalan que los hombres son ligeramente más felices, mientras que las mujeres experimentan emociones positivas y negativas con mayor intensidad y frecuencia. En cuanto a la edad, algunos estudios no encontraron diferencias significativas en la satisfacción con la vida por grupos etarios, Mientras que otros encontraron que la satisfacción con la vida aumenta a medida que aumenta la edad, aunque en México, por ejemplo, hay una ligera tendencia a disminuir la satisfacción con la vida conforme se envejece, lo que podría estar relacionado con las condiciones económicas.

En general, los resultados sugieren que el ingreso, la evaluación de las condiciones de vida, los logros y la situación económica están significativamente correlacionados con la satisfacción con la vida y la felicidad sentida (Yasuko Arita y otros, 2005).

2.3.2 Indicadores de calidad de vida

En los estudios estadísticos acerca de la calidad de vida, se consideran múltiples indicadores que permiten analizarla. Uno de los elementos por tener en cuenta es la condición material de las personas, que incluye su acceso a bienes y servicios básicos, así como su capacidad para adquirir riquezas y ahorrar. La posesión de bienes materiales puede determinar el nivel de desarrollo que una familia puede alcanzar en la sociedad y, por ende, su calidad de vida.

Otro factor por considerar es la situación laboral, que se refiere a la formalidad, informalidad o ilegalidad del empleo, el salario y las condiciones laborales en general. Un trabajo estable y bien remunerado puede contribuir significativamente al crecimiento personal, familiar y social de las personas. Además, la salud es un aspecto fundamental en la calidad de vida, que incluye el acceso a servicios médicos, medicamentos y condiciones de higiene adecuadas.

Un estado de salud óptimo permite un desarrollo integral de las personas y, por ende, contribuye a su bienestar. Asimismo, la educación es un factor

determinante en la calidad de vida, que incluye el nivel académico formal alcanzado y el acceso a la educación en los diversos niveles. Una mejora en el nivel educativo de las personas puede tener un impacto significativo en su progreso y desarrollo, así como en la calidad de vida de las futuras generaciones.

Otro aspecto importante es el ocio y las relaciones a nivel social, que se refiere al acceso al entretenimiento, la cantidad de tiempo libre y la integración social, así como las relaciones afectivas con familiares y amigos. Por último, la seguridad a nivel físico y personal es un aspecto esencial en la calidad de vida, que incluye las condiciones de vida y trabajo, entre otros factores. La seguridad permite a las personas llevar una vida saludable y en mejores condiciones, lo que a su vez contribuye a su bienestar y calidad de vida en general (Córdova, 2019).

2.3.2 Vulneración del derecho a la pensión justa y digna

La falta de justicia del Estado en el manejo de los fondos destinados a las pensiones, y la falta de atención en la administración de estas, tiene un impacto negativo en la calidad de vida de los pensionistas y cesantes. La insuficiencia de los montos recibidos no solo genera insatisfacción, sino que impide también la satisfacción de necesidades básicas como la salud y el bienestar. En lugar de ser una recompensa por años de trabajo, la pensión se convierte en un castigo para aquellos que no pueden costear los gastos necesarios para vivir dignamente.

Es imperativo que el Estado asegure una pensión digna y justa para los pensionistas y cesantes, pues estos han contribuido durante toda su vida laboral al sistema pensionario y merecen recibir un beneficio adecuado en su etapa de retiro (Córdova, 2019).

El sistema previsional en el país ha sido objeto de críticas debido a que los cesantes y jubilados no cuentan con una pensión justa y equitativa que les permita tener una vida digna y de calidad. La Oficina de Normalización Previsional (ONP), encargada de administrar las pensiones del Decreto Ley 19990, ha sido señalada por no cumplir con la finalidad de perseguir el bienestar del aportante desde diversos aspectos relacionados con el ámbito del sistema pensionario.

En este sentido, la pensión recibida por los jubilados no cubre los gastos necesarios para una vida digna y esto se refleja en la insatisfacción de los

pensionistas, quienes se ven obligados a enfrentar una realidad difícil al no poder cubrir sus necesidades básicas de sobrevivencia. Por lo tanto, es necesario que se modifique el monto de las pensiones de los jubilados para evitar que se vulneren sus derechos a una vida digna y de calidad. Así, se podrán garantizar condiciones adecuadas para el bienestar de los jubilados y cesantes (Pacheco, 2021).

CONCLUSIONES

- El Estado peruano vulnera el derecho a la pensión justa al brindar a los jubilados montos irrisorios, que no satisfacen las necesidades básicas como la salud y el bienestar
- La ONP no cumple con la finalidad de perseguir el bienestar de los aportantes, ya que la pensión recibida por los jubilados no cubre los gastos necesarios para una vida digna.

SUGERENCIAS

- El Estado peruano debe modificar los montos de las pensiones de los cesantes del Decreto Ley 19990 para mejorar su calidad de vida y evitar la vulneración a su derecho a la vida digna
- El dinero que muchas veces se pierde a raíz de la corrupción debe ser canalizado para mejorar las condiciones de vida de los cesantes y jubilados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, J. M., Álvarez, J. y Lorenzo, J. J. (2011). «Factores que determinan la calidad de vida de las personas mayores». *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 4(1), 161-168. www.redalyc.org/articulo.oa?id=349832331017
- Cabrera, J., Cusihualpa, E. J. y Lozano, H. G. (1999). *Propuesta de mejora del trámite de pensionamiento en la Oficina de Normalización Previsional (ONP)*.
- Córdova, M. (2019). *Relación entre las pensiones percibidas y la calidad de vida de los pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones otorgadas por la ONP-Huancayo, 2019*. (Trabajo de Investigación, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Peruana del Centro, Huancayo-Perú). <http://hdl.handle.net/20.500.14127/202>

- Cornetero, R. (2018). *Plan de mejoramiento de atención a pensionistas y calidad de servicio en la oficina de pensiones de la Unidad de Gestión Educativa Local de Ferreñafe-2016*.
- Hernández-Sampieri, R. y Mendoza, C. P. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw Hill Interamericana Editores.
- Pacheco, C. T. (2021). *El derecho a una pensión justa y equitativa en jubilados de la ONP Perú, 2020*.
- Presidencia de la República del Perú (1973). *Decreto Ley 19990, norma que regula el sistema nacional de pensiones de la seguridad social*.
- Ramos, C. A. (2015). «Los paradigmas de la investigación científica-Scientific Research Paradigms». *Av. Psicol*, vol. 23, número 1.
- Sánchez, H. y Carlessi, C. (2006). *Metodología y diseños de la investigación científica*.
- Urzúa, A. (2012). «Calidad de vida: una revisión teórica del concepto-Quality of Life: A Theoretical Review». *Terapia Psicológica*, 30, 61-71.
- Varela, E. (2012). *Causas y consecuencias de la sostenibilidad del Sistema Nacional de Pensiones en el Perú el caso del D. L. 19990*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Vera, M. (2007). «Significado de la calidad de vida del adulto mayor para sí mismo y para su familia». *An Fac Med Lima*, vol. 68, número 3.
- Yacuzzi, E. (2022). *El estudio de caso como metodología de investigación: teoría, mecanismos causales, validación*.
- Yasuko Arita, B., Romano, S., García, N. y Félix, M. del R. (2005). *Indicadores objetivos y subjetivos de la calidad de vida*. www.redalyc.org/articulo.oa?id=29210106
- Yuni, J. A. y Urbano, C. A. (2005). *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Vol. 1.

REQUISITOS Y CONDICIONES DE REDACCIÓN, Y ENVÍO DE ARTÍCULO JURÍDICO

Teniendo en consideración las directrices de la Dirección de Investigación de la Universidad Continental, a continuación se precisan los requisitos y condiciones que debe contener el trabajo para su publicación.

I. ESTRUCTURA

1. Título en español, el título debe ser conciso pero informativo, se recomienda como máximo 20 palabras.
2. Título en inglés
3. Autor(es): Nombres, apellido paterno y materno. En pie de página, el último grado académico (y la institución donde logró la debida acreditación), el cargo que desempeña en la institución donde trabaja y la institución de educación superior en la que viene desempeñando labores de docencia, de ser el caso.
4. Introducción
5. Cuerpo del documento
6. Conclusiones
7. Citas al pie de página de conformidad con los formatos sugeridos
 - 7.1. *Libros y monografías*
VILLANUEVA R. *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. 1.^a ed. Lima: Palestra Editores; 2009.
 - 7.2. *Libros y monografías con editor (es), director(es), compilador (es) o coordinador como autor*
MICHEL-KERJAN E., SLOVIC P, (editors). *The irrational economist: making decisions in a dangerous world*. New York: Public Affairs; 2010.
 - 7.3. *Artículo de revista científica con menos de 6 autores*
BARRANZUELA J.L., VÁSQUEZ E.R., VERDEJA L.F., SALAZAR S., HILL N. «Utilización de los fosfatos de Sechura (Bayóvar-Perú) como fertilizante natural de aplicación directa (FNAD)». *Revista Rocas y Minerales*. Ago. 1995; 24(284): 46-54.

7.4. *Actas de congresos, conferencias, jornadas, simposios, reuniones científicas etc.*

II Jornadas de Historia: Perú-Ecuador, un espacio compartido. Piura; 25-27 de noviembre 1999. Piura: Universidad de Piura; 1999.

7.5. *Tesis*

MARES C. *La reformatio in peius* en la vía administrativa [Tesis]. Piura: Universidad de Piura. Facultad de Derecho; 1999.

7.6. *Documentos legales (Leyes, Decretos, Ordenanzas, etc.)*

Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Ley 55/2003 de 16 de diciembre. Boletín Oficial del Estado, n.º 301, (17-12-2003).

7.7. *Jurisprudencia*

Recursos de inconstitucionalidad 3540/96, 1492/97 y 3316/97 (acumulados). Promovidos por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, y la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico; y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia. Sala del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio de 2003. Boletín Oficial del Estado, n.º 156, (1 julio 2003).

7.8. *Artículo de revista en Internet*

ZETA R. JOSÉ MARÍA DESANTES: Un gran maestro. Desde el Campus-Boletín Informativo de la Dirección de Comunicación de la Universidad de Piura. [Revista on-line] 2004; 2(103). Recuperado de <http://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/art1041.html>

8. Correo electrónico del autor(es)

II. REDACCIÓN

Los artículos deben ser redactados usando un procesador de textos, en hojas tamaño A4, a espacio simple, fuente Arial, doce (12) puntos, márgenes

superior e izquierda tres (3) cm, márgenes derecha e inferior dos punto cinco (2.5) cm. El mínimo de páginas a enviar es de cinco (5), no hay una extensión máxima.

Los párrafos deben estar separados por un espacio, sin sangría. Las tablas, gráficos e imágenes deben tener la leyenda en la parte superior y consignar su autoría en la parte inferior. La numeración es arábica.

Las citas que figuran en el texto se enumeran consecutivamente en orden de mención o de entrada.

La numeración y unidades de medida deben ser expresadas de acuerdo al Sistema Internacional de Unidades (SI).

Finalmente, los contenidos de los trabajos deberán guardar relación con el derecho corporativo (derecho constitucional económico, derecho comercial, derecho civil patrimonial, derecho laboral, derecho tributario, derecho administrativo económico, derecho regulatorio, entre otras), así mismo deben ser creaciones originales.

III. ENVÍO Y ARBITRAJE

El envío de artículos en versión electrónica se hará a la siguiente dirección: revistaderecho@continental.edu.pe, serán revisados por el Comité Editorial y el Comité Consultivo. Adjuntar al archivo una Declaración Jurada de autoría.

Mientras el artículo se encuentre en proceso de evaluación, no podrá ser enviado a otras revistas. Una vez aprobada su publicación, todos los derechos de reproducción total o parcial pasan a propiedad del Comité Editorial de la Revista.

El Comité Editorial enviará a los autores una comunicación de la decisión sobre la evaluación del trabajo por parte de los árbitros adscritos tanto a la Universidad como de otras instituciones educativas. En caso de haber observaciones, estas serán comunicadas por el Comité Editorial al autor, quien deberá absolverlas dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación de dichas observaciones.

