

Año 2018 • Vol. VIII • N° 14
ISSN 9655-2222

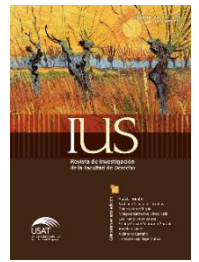
IUS

Revista de Investigación
de la Facultad de Derecho



Colaboran en esta edición

Abdelali Mrabti
Santiago Cañamares Arribas
Chloé Lafarge Turpín
Milagros Katherine Olivos Celis
Luis Henry Heras Zárate
Freddy Ronald Centurión González
Angela Vivanco
Alejandro Castaño
Francisco Aspíllaga Muñoz



EL MARCO JURÍDICO DE LA MIGRACIÓN EN MARRUECOS

Abdelali Mrabti¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 01 de octubre de 2017

Aceptado el 31 de mayo de 2018

Palabras claves:

Marruecos

Regularización

Emigrantes

Inmigrantes

RESUMEN

A lo largo de la historia, Marruecos se formó a través de una mezcla diversa de las poblaciones de diferentes orígenes, alimentada por sucesivas migraciones, en particular de países con los que este Estado tiene relaciones especiales y antiguas (Francia, España, Argelia o Senegal). Situado en el extremo noroeste del continente africano, Marruecos tiene una localización estratégica en el Mediterráneo como puente entre África y Europa. Su historia como país de emigración es larga, aunque el auge de los flujos de salida se produce en la década de los años sesenta. En la actualidad Marruecos es una encrucijada fundamental de las corrientes migratorias que se dirigen hacia Europa y el principal país de emigración de la orilla Sur del Mediterráneo. Marruecos se convirtió en un país de tránsito y de destino para muchos migrantes de África del Occidental, muchos de los cuales son irregulares.

THE LEGAL FRAMEWORK OF MIGRATION IN MOROCCO

ABSTRACT

Keywords:

Morocco

Immigrants

Emigrants

Throughout history, Morocco was formed by a diverse mix of populations of different origins, and this was a result of successive migrations, in particular from countries which have a special and ancient relation with morocco such as (France, Spain, Algeria and Senegal). Morocco is situated on the extreme northwestern corner of Africa. Thus, it has two coastlines, the Pacific Ocean and the Mediterranean. Thanks to its geographical location, Morocco can act as a bridge between Africa and Europe. Historically, morocco is known as a country of emigration. And although the outflows occurred in the sixties, morocco has evolved and became an important crossing point for migrants to Europe. Also it represents the main emigration country on the southern shores of the Mediterranean especially for many West Africa migrants that many of them are illegal.

¹ Universidad de Zaragoza, Facultad de derecho. Correo electrónico: ali.uniza@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Por su situación en la frontera de tres mundos distintos, el árabe, el norteafricano y el europeo, y por estar rodeado por el Océano Atlántico y el Mar Mediterráneo, Marruecos se ha convertido en uno de los países referentes en lo que respecta al fenómeno migratorio a nivel mundial.

La emigración marroquí en el extranjero ha estado siempre presente en la historia del país, pero a partir del siglo XIX ha aumentado y se orienta hacia Europa. La apertura comercial de Marruecos durante la segunda mitad del siglo XIX dio lugar a una emigración de élites a Francia y a otros países europeos, principalmente a Inglaterra y Gibraltar (Chigueur, 1997).

Hoy en día Marruecos se enfrenta a una situación compleja en el tema de la migración en todas sus dimensiones: los movimientos migratorios económicos, refugiados y solicitantes de asilo, la migración irregular, el tráfico, la migración interna, migración medioambiental, etc. Por eso la comunidad extranjera en Marruecos es bastante diversa (Charef, 2014).

Por ser país tradicional de emigración, Marruecos se ve hoy confrontado a la inmigración de tránsito, temporal o de larga duración. Debido a una situación de estancamiento, Marruecos se ha convertido en un país de inmigración-residencia por defecto, más que de tránsito para numerosos extranjeros.

Por todas estas razones, Marruecos se convirtió a su vez en una tierra de asilo e instalación duradera de los migrantes. Recibe así una inmigración laboral regular, un número relativamente importante de estudiantes internacionales, migrantes en situación irregular, "en tránsito", a menudo de larga duración y, por último, solicitantes de asilo y refugiados.

Frente a esta situación y en función de todo esto ¿cuál es la política seguida por Marruecos en el ámbito de la migración?, y ¿cuáles son los textos legales adoptados para este asunto, tanto

constitucionales o legales como acuerdos internacionales? Es lo que vamos a analizar en este texto.

1. MARRUECOS DE UN PAÍS DE EMIGRANTES A TIERRA DE INMIGRACIÓN Y TRÁNSITO

Marruecos es el noveno país de emigración en el mundo después de Reino Unido, Alemania e Italia². De acuerdo con el Informe sobre el proyecto de Ley de Presupuesto de 2016, el Ministerio de Marroquíes Residentes en el Extranjero (en adelante 'MRE') estimó que el número de marroquíes residentes en el extranjero ascendía 4,5 millones de personas en el año 2013³, aproximadamente el 15% de la población marroquí⁴, frente a los 1,7 millones en 1998.

Tres de cada cuatro inmigrantes marroquíes en el mundo viven en Europa, según el estudio 'Marroquíes del exterior 2013' (Berian, 2013) llevado a cabo por la Fundación Hasan II para los Marroquíes Residentes en el Extranjero. Dicha fundación, que depende del Estado, indica que la comunidad marroquí en el extranjero se estableció en 100 países de los cinco continentes, la mayoría en Europa, con total de un 85%, con Francia a la cabeza, seguida por España, Italia, Bélgica, Países Bajos y Alemania. Su presencia también se estima en un 8,9% en los países árabes y 0,12% en Asia y Oceanía. En África, donde se concentra principalmente en Costa de Marfil (1.971) en Senegal (1.900), Mauritania (1.653), Gabón (785) y África Sur (832). Esa distribución se concreta en el siguiente cuadro:

Marroquíes residentes en el extranjero por países entre 2002-2015

Países	2002*	2012**	2015***
Europa	2.185.894	3.058.429	4.500.000

cifra mucho más alta en esta ocasión, porque incluye a los migrantes ilegales.

⁴ <http://www.bladi.net/marocains-monde-france,42065.html>.

² Disponible en www.yabiladi.com/.../maroc-pays-d-emigration-mon.

³ En 2013, la población migrante marroquí era más de 4,5 millones de personas, según las estimaciones del MRE, una

Francia	1.024.766	1.146.682	1.500.000 ⁵
España	222.948	671.669	758.000 ⁶
Italia	287.000	486.538	437.000 ⁷
Bélgica	214.859	297.919	550.000 ⁸
Holanda	276.655	264.909	460.000 ⁹
Alemania	99.000	126.954	200.000 ¹⁰
Gran Bretaña	30.000	26.191	70.000
Otros	29, 245	38.567	-
Países árabes	231.962	214.451	-
Libia	120.000	69.276	60.000 ¹¹
Argelia	63.000	45.451	63.000 ¹²
Túnez	16.000	30.635	9.5000 ¹³
Saudí Arabia	11.973	35.724	60.000 ¹⁴
Emiratos	8.359	15.935	100.000 ¹⁵
Otros	13.345	17.430	-
Fuera de Europa	160.355	796.150	1.050.000
Estados Unidos	85.000	33.047	150.000
Israel	-----	700.000	800.000 ¹⁶
Canadá	70.000	53.707	100.000
Países africanos	5.355	9.396	-

* *Khadija (2004)*

** *Fundación Hassan II (2013).*

*** *Según diferentes fuentes.*

Podemos ver en este cuadro que entre los países europeos con más números de emigrantes marroquíes se sitúa Francia¹⁷ en primer lugar, seguido por España, Italia, Países Bajos y Bélgica. También la comunidad extranjera marroquí se encuentra en muchos países árabes, sobre todo en los Estados del Magreb y los países del Golfo¹⁸. Hoy en día la diáspora marroquí en el extranjero se percibe como un nuevo actor del desarrollo y se posiciona como un alto capital humano y financiero. Representa una fuente esencial de capital extranjero y contribuye al desarrollo del país mediante el envío de remesas, el desarrollo empresarial, la creación de empleo y la generación de ingresos. Además, proporciona nuevos conocimientos y una gran experiencia, que desempeña un papel importante en el desarrollo de capacidades y el progreso de la región y aporta un valor añadido a la diversidad y la riqueza de la experiencia.

Todos los economistas están de acuerdo en la importancia del papel de la migración en el desarrollo de la economía marroquí y la

⁵ <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/commission-des-affaires-etrangeres>.

⁶ Cifras del Instituto Nacional de Estadística 2015 - <http://www.ine.es/26/08/2016->

⁷ <http://www.tuttitalia.it/statistiche/cittadini-stranieri/marocco/26/08/2016>.

⁸ <http://m.lalibre.be/actu/belgique/renvoyons-au-maroc-nos-prisonniers-et-delinquants-marocains-51b8b42fe4b0de6db9b9594b26/08/2016>.

⁹ <http://fr.timesofisrael.com/israel-compte-800-000-residents-marocains/>.

¹⁰ <http://www.bladi.net/1-allemande-immigration-marocains.html>.

¹¹ <http://www.fratmat.info/news-en-continu/item/26382-libye-des-milliers-de-marocains-sur-une-poudri%C3%A8re-libye-1028-24-07-15>.

¹² <http://www.lematin.ma/exclusif/marocains-residents-aux-emirats-soiree-artistique-en-l-honneur-de-la-communaute-marocaine/191749.html>.

¹³ <http://www.aujourd'hui.ma/maroc/societe/recensement-5-565-marocains-resident-en-tunisie-117823#.VdknnPntmko>.

¹⁴ <http://www.yabiladi.com/articles/details/16555/chomage-arabie-saoudite-irreguliers-sous.html>.

¹⁵ <http://www.lematin.ma/exclusif/marocains-residents-aux-emirats-soiree-artistique-en-l-honneur-de-la-communaute-marocaine/191749.html>.

¹⁶ <http://fr.timesofisrael.com/israel-compte-800-000-residents-marocains/>.

¹⁷ Según el Comité de Asuntos Exteriores de la Asamblea Nacional de Francia, dentro esta cifra de los emigrantes marroquíes en Francia hay más 670.00 de ellos con doble nacionalidad.

¹⁸ Esta migración ha conocido un crecimiento continuo y representa una creciente proporción de la migración marroquí en el mundo árabe. Se trata de una migración temporal para empleos de duración limitada, vinculada a un contrato de trabajo que puede ser renovado o no según las necesidades del *Kafile* especie de padrino capataz, él es el garante del migrante marroquí ante las autoridades del país. La mayoría de estos migrantes se insertan en una situación de aislamiento social, alta explotación y total dependencia de su *Kafile*, una parte de migrantes mujeres terminan en la prostitución.

importancia de las transferencias de los inmigrantes para la economía del país.

Según estadísticas de la Oficina de Cambios de Marruecos, las transferencias de los marroquíes residentes en el extranjero para 2015 aumentaron un 3% superando los 60 mil millones de dirhams.

En la época del Rey de Mohammed VI la política marroquí ha mejorado la situación de los emigrantes de diferentes maneras, y se dota de nuevos componentes como la protección jurídica de los marroquíes residentes en el extranjero, la promoción de la inversión y la mejora de los servicios de acogida, manteniendo el objetivo de preservar los lazos con el país.

El discurso del Rey Mohammed VI el 6 de noviembre de 2005 anunciaba cuatro medidas sobre actividades políticas para conseguir una representación que garantice los derechos cívicos y políticos (Aboussi, 2011): la representación de los nacionales residentes en el extranjero en la "Cámara de Representantes"; la creación de circunscripciones legislativas electorales en el extranjero; la concesión del derecho de voto a las nuevas generaciones, con la revisión correspondiente de la legislación electoral y la creación del Consejo Superior de la Comunidad marroquí en el extranjero. El discurso presentaba estas decisiones como una respuesta a las aspiraciones legítimas de diferentes generaciones de la comunidad marroquí en el exterior, que deseen ejercer su ciudadanía plena con el fin de implicar a los ciudadanos emigrados en todas las instituciones y asuntos públicos (Aboussi, 2011).

Las dos primeras medidas correspondientes a la representatividad de los residentes en el exterior se iban a aplicar en las elecciones legislativas de septiembre de 2007, al final, las autoridades anularon esta intención por motivos técnicos y logísticos, relativos a la dificultad de organizar elecciones en los diferentes países de residencia de los emigrantes marroquíes (Belguendouz, 2009). Ya que era necesario estar en Marruecos el día de elecciones y no existe el voto por correo.

Eso ha hecho que incluso hoy en día la comunidad marroquí en el extranjero esté a la espera de poder participar de manera eficaz en la selección de sus representantes en el futuro próximo. Sabiendo que el derecho de votar y presentarse está garantizado por la Constitución de 2011 en su artículo 17.

La cuarta medida anunciada en 2005 preveía constituir el Consejo de la Comunidad Marroquí en el Extranjero (en adelante 'CCME'). El Consejo era nombrado por S.M. el Rey Mohamed VI en virtud del Dahir¹⁹ n° 1.07.08, de 21 de diciembre de 2007. Es una institución de carácter consultivo con autonomía administrativa y financiera que se encarga de dar opiniones sobre los asuntos de la emigración y, en particular, las cuestiones que afectan a los marroquíes residentes en el extranjero.

Por otro lado y para poder observar la situación de los extranjeros en Marruecos, en primer lugar, es necesario contar con información precisa sobre la materia resultando imprescindible disponer de datos estadísticos que nos permitan cuantificar cuántos extranjeros hay en el país, debiendo señalar a este respecto que no hay cifras precisas especialmente en lo que se refiere a los inmigrantes ilegales.

Marruecos es el cuarto país árabe más poblado, después de Egipto, Sudán y Argelia. Según los datos de 2014 la población de Marruecos ascendía a 33.848.242 millones de personas, de los cuales cerca de 80.000 eran extranjeros residentes en su territorio (Haut-Commissariat au Plan du Maroc – HCPM, 2015).

Marruecos está experimentando la presencia en su territorio de un creciente número de ciudadanos extranjeros, en particular subsaharianos desde principios de 2000. De acuerdo con el HCP, Marruecos tenía en 2014 cerca de 80.000 extranjeros en su territorio²⁰.

Según Lahlou, experto del Instituto Nacional de Estadísticas y especialista en migración económica, citado por Chaudier (2013), Marruecos tiene entre 10.000 y 20.000 inmigrantes africanos

¹⁹En la legislación marroquí, un *Dahir* es un Decreto real.

²⁰ Censo General de Población y el Hábitat 2014, en la Web Oficial del Plan En 2014 el ACNUDH. -

http://www.hcp.ma/Note-sur-lespremiers-resultats-du-Recensement-General-de-la-Population-et-de-l-Habitat-2014_a1516.html.

ilegales. Se estima entre 1.000 y 2.000 el número de personas que llegan ilegalmente en Marruecos cada año a Europa, además de 80.000 extranjeros que residen legalmente en 2010, según el Ministerio del Interior. Por otro lado no olvidemos los europeos residentes en situación irregular, 12.000 a 15.000 españoles y otros tantos franceses según lo apuntado por Lahlou, para un total de 40 a 50.000 personas de origen europeo en situación irregular en el país. El resultado es que cerca de 145.000 extranjeros viven en Marruecos, en todas las situaciones administrativas.

Europa es la región líder de origen de los inmigrantes residentes en Marruecos (50%). Entre los países europeos, Francia es el primer país de inmigrantes, con un 35,1%. El África subsahariana globalmente considerada está en segundo lugar con el 27,7% de los inmigrantes distribuidos por nacionalidad de manera principal tal como sigue: congoleños (8,1%), senegaleses (4,7%), malienses (3,4%) y nigerianos (3,4%). Por último, los países árabes son la tercera región de origen de los inmigrantes que contribuyen con el 22,3% de su volumen total de los cuales el 13,5% son de Siria Haut-Commissariat au Plan du Maroc -HCPM, 2009).

Considerado durante décadas un país de emigración y tránsito, Marruecos se ha convertido últimamente en una tierra de asilo y destino para los inmigrantes, sobre todo, del África subsahariana. Frente a esta realidad Marruecos se convirtió en el primer país afectado por el problema de la emigración clandestina compuesta de inmigrantes marroquíes y extranjeros con el objetivo común de llegar a Europa.

Esta evolución se enmarca en un contexto de cambios nacionales, regionales y globales, a nivel demográfico, migratorio y geopolítico, que han obligado a las autoridades marroquíes a aprobar políticas en materia de migración y derecho de asilo.

Para luchar contra esto, en 2003 Marruecos adoptó una legislación (Ley 02-03) Esta Ley regula los diversos aspectos de la migración en Marruecos: la inmigración (entrada y estancia en el país) y la emigración (modalidades de salida del país). Así

como las sanciones, administrativas y penales (expulsión, retención, multas y prisión) contra los delitos relacionados con la entrada y estancia no autorizado.

2. LA DIMENSIÓN LEGISLATIVA

2.1. La legislación marroquí sobre migración hasta noviembre de 2003

Antes de la aprobación de la Ley n° 02-03, de 11 de noviembre de 2003, la legislación marroquí sobre migración contenía varios textos dispersos, que en su mayoría datan de la época del Protectorado durante los años treinta y cuarenta, y que regulaban tanto la entrada como la estancia y residencia en el país y la salida de este (Khrouz, Ouardi y Rachidi, 2009). El arsenal jurídico heredado del Protectorado incluye los textos siguientes:

- La Orden de 8 de enero de 1915 (modificada el 30 de junio de 1926), conforme a la que la entrada en el territorio de la zona francesa del Imperio Jerifiano, por mar o aire está condicionada para los extranjeros a la presentación de un pasaporte válido. En este pasaporte tiene que figurar, además, un visado de entrada marroquí, excepto si el titular pertenece a un país con el cual Marruecos ha firmado un acuerdo dispensando del visado con aplicación del principio de reciprocidad.
- El Dahir de 15 de noviembre de 1934 por el que se regula la inmigración en Zona Francesa del Imperio Jerifiano. Este texto organiza un régimen de entrada al territorio en consideración de las necesidades económicas a toda persona de nacionalidad extranjera que migra a Marruecos para ejercer allí una actividad profesional, sea de la naturaleza que sea, remunerada o no, por su propia cuenta o por cuenta ajena.
- El Dahir de 13 de julio de 1938 por el que se regula la emigración de los trabajadores marroquíes, complementado y modificado por el Dahir de 25 de marzo de 1939.

- El Dahir de 21 de febrero de 1951 por el que se modifica y se complementa el Dahir de 15 de noviembre de 1934.
- El Dahir de 17 de abril de 1959, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social haciendo extensible a la antigua zona del Protectorado español y la provincia de Tánger la legislación sobre la inmigración en vigor en la zona sur.

Esta legislación y reglamentación completamente superadas, hablaba aún de zona francesa del Imperio Jerifiano y de zona española, y hacía todavía referencia a ciertas instituciones o servicios del Protectorado francés como el Secretario General del Protectorado, el Tesorero General del Protectorado, el Director de Interior, el Comisario Residente General.

Hasta el mes de mayo de 2003, el Dahir vigente aplicable a las infracciones en materia de emigración clandestina se remontaba al 6 de noviembre de 1949. El anacronismo de este Dahir queda patente en las referencias a instituciones coloniales como el Protectorado, la zona francesa de Marruecos, la zona española y a las sanciones formuladas en la moneda de aquella época (el franco), como se desprende de la lectura del artículo 10 del Dahir:

“Estará sujeto a una pena de prisión de un mes a dos años y a una multa de 12.000 a 240.000 francos, o sólo a una de estas dos penas, todo trabajador marroquí que salga del territorio de la zona francesa sin los documentos contemplados en los artículos 4, 6 y 7 o que, con vistas a obtener la expedición de dichos documentos, haya realizado declaraciones falsas sobre su identidad o haya utilizado documentos expedidos a otro marroquí.

[...] En caso de reincidencia en el mismo año, la multa se duplicará y deberá obligatoriamente sumarse a una pena de prisión. Estarán sujetas a las mismas penas, las personas que, conscientemente, haya ayudado o incitado a uno o varios individuos a cometer

infracciones a lo dispuesto en el presente Dahir o a órdenes aprobadas para la ejecución del mismo [...]”.

Este Dahir, conocido por los abogados marroquíes como el Dahir de “las pulgas y los chinches”, incluye en su artículo cuatro ²¹ una disposición humillante que obliga a los trabajadores marroquíes que quieren emigrar a disponer de un “certificado de desinsectación” antes de salir del territorio de la zona francesa.

Las únicas modificaciones aportadas por las autoridades marroquíes desde 1956 han consistido en la adaptación de los textos adoptados durante el período del protectorado a los diferentes cambios acaecidos en la estructura administrativa del país desde su independencia. De este modo, el conjunto de dichos textos se refiere a la zona internacional de Tánger y a la ex zona de Protectorado español (Norte de Marruecos) en virtud del Decreto del 16 de noviembre de 1962 del Ministro del Interior (Barros, Lahlou, Escoffier, Pumares y Ruspini, 2002). Lo mismo ha sucedido en 1969 referente a la zona de Ifni (igualmente bajo Protectorado español) y después para el ex Sáhara español, cedido por España a Marruecos en 1975.

Exceptuando esta refundición territorial y cinco convenciones de establecimiento que han tenido lugar entre 1962 y 1979 con cinco países africanos (Libia, Argelia, Senegal, Túnez y Mauritania), el Derecho marroquí ha permanecido inalterable, exceptuando el hecho de que desde 1956 es aplicado por un Estado independiente, en una situación nacional y regional y en un marco económico, político y social completamente distintos de las condiciones que regían en el origen de su redacción.

Tras casi medio siglo de independencia y con los cambios que ha experimentado el fenómeno migratorio, este arsenal jurídico heredado de la época del Protectorado ha quedado obsoleto. La actualización de las leyes vigentes en esta materia

pasaporte; una certificado de antecedentes penales un certificado médico acompañado de un certificado de desinsectación”.

²¹ El artículo 3 del Decreto Real de 8 de noviembre 1949, declaraba que: “Los trabajadores marroquíes no pueden abandonar el territorio de la zona francesa de nuestro imperio, si no se les proporciona: Un contrato de trabajo; un

se ha convertido en una necesidad. Así, un proyecto de ley, preparado hace años, fue finalmente aprobado por el Consejo del Gobierno el jueves 16 de enero de 2003 y sometido al Parlamento.

2.2. La Ley n° 02-03 sobre entrada y estancia de extranjeros en el Reino de Marruecos, emigración e inmigración irregulares

A nivel interno, en lo que respecta al desarrollo normativo del régimen migratorio en Marruecos, el Gobierno marroquí aprobó en el año 2003 La ley n° 02-03 de 11 de noviembre sobre Entrada y estancia de extranjeros en Marruecos, emigración e inmigración irregulares. Esta Ley puso fin a un vacío jurídico en la materia, Marruecos se dotó de un marco jurídico moderno, conforme a sus compromisos internacionales, y dio respuesta a una nueva situación, en la que, como ya se ha analizado anteriormente, el país se convierte en un lugar de tránsito y destino cada vez más privilegiado de inmigrantes procedentes de otros países del Magreb, subsaharianos e incluso europeos (Khachani, 2006).

Esta Ley regula los diversos aspectos de la migración en Marruecos: la inmigración (entrada y estancia en el país) y la emigración (modalidades de salida del país). Así como las sanciones, administrativas y penales (expulsión, retención, multas y prisión) contra los delitos relacionados con la entrada y estancia no autorizada. El Decreto de aplicación de esta Ley fue aprobado el 1 de abril de 2010 (Décret n° 2-09-607 du 15 rabii II 1431 (1er avril 2010) pris pour l'application de la loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières)²².

²² Décret n° 2-09-607 du 15 rabii II 1431 (1er avril 2010) pris pour l'application de la loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, Bulletin officiel n° 5836 du 6 mai 2010 - <http://adala.justice.gov.ma/production/html/Fr/liens/..%5C164711.htm->.

²³ La Ley n° 03-03 o ley antiterrorista, llegó tras los atentados del 11-S. Esta iniciativa por el Gobierno marroquí fue

Por otro lado, la Ley n° 02-03 constituye una base legal para reforzar el control de las fronteras del país. Debemos destacar el hecho de que esta disposición fue adoptada apenas seis meses después de la Ley n° 03-03²³ relativa al terrorismo. La norma marroquí presenta un texto casi copiado del Derecho migratorio francés, adoptado sobre la base de las preocupaciones y circunstancias relacionadas con la migración en Francia y que no son las mismas en nuestro caso. Marruecos adoptó esta ley con el objeto de regular varios aspectos relacionados con la migración:

- La unificación y la actualización de los textos legislativos y reglamentarios que regulan esta materia.
- La codificación de los delitos, las infracciones y las sanciones asociadas a los intentos de emigración clandestina y al tráfico ilegal de personas mediante una calificación penal precisa.
- La racionalización de las modalidades y los criterios de estancia en el Reino.
- La armonización de las penas contempladas con las disposiciones del Código Penal.
- Cumplir los convenios internacionales relativos a las obligaciones y a los derechos de los inmigrantes y de los extranjeros establecidos, y asumir plenamente los compromisos con los principales socios, en particular en materia de lucha común contra la inmigración clandestina transfronteriza, en su doble componente nacional y extranjera.

Un elemento positivo de esta Ley sería su contribución al proceso de armonización de la legislación marroquí sobre la inmigración y la alineación progresiva de las políticas marroquíes con el principio de los derechos humanos, sin olvidar en este contexto las limitaciones

promovida por el sector más duro del Ministerio del Interior y la Dirección de Seguridad Territorial (en adelante 'DST'). Su proceso de tramitación parlamentaria ha sido uno de los más complejos de los últimos años por la oposición que el proyecto suscitó en amplios sectores del espectro político marroquí. Pero los atentados de Casablanca terminaron con los largos debates parlamentarios y la Ley fue aprobada apenas una semana después de los atentados 16 de mayo de 2003.

inherentes a ella. Al menos dieciséis artículos de esta ley repiten fielmente los textos europeos, especialmente franceses, sobre todo en materia de migración.

En general, hay dos tipos de normas legales en materia de migración: uno es el que organiza el desplazamiento de poblaciones y sanciona cualquier violación de los reglamentos de la zona, y otro es el que protege a los migrantes. La primera categoría incluye normas relativas a la entrada y residencia de los extranjeros en general (incluidos los migrantes) en el país y la emigración desde el interior del país. Esta categoría de normas es utilizada por los Estados con referencia a ciertos principios generales en los que la mayoría están de acuerdo, tales como la no discriminación y la reunificación familiar. La segunda categoría de normas se refiere a todas las reglas que tienen como objetivo proteger a los migrantes. Estas reglas son en gran medida internacionales, estando incluidas en las convenciones universales y regionales, cuyas disposiciones deben ser incorporados en la legislación nacional.

El texto de la Ley n° 02-03 comprende tres títulos. El primero, consagrado a la entrada y estancia de los extranjeros en el Reino de Marruecos, se compone de 49 artículos reagrupados en 7 capítulos: disposiciones generales, permisos de estancia, traslado a la frontera, de la expulsión, disposiciones comunes para el traslado a la frontera y la expulsión, disposiciones varias, Circulación de los extranjeros y disposiciones penales. El segundo título es mucho más corto, integrado por siete artículos (50 a 56) consagrados enteramente a las disposiciones penales relativas a la emigración e inmigración irregulares. El tercer título con dos artículos (art 57y 58) se refiere a las disposiciones transitorias.

El artículo primero de dicha ley dispone que: "Bajo reserva de la aplicación de los convenios internacionales debidamente publicados, la entrada y la estancia de extranjeros en el Reino de Marruecos se regirán por las disposiciones de la presente ley", lo que constituye un reconocimiento del lugar que ocupan estas convenciones internacionales en el dispositivo legislativo

marroquí en materia de entrada y estancia de extranjeros.

Esta ley define las condiciones de acceso al país, regula los procedimientos de obtención de un permiso de estancia y los casos en los que dichos permisos pueden revisarse, situación que se produce cuando las autoridades disponen de información o tienen conocimiento de hechos que permiten considerar que las condiciones de estancia de un extranjero no se cumplen, en particular en caso de que dicha estancia pueda suponer una amenaza para la seguridad nacional e internacional.

En general, los artículos 3 y 4 de la Ley n° 02-03 someten a los extranjeros que cruzan las fronteras de Marruecos a la supervisión de las autoridades. El artículo 3 se refiere al control de validez del pasaporte y el visado, y dispone que:

"[...] todo extranjero que llegue al territorio nacional estará obligado a presentarse a las autoridades competentes encargadas del control en los puestos fronterizos, con un pasaporte de su Estado o con cualquier otro documento en vigor reconocido por el Estado marroquí como documento de viaje en vigor y, en su caso, con el visado exigible, expedido por la administración".

Por su parte el artículo 4 prevé un control cuya necesidad y, en cierta medida, el contenido se deja a la discreción de las autoridades, señalando lo siguiente:

"[...] el control efectuado en el momento de la verificación de uno de los documentos mencionados en el artículo 3 podrá también referirse a los medios de subsistencia y los motivos del desplazamiento a Marruecos de la persona interesada y a las garantías de su repatriación, teniendo en cuenta en particular las leyes y los reglamentos relativos a la inmigración".

Asimismo, esta Ley otorga a la Administración la facultad de proceder a la retirada del permiso de estancia o de decidir, de manera razonada, la expulsión de un residente extranjero y su traslado a la frontera. La Administración también puede dictar la decisión de prohibición de entrada en el

territorio, contra la que la persona afectada puede interponer un recurso ante las instancias judiciales conforme al artículo 4 anteriormente citado.

En general al extranjero que cumple las condiciones de entrada se le permite permanecer en el territorio de Marruecos durante el período de validez de su visado. En caso de estancias superiores a tres meses, el extranjero antes de la expiración de su visado o antes de noventa días o de la extinción de la vigencia de su visado, debe acudir a la jefatura de policía que corresponde a su ciudad para realizar los trámites para la solicitud de un permiso de residencia. Por lo tanto, la tarjeta de registro es el título principal que todos los extranjeros deben obtener.

La nueva Ley especifica que hay dos permisos de residencia en Marruecos: la tarjeta de inscripción y la tarjeta de residencia (artículo 5). El primer título es expedido para los residentes extranjeros en Marruecos por un periodo superior a tres meses. Por su parte la tarjeta de residencia se debe obtener por los extranjeros cuyo periodo de residencia ininterrumpida en Marruecos supere los cuatro años. Los artículos 9 a 18 de la Ley 02-03 establecen las condiciones para la obtención de estas tarjetas y proporcionan información sobre los tipos de tarjetas de inscripción y residencia y sobre quién las puede tener (Khadija, 2004).

La Ley introduce tres tipos de tarjetas de inscripción: para los visitantes, estudiantes y trabajadores migrantes, con especial referencia a la actividad. Dicha tarjeta debe ser obtenida dentro de las 48 horas de la entrada y puede tener una duración de un año prorrogable hasta 10 años.

Ambos títulos, la tarjeta de inscripción y la de residencia, pueden ser denegados a los extranjeros que no cumplan las condiciones a las que está sujeta la expedición de los permisos de estancia. En este caso el permiso de estancia podrá ser retirado si:

- El extranjero no presenta los documentos y justificantes contemplados por vía reglamentaria.

- El titular del permiso es objeto de una medida de expulsión o de una decisión judicial de prohibición de entrada en territorio marroquí (Artículo 19 de la Ley 02-03).

El extranjero al que se deniegue o retire el permiso de estancia tiene derecho a interponer un recurso ante el Presidente del Tribunal Administrativo, en su calidad de juez competente para pronunciarse sobre medidas cautelares por vía de urgencia, en un plazo de quince días tras la fecha de notificación de la decisión de la denegación o la retirada. No obstante, el recurso ante la justicia no impide que se adopte la decisión de traslado a la frontera o de expulsión (artículo 20 de la Ley n° 02-03). La anulación de esta decisión puede ser solicitada al Presidente del Tribunal administrativo, en un plazo de cuarenta y ocho horas tras su notificación. El Presidente o su delegado deciden en un plazo de cuatro días completos a partir del momento en que recibe la solicitud. El plazo del recurso tiene efecto suspensivo de la ejecución, es decir, que la decisión de traslado a la frontera no se puede ejecutar antes de que venza el período de 48 horas tras su notificación o antes de que el Presidente del Tribunal Administrativo haya decidido sobre el caso (artículos 24 y 28 de la Ley n° 02-03).

Los recursos de anulación de las decisiones de prohibición de entrada, expulsión o traslado a la frontera pueden presentarse incluso cuando haya vencido el plazo de recurso administrativo de cuarenta y ocho horas fijado en el artículo 23, si el interesado reside fuera de Marruecos (artículo 32 de la Ley n° 02-03).

También la Ley 02-03 reconoce a los nacionales marroquíes residentes en el extranjero la posibilidad de recurrir, de conformidad con las disposiciones de las Convenciones de Viena de relaciones diplomáticas y de relaciones consulares, a los consulados e instituciones diplomáticas de Marruecos²⁴.

²⁴En virtud del artículo 7 del *Dahir* N° 421-66 de 20 de octubre de 1969 relativo a las atribuciones de los agentes diplomáticos y los cónsules destinados en el extranjero: "[...] los agentes diplomáticos y los cónsules tienen el deber de

prestar asistencia a los marroquíes de su circunscripción, tanto si son objeto de un procedimiento penal por parte de las autoridades del país de residencia, como si no están en condiciones de subsistir por sus propios medios". Esta

Algunas categorías de extranjeros pueden conseguir un permiso de residencia en Marruecos a través de un procedimiento más sencillo bien sea sirviéndose de sus propios recursos financieros o económicos como trabajadores, o por sus cónyuges marroquíes. En el otro extremo, una categoría de extranjeros que se enfrentan a mayores dificultades es la de aquellos que desean trabajar en Marruecos, puesto que para validar su estancia en virtud de un trabajo encontrado el empleador debe obtener la certificación conocida por la ANAPEC (*Agence nationale de promotion de l'emploi et des compétences*), demostrando que el perfil deseado no se encuentra entre los solicitantes de empleo nacionales (Khrouz, 2013). Por otra parte, para el matrimonio de un extranjero con un marroquí, también minuciosamente regulado, es necesario conseguir la autorización del juez, debiendo además asegurarse la situación financiera y administrativa regular del futuro cónyuge. En este caso, la conversión al Islam es obligatoria, cuando el cónyuge, en este caso la mujer, es musulmana.

Sin embargo, en la práctica, la mayoría de los estudiantes extranjeros proceden a renovar su título de uno a tres meses después de su caducidad, evitaban muchos trámites. Bajo ciertas condiciones, el extranjero puede ver como se le deniega el permiso de residencia y se ve obligado a abandonar el territorio marroquí o pasa a encontrarse en situación irregular.

Los miembros de las misiones diplomáticas acreditadas en el país ahora se incluyen en sistema especial de entrada establecido en el artículo 2 de la Ley 02-03, que establece que, en condiciones de reciprocidad, sus disposiciones no se aplican: "[...] a los agentes de las misiones diplomáticas y consulares y sus miembros acreditados en Marruecos, con estatuto diplomático".

La legislación marroquí actual contempla varias sanciones por delitos relacionados con la migración. Estas sanciones están contenidas inicialmente en el Código Penal, cuyos artículos

317 y 325 castigan el incumplimiento de las medidas de residencia forzosa y medidas de seguridad.

La gran parte de esta nueva legislación migratoria se dedica a la represión de la migración ilegal (inmigración y emigración) (Khadija, 2004). Según el artículo 42, la entrada o intento de entrada sin documentos válidos y la estancia por un período más largo que el permitido respectivamente serán sancionados con una multa de 2.000 a 20.000 Dirhams (200 a 2.000 €) y/o prisión entre uno y seis meses.

La Ley n° 02-03 reprime con dureza la infracción del tráfico de personas, previendo tres tipos de sanciones: penales, judiciales y administrativas. Se prevén multas y penas de prisión de 10 a 15 años para quienes organicen o faciliten este tráfico; en este caso se refiere a funcionarios, miembros de las fuerzas de seguridad y empleados de empresas de transporte; y multas de 50.000 a 500.000 Dirhams (5.000 a 50.000 €) en caso de participación o asistencia a acciones de emigración irregular o inmigración. La pena puede llegar a los 15 a 20 años si se causa una incapacidad de la persona víctima de ese tráfico, y puede llegar hasta la cadena perpetua si dicho tráfico provoca la muerte de las personas transportadas (artículo 51) (Khachani, 2006).

Por su parte, los menores de edad y mujeres embarazadas acompañadas de sus hijos menores de edad no son considerados por la legislación marroquí como migrantes ilegales y no son castigados por su situación irregular. Así, el artículo 26 de la Ley n° 02-03 prohíbe, en sus apartados 7 y 8, la expulsión del territorio marroquí de las: "[...] mujeres extranjeras embarazadas y los menores extranjeros".

2.3. Críticas a la Ley 02-03. Los límites de la legislación migratoria marroquí.

Esta Ley ha recibido fuertes críticas, tanto desde las organizaciones de la sociedad civil nacionales como por parte de las organizaciones

disposición también es válida para los extranjeros presentes en Marruecos de acuerdo con los artículos 4, 24 y 36 de la

Ley N° 02-03 de entrada y estancia de extranjeros en el Reino Marruecos y de emigración e inmigración irregulares.

internacionales de derechos humanos, por su carácter represivo hacia la inmigración “irregular” y las lagunas en la protección de las personas migrantes.

Entre los informes más críticos a nivel nacional se encuentra el documento conjunto publicado en julio de 2013, por el CNDH, la DIDH y la Oficina de Rabat de la OIM, que sugieren varias recomendaciones al Gobierno de Marruecos.

El Informe del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de Naciones Unidas (2013) incluye un conjunto de observaciones finales sobre la nueva política migratoria marroquí.

En este sentido, observamos que esta nueva disposición parece responder, al menos en parte, a presiones exteriores cuyos fundamentos corresponden al ámbito de la seguridad, y se inscribe en una coyuntura internacional y regional que da prioridad a la dimensión de la seguridad en detrimento de la de los derechos humanos. La opción por la seguridad de este texto legal aparece en diferentes artículos, argumentado las medidas adoptadas por la amenaza a la seguridad y el orden público²⁵. Esta idea se expresa de forma recurrente en los artículos 4, 16, 17, 21, 25, 27, 35, 40 y 42. El texto no hace referencia en ningún momento a los derechos políticos, económicos y sociales de los extranjeros: libertad de expresión y de opinión, de adscripción sindical, derecho a la salud, derechos establecidos en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

Esta Ley supone una contradicción con dicha Convención, recogida en la Resolución 45/15 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la que Marruecos fue uno de los primeros países firmantes, el 14 de junio de 1993, y que sigue siendo, en Derecho internacional, una de las principales referencias en esta materia.

La Convención garantiza a todos los trabajadores migrantes, con o sin papeles, derechos destinados

a protegerlos frente a cualquier forma de abuso y, en particular, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, el derecho a la igualdad con los autóctonos y el derecho a la propiedad, la protección frente a la violencia, la libertad de salir del país, medidas de protección en el momento de la expulsión, el respeto de los derechos en caso de arresto y de persecución penal, así como el derecho a la reparación en caso de arresto y detención ilegales (Khachani, 2006).

En efecto, la nueva legislación marroquí de extranjería ha transformado la emigración en una infracción y prevé numerosas disposiciones represivas, asimismo otorga más poderes a las fuerzas de seguridad y alimenta la discriminación, supone una base legislativa y legal para reforzar el control de las fronteras del país (Comisión española de ayuda al refugiado, 2013).

Cabe resaltar que esta Ley hace escasa mención a las modalidades de emigración regular, no recoge derechos para los inmigrantes marroquíes en situación irregular en países foráneos, y pone en marcha pocos dispositivos para proteger a los migrantes de abusos y de injusticias administrativas en el territorio nacional (Khadija, 2004).

Según Perrin (2008) la Ley de 2003 no considera la estancia de los migrantes como indicativa de una voluntad de permanencia y de instalación en el territorio nacional sino como manifestación de un tránsito con miras a entrar en Europa.

De la misma manera, la nueva Ley de extranjería marroquí reglamenta por primera vez la expulsión de los extranjeros. La expulsión puede ser determinada por la Administración cuando se estima que la presencia de un extranjero en el territorio marroquí constituye una amenaza grave para el orden público. Sin embargo, la noción de orden público no es precisa, lo que deja un amplio margen de interpretación y puede vulnerar los derechos de los migrantes. El extranjero objeto de una decisión de expulsión o de reconducción a la frontera es, según la norma, enviado al país del

²⁵Nos encontramos con el concepto de “orden público” en muchos artículos de la Ley 02 03. Esta idea parece haber reemplazado la famosa frase *Koloma min chaänihi*, cuyo

significado literal es “todo lo que es susceptible”, utilizado a menudo en este texto, lo que deja la puerta abierta a una interpretación amplia por parte de la Administración.

que tiene la nacionalidad, al país donde se le otorgó documentación válida para viajar, o bien a un país donde es legalmente admisible.

Por otra parte Marruecos no considera a los migrantes subsaharianos como trabajadores y no les aplica la Convención apuntada, a pesar de que muchos especialistas consideren que la misma también se aplica a los migrantes que salen de su país para encontrar trabajo.

Marruecos dejó de pertenecer a la Organización de la Unidad Africana desde 1984 por el problema de Sáhara, pero en teoría sigue estando ligado a la Convención de la OUA, que rige los aspectos propios a los problemas de los refugiados en África porque nunca la ha denunciado oficialmente. Cuando se confirmó con su solicitud de reingreso en la Organización 32 años después de la fecha de su retirada, en el 27^a cumbre de la Unión Africana celebrada el 16 de julio de 2016 en la capital ruandesa Kigali, a la que Marruecos acudió con una nutrida representación encabezada por el monarca. Sin embargo, la Organización debería hacer mayores esfuerzos para garantizar la aplicación en la práctica de esta Convención.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la aplicación de la legislación sobre los extranjeros por los tribunales administrativos está limitada en la mayoría de decisiones a la inmigración "irregular". Así la jurisprudencia del Tribunal Supremo disponible en materia de derechos de los extranjeros se limita generalmente a las apelaciones contra las decisiones de denegación de la expedición de la tarjeta de residencia. La complejidad de los procedimientos judiciales y el obstáculo de la lengua oficial utilizada en los tribunales, complican la situación del extranjero y no le otorga el derecho a defenderse, en ausencia de asistencia judicial.

Y también la complejidad del proceso y los procedimientos para la concesión de asistencia jurídica provoca dificultades para los migrantes para conseguir una defensa real o simplemente para tener acceso a la justicia o para hacer frente a situaciones de emergencia.

A pesar de que la Ley 02-03 garantiza en algunas de sus disposiciones la posibilidad de que el

extranjero utilice algún tipo de defensa, pudiendo citar al respecto:

“Artículo 4: [...] Los extranjeros a los que se deniegue la entrada tendrán derecho a advertir de ello, o a hacer que se advierta de ello, a la persona con la que hayan indicado que iban a permanecer, al consulado de su país o al abogado de su elección. [...]

Artículo 23: El extranjero que sea objeto de una decisión de traslado a la frontera podrá, en las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, solicitar la anulación de dicha decisión al Presidente del Tribunal Administrativo, en su calidad de Juez de Sala.[...] El extranjero podrá solicitar al Presidente del Tribunal Administrativo o al delegado de éste la intervención de un intérprete y la comunicación del expediente que contenga los documentos en base a los cuales se ha adoptado la decisión.[...] El extranjero contará con la asistencia de su abogado, si lo tiene. Podrá solicitar al Presidente o al delegado de éste la designación de un abogado de oficio. [...] A partir de la notificación de la decisión de traslado a la frontera, el extranjero podrá advertir de ello, de inmediato, a un abogado, al consulado de su país o a una persona de su elección. [...]

Artículo 34: [...] Se informará inmediatamente al extranjero, por medio de un intérprete, en su caso, de sus derechos. [...]

Artículo 36: Durante el tiempo de permanencia del extranjero, el Fiscal del Reino deberá desplazarse al lugar, verificar las condiciones de la estancia y acceder al registro contemplado en el último apartado del artículo 35 anterior”.

En este sentido, evocamos algunos casos presentados a los jueces en algunos tribunales marroquíes en los que no se contó con la presencia de un abogado que asumiese la defensa del extranjero afectado. Son los asuntos, por ejemplo, James Vincent, Omoruyi Kenneth, Sinissia Juan, o Demersseman Malika ante la Primera Instancia de Khemisset, en cuyas sentencias no se hace

ninguna mención a la presencia de un abogado (Khrouz, Ouardi y Rachidi, 2009).

2.4. Más instrumentos nacionales relacionados con la Ley de migración en Marruecos

2.4.1. El nuevo Código de Trabajo de Marruecos

En el ámbito del Derecho laboral, el empleo de trabajadores extranjeros está regulado por el capítulo V del Código de Trabajo, conforme a la Ley N° 65-99 de 11 de septiembre de 2003, que estipula en su artículo 516 que: "[...] todo empleador que desee contratar a un trabajador extranjero deberá obtener una autorización de la autoridad gubernamental encargada de las cuestiones de trabajo. Esta autorización se concederá en forma de visado estampado en el contrato de trabajo".

En virtud de las disposiciones del artículo 521 del Código de Trabajo, y a fin de proteger a los trabajadores extranjeros presentes en Marruecos, se imponen multas de entre 2.000 y 5.000 Dirhams a los empleadores que no obtengan la autorización prevista en el artículo 516, que contraten a trabajadores extranjeros sin dicha autorización, que contraten a trabajadores extranjeros cuyo contrato no se ajuste al modelo previsto en el artículo 517 o que infrinjan las disposiciones previstas en los artículos 518 y 519. El criterio para la concesión del visado para el contrato de trabajo de los extranjeros responde a un doble objetivo: por una parte, al interés por promover el empleo de la mano de obra marroquí y, por otra, dar respuesta a las necesidades del país en lo que se refiere a la competencia de extranjeros necesarias para el desarrollo de la economía nacional y a la garantía de los derechos de estos.

En el plano jurídico, la reglamentación en vigor, en particular el Decreto del Ministro de Empleo y Formación Profesional de 9 de febrero de 2005, exige la presentación de un certificado expedido por el Organismo Nacional de Promoción del Empleo y las Competencias Profesionales (ANAPEC), y su anexo de 25 de noviembre de 2005

dispensa a ciertas categorías de trabajadores extranjeros.

Cabe señalar asimismo que Marruecos está comprometido por convenciones de establecimiento con Argelia, Túnez y Senegal. Los residentes de esos países son tratados como nacionales.

2.4.2. La Ley de nacionalidad marroquí

El acceso a la nacionalidad marroquí está organizado por el Dahir n° 1.58.250, de 6 de septiembre de 1958, modificado por la Ley n° 62.06 promulgada por el Dahir n° 7.1.80 de 23 de marzo, 2007. El objetivo principal de esta reforma era establecer la igualdad entre mujeres y hombres dando a la madre marroquí el derecho a transmitir su nacionalidad a sus hijos habidos en un matrimonio mixto. Por lo tanto, el artículo 6 se ha completado de la siguiente manera: "[...] es marroquí, el niño nacido de padre marroquí o de madre marroquí".

La reforma del Código de la nacionalidad incluido en la citada Ley n° 62-06, se llevó a cabo en respuesta a las expectativas legítimas de todos los marroquíes y los ciudadanos afectados por este Código, incluyendo los marroquíes residentes en el extranjero.

Con respecto a la naturalización, el artículo 11 estipula que el extranjero que lo haya solicitado no puede ser naturalizado en caso de que no cumpla las siguientes condiciones:

- Tener una residencia permanente y regular durante los cinco años anteriores a la solicitud, y residir en Marruecos hasta que se haya adoptado una decisión sobre esta solicitud.
- Ser mayor de edad en el momento de presentación de la solicitud.
- Observar una buena conducta y moral y no haber sido condenado por delito grave, especialmente por actos que constituyen delito de terrorismo etc.
- Justificar el conocimiento suficiente de la lengua árabe.
- Tener medios económicos suficientes.
- Presentar un certificado médico que demuestre que está en buen estado de salud.

Esta última condición puede constituir una discriminación respecto a los minusválidos, en función de la interpretación que haga de la misma.

2.4.3. Disposiciones relativas a los refugiados en Marruecos

En lo que se refiere al marco normativo que regula la protección de las personas refugiadas, cabe señalar que Marruecos ratificó la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados el 7 de noviembre de 1956. El año siguiente, se aprobó el Real Decreto 5-57-1256 por el que se establecen disposiciones para la aplicación de la Convención de Ginebra y que encomienda la protección jurídica y administrativa de los refugiados a la Oficina de Refugiados y Apátridas (en adelante 'BRA', según sus siglas en francés). Con arreglo a su organización estructural, esta oficina se encuentra jerárquicamente bajo la dirección del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de Marruecos. El artículo 2 de este Real Decreto establece que la BRA reconocerá la condición de refugiado a toda persona que se encuentre bajo el mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR) o que cumpla con los criterios de la definición de refugiado conforme a lo estipulado en la Convención de Ginebra. Además, esta norma establece que la BRA deberá entregar los documentos identificativos necesarios para que las personas bajo este mandato puedan desarrollar las actividades comunes y ordinarias de la vida civil²⁶. Los derechos y deberes de los refugiados en Marruecos obedecen a las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1951, incluyendo los derechos económicos, sociales, culturales, la libertad de circulación y de residencia, en virtud del artículo 29 de la Convención.

Por otro lado, el último párrafo del artículo 30 de la Constitución precisa que: "[...] las condiciones de extradición y concesión del derecho de asilo están definidas por la ley" y que Marruecos dispone

de una legislación específica para refugiados y solicitantes de asilo, contenida en el Decreto n° 2-57-1256 de 29 de agosto de 1956 por el que se establecen las modalidades de aplicación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

En la práctica jurídica, en Marruecos se permite a los refugiados elegir entre integrarse jurídicamente en el país de asilo o regresar libremente a su país de origen o incluso solicitar su restablecimiento en otro país de asilo.

Así, es posible para los refugiados que residan durante cinco años en Marruecos solicitar la nacionalidad de acuerdo con el Dahir relativo al Código de nacionalidad. El jefe de la BRA, forma parte de la Comisión Nacional que resuelve las solicitudes de nacionalidad marroquí.

A pesar de los esfuerzos realizados en este tema, la legislación migratoria marroquí sigue siendo objeto de críticas, que hasta la fecha, ni el Real Decreto 5-57-1256 sobre protección de los refugiados, ni la Ley n° 02- 03 contemplan aspectos relativos al procedimiento de solicitud ni a la forma en la que la instrucción de casos de asilo debe realizarse. Estos graves vacíos normativos ponen de manifiesto las carencias del sistema que conducen a que desde la firma y ratificación por parte de Marruecos la Convención de Ginebra se ha mostrado completamente ineficaz en este Estado.

La inexistencia de un procedimiento eficaz ha provocado que, hasta el anuncio de la nueva política migratoria marroquí en 2013, sea el ACNUR quien se ha ocupado de 'registrar' a los solicitantes de asilo, determinar la condición de refugiado de conformidad con su mandato y emitir la documentación necesaria que acredita la condición de beneficiario de protección internacional.

Sin embargo los documentos expedidos por ACNUR no siempre constituyen una protección suficiente frente a las autoridades de Marruecos.

derecho de no expulsión sea el único al que pueden aspirar los solicitantes de asilo y los refugiados reconocidos en Marruecos.

²⁶Sin embargo, el estatuto de refugiado no da derecho a la obtención de una tarjeta de residencia, lo que impide trabajar en situación regular, acceder a la educación o a la salud pública o circular libremente; con lo cual parece que el

Por otro lado, la ausencia de un régimen de asilo en el Derecho nacional implica que las personas provistas de un documento identificativo de refugiado emitido por ACNUR tienen dificultades para conseguir un permiso de residencia o ver reconocido su derecho a trabajar²⁷.

Cabe señalar que Marruecos es parte en una serie de acuerdos internacionales que protegen los derechos de migrantes. A nivel internacional, se trata esencialmente de instrumentos de la ONU. A nivel regional, el marco normativo incluye principalmente los convenios y acuerdos celebrados en el marco de la Unión Europea o de instrumentos de la Liga Árabe y de la Unión del Magreb. Marruecos también ha firmado algunos acuerdos bilaterales en materia de trabajo y seguridad social, con el objetivo de proteger a sus nacionales residentes en el exterior.

Marruecos ha ratificado la mayoría de las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos, así como las relacionadas con los refugiados. En su calidad de miembro de diversas Organizaciones internacionales, ha ratificado también 62 convenios de la OIT que se aplican tanto a los nacionales como a los trabajadores extranjeros en Marruecos, lo que hemos mencionado anteriormente.

Marruecos ha firmado acuerdos en materia de migración con muchos países con el objetivo de proteger a los trabajadores marroquíes en el extranjero y para establecer las condiciones de contratación, trabajo y desplazamiento. También son acuerdos que garantizan la estabilidad a los trabajadores migrantes y protegen sus bienes en el país.

En el caso de Marruecos la firma de estos acuerdos fue en su mayoría con países europeos (Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, España, Italia, etc.), con los Estados del Magreb, con otros países

árabes y con países de África²⁸. Con respecto a las relaciones con los países de África subsahariana Marruecos ha hecho un progreso significativo en las áreas de colaboración, con programas de intercambio educativo o acuerdos comerciales y en términos de la migración.

2.5. El proceso de regularización: buena iniciativa como confirmación de la nueva política de Marruecos en el ámbito de la inmigración irregular

Marruecos, tradicionalmente un país de emigrantes, se ha convertido en receptor de la emigración subsahariana e, inclusive, de inmigrantes procedentes de Europa. Dado el grave problema que esta situación representa para el Estado, era necesaria la elaboración de una política global sobre la cuestión migratoria tras registrarse un considerable aumento de emigrantes subsaharianos y europeos.

En este sentido, Mohamed VI insistió en la necesidad de proceder a la regularización de la situación de estas personas en materia de residencia y las actividades que ejercen, del mismo modo que los emigrantes regulares de otras nacionalidades, incluidos los subsaharianos.

Por otra parte, el Consejo Nacional de Derechos Humanos –CNDH (2013) consideró en un informe presentado al soberano que es urgente una nueva política para tratar los graves problemas derivados de la migración, que rompa con las prácticas actuales con los inmigrantes procedentes de otros países y los establecidos en Marruecos, procedentes principalmente de países subsaharianos.

Tras la publicación del Informe del CNDH, el Gobierno marroquí anunció su voluntad de poner en marcha una nueva política migratoria. Marruecos, en una iniciativa sin precedentes,

VI está tratando de diversificar sus socios económicos y orientándose hacia los países del Golfo (que invierten cada vez más en Marruecos), China y el continente africano en general. En la última gira de rey Mohamed VI a muchos países africanos ha tenido varios aspectos positivos a la cuestión del Sahara y ganó grandes proyectos económicos en la región.

²⁷ Así se precisa en el *Projet d'appui du Système des Nations Unies à la Stratégie Nationale d'Immigration et d'Asile, Système des Nations unies au Maroc*, 14 de diciembre de 2015 -<http://www.un.org.ma/spip.php?article2314>-.

²⁸ Si en el siglo XX la política marroquí a nivel económico y de cooperación internacional estaba orientada casi exclusivamente hacia Europa, en los últimos años Mohamed

aprobó la regularización extraordinaria de inmigrantes que viven y trabajan en el país.

El proceso de regulación se inició el 1 de enero de 2014 y duró hasta el 31 de diciembre del mismo año. Según estimaciones oficiales se beneficiaron de estas medidas unos 15.000 subsaharianos, además de varios miles de extranjeros de otras nacionalidades, entre ellos centenares de españoles, que ocupan trabajos en la enseñanza privada, la construcción, los servicios, la hostelería, etc. Paralelamente se van a atender alrededor de 800 solicitudes de asilo y refugio avalados por la oficina de la ONU en Rabat.

La larga duración del proceso de implantación de la valiente apuesta marroquí en relación con el número de beneficiados, se explica, fundamentalmente, por que se desarrollará en un entorno y un contexto regional e internacional convulso y de gran complejidad, no sólo en lo que atañe al hecho migratorio en sí, sino debido también a la agitación política que se vive en todo el área mediterránea, en el Sahel y en África subsahariana. Debe considerarse también que el desarrollo de estas medidas tendrá numerosas repercusiones sociales, políticas y mediáticas en los países de las dos orillas del Mediterráneo.

En referencia al proceso de regularización, los últimos datos del Departamento de Anis Birrou (Ministro a cargo de los marroquíes residentes en el extranjero y los asuntos de migración) muestran la regularización de más de 18.000 migrantes en las 83 oficinas abiertas para este fin en diferentes regiones del Reino. Estos migrantes provienen de 112 países. El desglose por nacionalidades muestra que los solicitantes de la tarjeta procedentes de Senegal supusieron el 24,15% de las solicitudes. El segundo país de procedencia es Siria con un 19,2%. Más tarde vienen Nigeria (8,71%), Costa de Marfil (8,35%), Guinea (5%), Mali (4%), Camerún (4%), Filipinas (3%), República Democrática del Congo (3%). Otros detalles provenientes de la misma fuente señalan que 12 prefecturas y provincias absorbieron el 82% del total de solicitudes. Se trata en concreto de Rabat (6.932), Hay Hassani (2.824), Fez (2.520), Oujda-Angad (2.204), Tánger-Asilah (1.955), Ain Sebaa

Hay Mohammadi (1.447), Casablanca-Anfa (1.063) Sale (1.005), Marrakech (887), Laayoune (688), Oued Ed-Dahab (661) y Inezgane Ait Melloul (465) (Saad, 2016).

Los criterios para solicitar la regularización fueron criticados por las organizaciones de derechos humanos alegando que añadían más obstáculos a los trámites en este tema. Entre estos requisitos, recogidos en el siguiente cuadro, se contemplaban: la residencia en Marruecos durante 5 años, las razones humanitarias o de enfermedad y 2 años de matrimonio con nacional marroquí.

A los seis meses de su inicio, la operación recibió más críticas de diversas organizaciones, denunciando que según cifras oficiales del mes de junio de 2016, solamente se resolvieron favorablemente 2.812 solicitudes de 16.000 presentadas. A finales de junio de 2014 se puso en marcha la Comisión Nacional de Seguimiento y Recurso con el fin de supervisar el proceso de regularización para mejorar su desarrollo y al mismo tiempo reexaminar aquellas solicitudes que fueron denegadas. La puesta en marcha de esta Comisión, así como la presión ejercida por las organizaciones de la sociedad civil hicieron que se mejorasen algunos aspectos, incrementándose el porcentaje de reconocimiento. A 2 de diciembre de 2014, de 22.917 solicitudes presentadas se aceptaron positivamente el 46% (10.603).

En febrero de 2015, el Ministro Delegado de Interior anunció que 17.916 solicitudes de un total de 27.332 fueron resueltas favorablemente, la mayoría de mujeres. Según el Ministro todas las solicitudes presentadas por mujeres y niños habrían sido resueltas favorablemente. Un total de 116 nacionalidades se habrían beneficiado de este proceso entre las cuales la más numerosa fue la senegalesa (Comisión Española de ayuda al refugiado - CEAR, 2015).

De hecho, a pesar de los signos positivos de la nueva política de migración marroquí, las organizaciones de la sociedad civil apuntan a la persistencia de los abusos, la violencia y el trato degradante de la policía marroquí contra los migrantes irregulares, especialmente en las afueras de Rabat, Oujda, Nador, Ceuta y Melilla. Así

que el fin del proceso vino acompañado de una fuerte represión y persecución por parte de las autoridades marroquíes hacia las personas migrantes “no regularizadas”.

Proceso de regularización	
Senegal	6.600
Siria	5.250
Nigeria	2.380
Costa de Marfil	2.281
Otras nacionalidades	1.405
Total	17.816

Fuente: CNDH et déclaration de Mr le Ministre des affaires migratoires devant la chambre des représentants en date du 2 décembre 2014.

El 10 de febrero de 2015, las fuerzas de seguridad auxiliares marroquíes (en adelante ‘FSA’) desalojaron de forma violenta los campamentos en el monte Gurugu cerca de la frontera con Melilla. Estas redadas se repitieron en los días posteriores al 13 de febrero extendiéndose a la ciudad de Nador y alrededores. Según señalaron organizaciones de la sociedad civil como GADEM (Grupo Antiracista de acompañamiento y Defensa de los Extranjeros y Migrantes) y CCSM (Colectivo de Migrantes Subsaharianos en Marruecos), al menos 1.200 personas fueron detenidas arbitrariamente en la región de Nador y al menos 800 de ellas fueron conducidas a centros de retención improvisados en 18 ciudades diferentes del Sur de Marruecos, a donde fueron trasladadas en autobuses. Entre ellas se encontraban menores de edad, mujeres embarazadas, solicitantes de asilo y personas que habían presentado su solicitud al proceso de regularización pero no habían recibido respuesta²⁹.

3. CONCLUSIÓN

Llegamos a la conclusión de todo lo que hemos mencionado que Marruecos ha experimentado

todo tipo de migración: interna e internacional, voluntaria e involuntaria, individual y colectiva, legal e ilegal. Ya no sólo constituyen una región de emigración, inmigración y tránsito, sino también de destino de muchos inmigrantes.

Por eso Marruecos fue elegido como el mejor modelo entre los países de la región (el Magreb) en términos de abordar el fenómeno de la migración en todos sus aspectos, a pesar de una serie de deficiencias y dificultades. La aprobación de la Ley n° 02-03 en 2003 sobre Entrada y estancia de extranjeros en Marruecos, emigración e inmigración irregulares puso fin a un vacío jurídico en la materia. Con ese instrumento normativo Marruecos se dotó de un marco jurídico moderno, conforme a sus compromisos internacionales, y dio respuesta a una nueva situación, en la que Marruecos se convierte en un lugar de tránsito y destino cada vez más privilegiado de inmigrantes procedentes de otros países del Magreb, subsaharianos e incluso europeos.

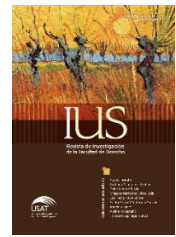
También Marruecos es el primer país magrebí en iniciar el proceso de regularización en principio de 2016; lo que debe verse como una buena iniciativa para confirmar la nueva política del país en el ámbito de la inmigración irregular. La iniciativa de las autoridades marroquíes, saludada por las organizaciones de la sociedad civil, es única entre los países de la zona, mostrando el camino a sus vecinos norteafricanos y, de paso, también la España. Con ella han mostrado habilidad política, en primer lugar para con sus ciudadanos, sobre todo los que formamos parte de la diáspora, en segundo lugar con los propios inmigrantes de terceros países que optan por instalarse en Marruecos y en tercer lugar, con los Estados amigos, socios y con todos los que comparten estos problemas, particularmente la Unión Europea, los países subsaharianos y del África occidental.

²⁹ En un comunicado del AMDH y GADEM (Grupo Antiracista de acompañamiento y Defensa de los Extranjeros y Migrantes) se denuncian las violaciones y las detenciones de migrantes cometidas el 16 de febrero 2015. ACNUR

Marruecos en un mensaje enviado a Amnistía Internacional confirmó que mediante contacto directo con ONG’s había identificado 14 solicitantes de asilo entre los detenidos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aboussi, M. (2011). La nueva política migratoria marroquí ante retos de transnacionalismo y codesarrollo. *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, (10).
- Barros, L.; Lahlou, M.; Escoffier, C.; Pumares, P. and Ruspini, P. (2002). *L'immigration Irregulière Subsaharienne à Travers et Vers le Maroc*. Geneva, Italia: ILO.
- Belguendouz, A. (2009). *Le Maroc et l'Im (é)migration, Quelles politiques, Quelles institutions, Quelle citoyenneté*. Rabat, Maroc: Imprimerie Beni Snassen.
- Charef, M. (2014). *Regularización de inmigrantes y nueva política de inmigración en Marruecos*. Madrid, España: Fundación Ciudadanía y Valores
- Chigueur, M. (1997). L'émigration marocaine vers l'Europe: fluctuation et perspective. *Cahier du Centre d'Etude sur les Mouvement Migratoire Maghrébins* (5).
- Chaudier, J. (2013). Le Maroc compte 10 fois moins d'étrangers que la France, Yabiladi. Recuperado de <https://www.yabiladi.com/articles/detail/s/19770/maroc-compte-fois-moins-d-etrangers.html>.
- Khachani, M. (2006). La emigración subsahariana: Marruecos como espacio de tránsito". *Documentos CIDOB, Serie Migraciones* (10).
- Khadija, E.M. (2004). La nouvelle Loi sur l'immigration: des apports et aussi des limites". *Magazine marocain*, Homme (mars).
- Khadija, E.M. (2004). Les migrants et leurs droits au Maghreb avec une référence spéciale à la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants. *Rapports par pays sur la ratification de la Convention des Nations Unies sur les droits des migrants* (9).
- López, A.M. (2004). Las dinámicas migratorias en el Marruecos actual. *Nova Africa* (14).
- Khrouz, N.; Ouardi, A.; Rachidi, H. (2009). *Le cadre juridique relatif à la condition des étrangers au regard de l'application du pouvoir exécutif et de l'interprétation du juge*. Janvier: Maroc: Gadem.
- Khrouz, N. (2013). *La pratique judiciaire marocaine du droit des étrangers: praxéologie juridique et politique relative aux droits des étrangers subsahariens au Maroc*. Thèse de science politique sous la direction de DUPRET B., Science politique, laboratoire PACTE – Université de Grenoble, Grenoble.
- Perrin, D. (2008). L'étranger rendu visible au Maghreb – La voie ouverte à la transposition des politiques juridiques migratoires européennes. *Revue ASYLON(S)*.



RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN ESPAÑA. APUNTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN ACTUAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Santiago Cañamares Arribas¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 1 de octubre de 2017

Aceptado el 19 de marzo de 2018

Palabras clave:

Neutralidad religiosa del Estado

Libertad religiosa

Derecho español

Cooperación Estado–confesiones religiosas

RESUMEN

Hasta la entrada en vigor de la Constitución, el modelo constitucional de relaciones Iglesia–Estado se caracterizó, salvo algunas breves excepciones, por la confesionalidad católica. Bajo el actual régimen constitucional se ha instaurado un régimen de laicidad positiva que viene enmarcado por el principio de cooperación entre el Estado y las confesiones y que sirve, a su vez, como garantía de la libertad religiosa.

Relations between the state and religious confessions in Spain. Historical notes and current regulation in the light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights

ABSTRACT

Before the current constitutional regime, the Church–State relations system was characterized by Catholic confessionalism. The approval of the Spanish Constitution brought a new model of Church–State relations that has been defined as positive secularism, framed by the principle of cooperation between the State and the religious denominations which serves as a guarantee of religious freedom.

Keywords:

State's religious neutrality Keywords2

free exercise of religion

Spanish Law

State–religions cooperation

1. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS

Desde los inicios del constitucionalismo español, el modelo de relación entre el Estado y el fenómeno religioso se caracterizó, salvo puntuales excepciones, por la confesionalidad católica del Estado, que quedó definitivamente superada con la Constitución de 1978.

De entrada, en España, al contrario de lo que ocurrió en otros países de nuestro entorno, la

aparición del Estado liberal no tuvo como efecto la instauración de un régimen de separación entre Iglesia y Estado. De hecho, la Constitución de Cádiz (1812), declaró en su artículo 12 que “La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege con Leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.

¹ Doctor en Derecho. Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid. sca@der.ucm.es

La primera excepción a esta tendencia se encuentra en la Constitución de 1869, donde no se contenía ninguna alusión expresa a la confesionalidad del Estado. No obstante, su artículo 21 seguiría afirmando “la obligación del Estado de mantener el culto y los ministros de la religión católica”. Al mismo tiempo se garantizaba la libertad religiosa de españoles y extranjeros “sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho”.

Pocos años después, la Constitución de 1876 volvería a proclamar la confesionalidad católica en su art. 11 donde se reconocía que “La religión católica, apostólica, romana, es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros.” Curiosamente, aunque se disponía que nadie será molestado por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana, no se permitían otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado.

Este modelo confesional se mantendrá hasta la II República española, cuya Constitución de 1931 proclamó en su art. 3 que “el Estado español no tiene religión oficial”. La libertad religiosa fue objeto de reconocimiento dispar pues, por una parte, quedaba suficientemente garantizada a nivel individual en su art. 27, mientras que cabía apreciar una actitud de hostilidad, inconciliable con la laicidad, frente a su dimensión colectiva, ya que su art. 26 dispuso la disolución de aquellas órdenes religiosas que impusieran un voto de obediencia a autoridad distinta de la del Estado (Compañía de Jesús), y a las demás, se les prohibió ejercer la industria, el comercio, la enseñanza, y se les declaró incapaces para adquirir más bienes que los dedicados al cumplimiento directo de sus fines. Con la Dictadura franquista (1939–1975) se volvió a la confesionalidad católica. De un modo contundente, la Ley de Principios del Movimiento Nacional (1958) declaró que la legislación nacional se adaptaría a la doctrina de la “Santa Iglesia católica, apostólica y romana, única y verdadera y

fe inseparable de la conciencia nacional”. Quizá el ejemplo más claro de este paralelismo se encuentra en la aprobación en 1967 de la Ley de Libertad Religiosa, donde se contenía un reconocimiento formal de esta libertad, como consecuencia del reconocimiento de la libertad religiosa como derecho humano en la Declaración *Dignitatis Humanae* de 1965 (Blanco, 1999).

La vigente Constitución (1978) proclama en su artículo 16 el derecho de libertad religiosa de individuos y comunidades sin más limitación en sus manifestaciones exteriores que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. Al mismo tiempo, su apartado tercero proclama tanto la aconfesionalidad del Estado bajo la lacónica expresión de que “ninguna confesión tendrá carácter estatal” como el principio de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas, afirmando que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas”.

Permítanme que me refiera ahora, separadamente, a cada uno de estos aspectos.

2. LA LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD RELIGIOSA

Sobre el derecho de libertad religiosa, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, en su dimensión interna, “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, y asimismo, “esta libertad... incluye también una dimensión externa de *“agere licere”* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”. Más en concreto, la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”²

² Por todas, Sentencia TC 24/1982, de 13 de mayo, fundamento jurídico 1.

Coincide con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que distinguiría dentro de la libertad religiosa entre el *“forum internum”* que tendría un carácter

El contenido del artículo 16 de la Constitución ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 5/1980, de Libertad Religiosa (Boletín Oficial del Estado, 1980). Este texto ha gozado de un indiscutible reconocimiento jurídico en el ámbito nacional e internacional. Su reconocimiento en el ámbito nacional responde a dos fundamentales razones. En primer lugar, al amplio consenso que llevó a su aprobación, que contó con 294 votos a favor cinco abstenciones y ningún voto en contra (Ciaurriz, 1984) y, en segundo lugar, al acierto del legislador de elaborar una ley abierta que permite su adaptación a las distintas circunstancias que el ejercicio de la libertad religiosa ha venido planteando desde su aprobación hasta la actualidad. En lo que se refiere al reconocimiento internacional, es fácil constatar cómo el vigente texto ha tenido una influencia directa sobre los modelos de relación entre el estado y las confesiones religiosas en Latinoamérica y en algunos países europeos (González, 2013; Cole Durham, 2006).

A la hora de valorar la oportunidad de esta norma, creo que resulta prudente dirigir la mirada hacia los modelos y las experiencias de otros estados de nuestro entorno. En el ámbito europeo, el modelo portugués –tributario en buena medida del español– se caracteriza por una legislación pormenorizada del libre ejercicio de la religión, donde también se contempla la cooperación estatal con las confesiones religiosas por vía de Acuerdo, si bien, con un margen de actuación reducido dada la regulación general contenida en la Ley.³

El modelo portugués contrasta con el modelo italiano, caracterizado por la ausencia de una

legislación de desarrollo del derecho de libertad religiosa, a pesar de los numerosos intentos de aprobación que se han sucedido desde los años 90 hasta la actualidad. Comoquiera que resulta necesario un sustrato normativo que permita articular el modelo paccionado de relaciones iglesia–estado previsto en la Constitución italiana, se ha mantenido la vigencia de la ley de cultos admitidos de 1929,⁴ que a pesar de haber sido aprobada en un contexto político y legislativo enteramente diferente al que alumbró la Constitución de 1947 sigue operando como marco regulatorio de la posición de las confesiones minoritarias en Italia, en tanto en cuanto no hayan firmado un acuerdo (*intesa*) con el Estado (García-Pardo, 1999).

A la vista de estos modelos, debemos plantearnos hasta qué punto resulta necesario en el ordenamiento jurídico español la existencia de una ley de desarrollo de la libertad religiosa, sobre todo, teniendo en cuenta, como ha reseñado nuestro Tribunal Constitucional en innumerables ocasiones, que los derechos fundamentales son directamente aplicables, sin que sea necesario para su ejercicio su previo desarrollo legislativo⁵. Sin duda, en lo que se refiere al desarrollo de la dimensión individual de la libertad religiosa el contenido de la Ley Orgánica puede considerarse más contingente ya que las condiciones de su ejercicio vienen marcadas por el juego conjunto de los artículos 16 y 10 de la Constitución que remiten a los textos internacionales de derechos humanos para precisar su contenido y límites, señaladamente los textos de la Organización de las Naciones Unidas⁶ y el Convenio Europeo de Derechos⁷.

absoluto, en tanto se identifica con la libertad de creer o no creer y de cambiar de religión, y el “*forum externum*” que resultaría esencialmente limitable en tanto viene referido a la manifestación externa de las convicciones religiosas. Sobre esta doctrina, Murdoch (2012)

³ Lei 16/2001, da *Liberdade Religiosa*, de 22 de Junho.

Sobre el contenido de esta norma García (2013), Llamazares (2002).

⁴ *Legge 24 giugno 1929, n.1159, Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi.*

⁵ Sentencia TC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 14.

⁶ Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y, en general, la Declaración sobre Eliminación de todas las formas de discriminación basadas en la religión o en las convicciones (1981)

⁷ El derecho de libertad religiosa aparece recogido en el Art. 9 del Convenio. Un estudio sobre los límites al ejercicio de este derecho en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede verse en Martínez (2003).

En cambio, su aportación más trascendental se proyecta sobre las confesiones religiosas, ya que define su posición jurídica en nuestro Derecho, dotándolas de una personalidad jurídica específica frente a las propias del derecho común – asociaciones y fundaciones– que se adquiere mediante su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, previsto en el artículo 5 de la citada Ley Orgánica⁸.

Entre los rasgos definitorios de esta personalidad se encuentra la plena autonomía doctrinal y organizativa frente al Estado y la posibilidad de firmar acuerdos de cooperación por aquellas confesiones que han obtenido el reconocimiento del notorio arraigo en España.⁹ Este diferente tratamiento jurídico viene justificado porque, como declaró el Tribunal Constitucional en su Sentencia 46/2001, de 15 de febrero, la propia formulación constitucional de la libertad religiosa permite afirmar que las confesiones no se identifican necesariamente con las asociaciones a que se refiere el art. 22 de la Constitución.¹⁰

Conviene aclarar, en este momento, que cuando un grupo goza de personalidad jurídica a través de alguna de las modalidades del derecho común, la denegación de la inscripción de una entidad religiosa en el Registro de Entidades Religiosas no entraña necesariamente una vulneración de su derecho de libertad religiosa colectiva,¹¹ salvo que se trate de una decisión injustificada, en cuyo caso se traduciría en un obstáculo que menoscaba el ejercicio en plenitud del derecho fundamental de libertad religiosa del que son titulares los sujetos colectivos, ya sea en orden a que se les reconozca

formalmente una organización y régimen normativo propios, ya en lo concerniente a las manifestaciones externas en que se proyectan sus convicciones o creencias religiosas.¹²

En este punto, conviene recordar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual la negativa de las autoridades de un Estado a reconocer personalidad jurídica –cualesquiera que sean sus rasgos– a una confesión religiosa entraña una vulneración de la libertad religiosa y del derecho de asociación reconocidos, respectivamente, en los artículos 9 y 11 del Convenio, en tanto de la falta de inscripción se deriva la imposibilidad de ejercer libremente las actividades propias del grupo religioso.¹³ En todo caso, el juego conjunto de estos derechos presenta un alcance mayor ya que protege la autonomía de la comunidad religiosa frente a cualquier injerencia arbitraria del Estado. Como señaló el Tribunal en *Hassan y Chauch v. Bulgaria* (2000)¹⁴, si la organización de la vida de la comunidad no estuviera protegida todos los demás aspectos de la libertad de religión del individuo estarían debilitados.

3. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA LAICIDAD DEL ESTADO

En lo que se refiere a la aconfesionalidad del Estado, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han tratado de ir perfilando progresivamente el contenido de este principio. La bibliografía jurídica es muy abundante y sería excesivamente tedioso dejar constancia en estas páginas de todas las aportaciones.¹⁵ Más

⁸ Decreto 594/2015 (BOE de 1 de agosto de 2015). Sobre el contenido de esta norma reglamentaria puede verse Mantecón (2015)

⁹ El artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa dispone lo siguiente: “El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, acuerdos o convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos acuerdos se aprobarán por ley de las Cortes Generales.”

¹⁰ Fundamento jurídico quinto.

¹¹ Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia TEDH Ejército de Salvación (Delegación de Moscú) v.

Rusia, de 5 de octubre de 2006; también Sentencia TEDH Iglesia metropolitana de Besarabia y otros v. Moldavia, de 13 de diciembre de 2001.

¹² Sentencia TC 46/2001, de 15 de febrero, fundamento jurídico 9

¹³ Sentencia I.M.B. ap. 129–130

¹⁴ Sentencia TEDH Hassan y Chauch v. Bulgaria, de 26 de octubre de 2000.

¹⁵ A título ilustrativo de la muy abundante bibliografía sobre esta cuestión, cabe citar: Palomino, R. (2014); Ollero, A. (2005); Navarro–Valls, R. (2003); Viladrich, P.J., Ferrer, J. (2007); López, M. (1996); Llamazares, D. (1999); Roca, M. (2005); Suárez, G. (2006).

abarcable resulta, en cambio, extractar la doctrina sentada sobre su contenido y consecuencias por el máximo intérprete de la Constitución.

Creo que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cabe deducir dos grandes ideas. De una parte, que su razón de ser está en propiciar el ejercicio, en las mismas condiciones, del derecho de libertad religiosa por parte de los individuos y los grupos. Así, lo ha puesto de manifiesto, en diversas ocasiones, al señalar que la laicidad constituye una garantía de la libertad religiosa de todos.¹⁶ Y, de otra parte, que debe ser interpretada en clave positiva.¹⁷ No en vano, el artículo 9.2 de la Constitución ordena a los poderes públicos llevar a cabo actividades para garantizar que la libertad y la igualdad –también religiosas– de los individuos y grupos sean reales y efectivas. De ahí se deduce –como puso de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional–¹⁸ que la posición del Estado ante el fenómeno religioso no puede verse satisfecha con una actitud meramente abstencionista.

Es interesante destacar, en este punto, la sentencia 154/2002, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional, donde sostiene que la laicidad comporta la doble exigencia de la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado, y de la cooperación entre Iglesia y Estado.¹⁹

En efecto, nuestra Constitución exige de los poderes públicos la toma en consideración de las creencias religiosas de la sociedad para establecer las consiguientes relaciones de cooperación con las confesiones religiosas. El principio de cooperación constituye, sin duda, un elemento esencial para la adecuada comprensión de la laicidad en Derecho español que supera una concepción reduccionista en términos de estricta separación entre el Estado y las confesiones.

De esta forma, el espacio público debe ser un lugar de convergencia del fenómeno religioso. Resulta, por ello, claro que las manifestaciones religiosas pueden y deben tener lugar en el ámbito social y público, presidido por la laicidad de los poderes públicos. En consecuencia, se debe rechazar cualquier interpretación que preconice una laicidad como ausencia de cualquier manifestación religiosa del ámbito público. Lo que no permite, simplemente, la neutralidad religiosa del Estado es la identificación o el respaldo gubernamental a determinadas creencias religiosas por encima o en detrimento de las demás.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha mostrado preferencia por alguno de los distintos modelos de relación entre el Estado y las confesiones religiosas que se pueden identificar dentro de los cuarenta y siete estados que conforman el Consejo de Europa, donde existen estados confesionales – Reino Unido, Grecia, etc.– junto a otros que han optado por modelo de separación estricta –Francia– pasando por aquellos que, como es el caso de España, Portugal e Italia, se han decantado por una separación entendida en términos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas.

Como tuvo ocasión de indicar la Gran Sala en la Sentencia Leyla Sahín v. Turquía, se trata de una cuestión que entra dentro del margen de apreciación que corresponde a cada uno de ellos quienes, en consecuencia, pueden definir sus propios perfiles, atendiendo a consideraciones de tipo histórico, cultural, sociológico, etc., que resultarán legítimos en tanto no repercutan negativamente en el libre ejercicio de la religión de los ciudadanos y grupos religiosos²⁰. De esta manera, quedan descartados modelos laicistas donde el Estado asume una posición de beligerancia frente al fenómeno religioso que se traduciría en obstáculos indebidos al libre ejercicio

¹⁶ Sentencia TC 340/1993, de 16 de noviembre, fundamento jurídico. 4 En similares términos se expresó el Auto 180/1996, de 21 de febrero, fundamento jurídico 2.

¹⁷ Sentencia TC 101/2004, de 2 de junio, fundamento jurídico 3.

¹⁸ Sentencia TC 46/2001, de 15 de febrero, fundamento jurídico 4.

¹⁹ Sentencia TC de 2 de junio de 2004, fundamento jurídico 3.

²⁰ Sentencia TEDH Leyla Sahín, de 18 de marzo de 2011, ap. 109. Sentencia TEDH Izzetin Dogan de 26 de abril de 20016, aps. 161–163.

de la religión por parte de sus legítimos titulares. De la misma manera, excederían su margen de apreciación aquellos estados que instauraran un modelo de confesionalidad material que se tradujera en discriminaciones indebidas para aquellos que profesen una religión distinta de la del Estado.

4. LA REALIDAD DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN

Quizá el mayor exponente de la laicidad positiva en España lo constituyen los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones. A través de ellos se consigue adaptar el régimen jurídico general previsto en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa a las características de cada una de ellas. Conviene recordar que la firma de Acuerdos está limitada a aquellas confesiones religiosas que, por su ámbito y número de creyentes, hayan alcanzado notorio arraigo en España. Conviene advertir, en este punto, que el reconocimiento del notorio arraigo por la Administración no atribuye a la confesión religiosa un derecho a la firma de acuerdos, ya que el Estado dispone de un cierto margen de discrecionalidad para valorar la oportunidad política de su firma con una confesión religiosa determinada.

En este sentido, desde posiciones minoritarias se ha llegado a defender la conveniencia de prescindir de estos acuerdos, por entender que responden a un paternalismo del poder público respecto a las confesiones religiosas que, en la actualidad, resulta superado debido, de un lado, a la consolidación del modelo constitucional y, de otro, a un cambio en las circunstancias que rodean a la realidad española, entre las que se destacan el multiculturalismo y la progresiva secularización de la sociedad (Fernández-Coronado, 2009). Según esta posición, lo que demanda la nueva realidad social es una cooperación entendida como un “simple canal de desarrollo de derechos fundamentales”, de forma que cuando sea preciso armonizar los puntos de fricción entre el derecho estatal y el derecho confesional –referidos a

contenidos imprescindibles para la plena realización de los derechos fundamentales de los fieles– lo más oportuno resultaría acudir a la legislación unilateral o a otros instrumentos que han empezado a tener entrada en nuestro Derecho, como la Fundación Pluralismo y Convivencia (Ciaurriz, 2008).

A mi juicio, los vigentes acuerdos han sido –y continúan siéndolo– instrumentos adecuados de desarrollo de la Ley Orgánica de libertad religiosa, por medio de los cuales, se ha intentado atender las particularidades de los distintos grupos confesionales, determinando lo particular y específico que se puede reconocer a cada confesión (Viladrich; Ferrer, 2004).

Partiendo de esta premisa, las sospechas de una hipotética desigualdad entre confesiones quedan difuminadas al recordar que igualdad no es sinónimo de uniformidad. Así lo ha subrayado la doctrina científica en abundantes ocasiones, poniendo de relieve que una innovación normativa, por vía de acuerdo, al beneficiar a unas, no necesariamente va en detrimento de otras. Por el contrario, si por un acuerdo queda beneficiada una confesión o iglesia determinada, eso no quiere decir que las otras confesiones queden perjudicadas (Fornés, 2009).

A mayor abundamiento, cabe recordar la reiterada doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de junio, según la cual “la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad pretendida”²¹.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Savez Crkava v. Croacia* (2010)²² puso de manifiesto que la conclusión de acuerdos entre el Estado y una comunidad religiosa estableciendo un régimen jurídico particular para ella no contraviene el principio de igualdad y no discriminación religiosa, siempre y

²¹ RTC 1981/22, fundamento jurídico 3

²² Sentencia TEDH *Savez Crkava*, de 9 de diciembre de 2010.

cuando responda a una justificación objetiva y razonable y no se impida la firma de acuerdos similares a otros grupos religiosos que puedan estar interesados. Dicho de otra manera, lo que impide la igualdad religiosa es que el Estado emplee la firma de acuerdos como un elemento de discriminación entre confesiones religiosas. Paralelamente, se debe tener en cuenta, siguiendo la doctrina de la Corte contenida en la sentencia *Religionsgemeinschaft*, que la firma de acuerdos con las confesiones religiosas en condiciones de igualdad se vincula también con el principio de laicidad, ya que el deber de neutralidad de las autoridades estatales en el ejercicio de sus competencias en la materia supone que todos los grupos tengan la posibilidad de disfrutar de la misma posición jurídica y que los requisitos establecidos a tales efectos sean aplicados de manera igualitaria.²³

5. CONCLUSIONES

Hace algunos años se abrió en España un debate acerca de la modificación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa con el objetivo de hacer avanzar la laicidad. Se trataba de una justificación un tanto preocupante en tanto trasladaba la idea de que ésta debe condicionar el libre ejercicio de la religión, cuando debe ser justo a la inversa.

La promoción de la laicidad resulta un objetivo loable en un Estado de Derecho, por su apuntada repercusión sobre una mayor libertad religiosa. Sin embargo, al tratarse de realidades distintas – un derecho fundamental y un principio informador de la actuación del Estado en materia religiosa – deben encontrar cauces de realización diferentes.

La experiencia acumulada a lo largo de más de treinta años de vigencia del modelo de relaciones Estado-iglesias han puesto de manifiesto la necesidad de introducir algunas mejoras que posibiliten un ejercicio más pleno y eficaz de la libertad religiosa por parte de los ciudadanos y de las confesiones. Algunas ya se han implementado

como por ejemplo la sujeción al procedimiento administrativo del reconocimiento del notorio arraigo a las confesiones religiosas.²⁴ Otras, en cambio, siguen pendientes. Entre ellas, se podría aludir a cuestiones de financiación de las confesiones religiosas, la precisión del estatuto jurídico de los ministros de culto o un mejor desarrollo del derecho a la asistencia religiosa.²⁵

Por todo ello podemos afirmar que el modelo actual se asemeja a un árbol que ha producido junto a frutos espléndidos también madera seca. Ante esto un determinado sector pedirá talar el árbol y plantar un nuevo modelo de relación, caracterizado por una concepción estricta de la separación. Otro reclamará dejarlo intacto. Frente a ambas posturas es posible un compromiso: podarlo, esto es, corregir algunas de sus imprecisiones, de suerte que se conserve el tronco y se posibilite el nacimiento de ramas nuevas que traigan, a su vez, mejores frutos.

BIBLIOGRAFÍA

Blanco, M. (1999). *La primera ley española de libertad religiosa: la génesis de la ley de 1967*. Pamplona, España: Eunsa.

Cañamares, S. (2010), Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Oportunidad y Fundamento de una Reforma. *Ius Canonicum*, Vol. 50.

Ciáurriz, M. J. (2008). *La Fundación Pluralismo y Convivencia*, en ÁLVAREZ, A. C., RODRÍGUEZ, M. (Coords.) *Aspectos del régimen económico y patrimonial de las confesiones religiosas*. Granada, España: Ed. Comares.

Ciáurriz, M. J. (1984). *La libertad religiosa en el Derecho español. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*. Madrid, España: Ed. Tecnos.

Cole durham, W. (2006). *La importancia de la experiencia española en las relaciones Iglesia-Estado para los países en transición*, en AA.VV.

²³ Sentencia TEDH, de 30 de junio de 2008, ap. 92.

²⁴ El reconocimiento del notorio arraigo de las confesiones religiosas está regulado en el Real Decreto 593/2015, de 3 de julio.

²⁵ Sobre los aspectos susceptibles de mejora en la actual Ley Orgánica de Libertad Religiosa, me remito a mi trabajo Cañamares, S. (2010). También, Martínez, (2009).

Estado y religión en la Constitución española y en la Constitución europea. Granada, España: Ed. Comares.

Fernández, A. (2009). Sentido de la cooperación del estado laico en una sociedad multirreligiosa. *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, N° 19.

Fornés, J. (2009). Consideraciones sobre la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, con sus perspectivas de futuro. *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, N° 19.

García, R. (2013). La Ley de Libertad Religiosa portuguesa, *Derecho y Religión*. N° 8.

García, D. (1999). *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia.* Madrid, España: Ed. CEPC.

González, M. (2013). Las leyes de libertad religiosa española y portuguesa y su influencia en las leyes y en algunos proyectos de ley de libertad religiosa latinoamericanos. *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*- N° 32.

Llamazares, D. (2002). Portugal: Ley de Libertad Religiosa, 2001. *Laicidad y Libertades.* Escritos jurídicos. N° 2.

Llamazares, D. (1999). *A vueltas con la laicidad. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte.* Castellón, España: Diputación de Castelló. Volumen 2.

López, M.; Goti J. (1996). Valores religiosos y Constitución en una sociedad secularizada. *Secularización y laicidad en la experiencia*

democrática moderna San Sebastián, España: Librería Carmelo.

Mantecón, J. (2015). Breve nota sobre el nuevo Real Decreto sobre el Registro de Entidades Religiosas. *Ius Canonicum*.

Martínez, J. (2009). La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, veintiocho años después, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, N° 19.

Martínez, J. (2003). Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 2.

Navarro, R. (2003). Los Estados frente a la Iglesia. *Estado y Religión*, Ed. Ariel.

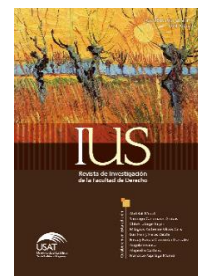
Ollero, A. (2005). *España ¿un Estado laico?* Madrid, España: Civitas.

Palomino, R. (2014). *Neutralidad del Estado y espacio público*, Navarra, España: Ed. Aranzadi.

Roca, M. (2005). Teoría y práctica del principio de laicidad del Estado. Acerca de su contenido y función jurídica. *Persona y Derecho*.

Suárez, G. (2006). *La Laicidad en la Constitución española. Estado y religión en la Constitución Española y en la Constitución Europea.* Granada, España: Ed. Comares.

Viladrich, P. J.; Ferrer, J. (2004). Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español. FERRER, J. (Coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona, España: Ed. Eunsa.



LA FIGURA DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN LAS LEGISLACIONES EUROPEAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA “PENA” DE PROBATION

Chloé Lafarge Turpín ¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 1 de octubre de 2017

Aceptado el 19 de marzo de 2018

Palabras claves:

Suspensión de la ejecución de la pena

Reinserción social

Derecho europeo

Pena privativa de libertad

RESUMEN

El presente trabajo se propone estudiar la configuración de la figura de la suspensión en el ámbito europeo. Con este fin, se hace hincapié en primer lugar en las dos instituciones pioneras que condujeron a la definición de sus contornos legales actuales: la *probation* y el *sursis*. A continuación, se hace especial referencia a la figura de la *probation* autónoma, una pena en “vía de desarrollo” en el conjunto del espacio europeo y que, probablemente, podría pasar a constituir en la próximas décadas una potente herramienta de individualización de la pena de cara a imponer al delincuente la respuesta judicial más susceptible de favorecer su reeducación y reinserción social.

THE FIGURE OF THE SUSPENSION OF THE EXECUTION OF THE PENALTY ON THE EUROPEAN LEGISLATIONS. SPECIAL REFERENCE TO PROBATION PENALTY

ABSTRACT

Keywords:

Suspension of the penalty execution

Imprisonment

Social reintegration

European law

The aim of this article is to study the configuration of the penalty suspension in the european area. In order to complete this target, we insist, first of all, on the two pioneers institution that lead to its actual definition : the probation and the « sursis ». Then, we make a reference to the « autonomous» probation, a « developing penalty » in various european countries that could be, in the next decades, a powerful tool of individualization of the penalty in order to impose on the offender the judicial answer more susceptible to stimulate his social rehabilitation.

¹ Doctora en Derecho. Universidad de Zaragoza, España. lafarge.turpin@gmail.com

1. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN EUROPA: FIGURAS PIONERAS

En primer lugar, cabe insistir en que el estudio del régimen de suspensión de la ejecución de la pena en la legislación de los países europeos supone el de las dos figuras pioneras que condujeron a la definición de los contornos legales de la suspensión de la pena, el de la probation y el belga-francés del sursis. Se trata de los dos mecanismos que, a pesar de haberse desarrollado de forma bastante distinta, introdujeron en la legislación de numerosos países la posibilidad de suspender la pena de prisión de corta duración.

1.1. *Probation y sursis*

El primer uso de la probation se fijó en Boston, en 1841, cuando un artesano llamado John Augustus se levantó ante un Tribunal para ofrecerse para prestar fianza y supervisar a un hombre acusado de embriaguez común (Maqueda, 1985). Sin embargo, Maqueda (1985) afirma que en el año 1820, ciertos magistrados de Warwickshire, en Inglaterra, ya habían implementado una práctica propiamente probatoria, al someter a varios delincuentes que tenían bajo su control a un régimen de prueba y vigilancia². Este intento empezó a reiterarse a partir del año 1841, cuando algunos jueces de Inglaterra y Estados Unidos pasaron a autorizar la libertad de condenados, bajo ciertas condición y vigilancia, con el fin de evitar los efectos negativos de la prisión (Maqueda, 1985; Araújo, 2009). De tal modo “que estas prácticas se constituyeron en factores históricos embrionarios, que permitieron desarrollar la idea de vigilancia y, consecuentemente, el instituto de la probation” (Araújo, 2009, p. 233). Casi 30 años más tarde se dio el siguiente paso al aprobar en

1869 el estado de Massachusetts, un estatuto con la provisión de un agente estatal para investigar casos de niños sometidos a prueba ante los tribunales. Sin embargo, la probation solo adquirirá su “moderna estructuración y desarrollo” (Maqueda, 1985, p. 50) a finales del siglo XIX con “The Massachusetts Statute on Probation” en 1878 y el “Summary Jurisdiction Act” inglés en 1897.

Entrado ya el siglo XX, esta institución ya empezó a ser recogida y desarrollada en los sistemas norteamericanos e ingleses, dando lugar a la aparición del régimen de prueba conocido hoy en día como modelo anglosajón, mientras que paralelamente, iba emergiendo en Europea el que iba a ser el otro gran sistema de referencia en materia de probation, el sursis.

En primer lugar, es importante señalar que, a pesar de constituir estas dos instituciones las “creaciones jurídicas pioneras” (Araújo, 2009, p. 229) que hicieron posible la suspensión de la pena de prisión de corta duración, también existen otros sistemas que se acercan a estas dos opciones. Así, Cobo y Vives (1991) afirman que existen otras figuras similares “en cuanto a sus resultados, pero diferentes en orden a su naturaleza” (p. 851), como la amonestación con reserva de pena (Verwarnung mit Strafvorbehalt). También mencionan instituciones que se aproximan a esos sistemas, como la dispensa de pena, el perdón judicial o la compensación, que según Cobo y Vives (1991) representan “auténticas causas de exclusión de la pena” (p. 851). Por lo que respecta a la amonestación con reserva de pena alemana, se trata de una forma de suspensión de fallo (Araújo, 2009) mediante la cual se “reconoce la culpabilidad del acusado, pero se suspende la imposición de la

² Maqueda (1985) afirma que “en todo caso, no puede ignorarse su presencia, ya iniciado el siglo XIX, como exigencia indispensable para el “tratamiento en libertad” de pequeños infractores y jóvenes delincuentes. Un sector minoritario de la doctrina señala en 1820 el ensayo de una práctica propiamente

probatoria a instancia de ciertos magistrados de Warwickshire (Inglaterra) que procedieron a aplicar un estricto régimen de vigilancia sobre los delincuentes que tenían bajo su competencia, para lo cual disponían de un registro de personas de confianza a las que asignar esa misión” (p. 50).

pena, recibiendo el autor una advertencia” (Prat, 2004, p. 40). En el caso de delinquir el sujeto dentro de los tres años siguientes a esta advertencia, se le impondrá una multa, pudiendo también fijarse algunas condiciones. Se trata no obstante de una figura prevista para delitos castigados con pena de multa y no con prisión (Serrano, 1999). En cuanto a la figura española de suspensión, cabe recordar que el Proyecto de Código penal de 1980 introducía en sus artículos 91 y siguientes, la suspensión de fallo. Se trataba entonces de dejar al órgano jurisdiccional la posibilidad de dictar la sentencia suspendiendo el fallo (Gracia y Alastuey, 2006), por un periodo de dos a cinco años. Para Serrano (1999), este mecanismo se acercaba sin duda a la condena condicional, puesto que, durante el plazo establecido, la suspensión estaba condicionada a que el sujeto, bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria y observando determinadas reglas de conducta, no volviera a delinquir. De esta forma, una vez cumplido el plazo señalado respetando las condiciones impuestas, no constaría en nombre del culpado ningún antecedente penal. Sin embargo, esta suspensión del fallo, de inspiración anglosajona (Gracia y Alastuey, 2006) no fue retenida ni en el proyecto de 1980 ni el Anteproyecto de Código Penal de 1983, al optar el legislador por la remisión condicional. Afirmó así Serrano (1999) que “los mayores problemas se refirieron a la mala educación de nuestro sistema procesal a esa especie de doble instancia que parece presuponer la suspensión del fallo: de un lado, el pronunciamiento de la culpabilidad y, de otro, el pronunciamiento de la condena” (p. 291).

1.1.1. El sistema anglosajón

Rasgos específicos

Tal y como mencionamos en el apartado anterior, una de las principales características de esta

institución consiste en que a pesar de ser reconocida la responsabilidad penal del sujeto por el juez u órgano sentenciador, no se pronuncia la sentencia, siendo sometido el sujeto a un periodo de prueba vigilado. En consecuencia, si el delincuente cumple con las condiciones establecidas por el Juez, la pena jamás será pronunciada (Jescheck y Weigend, 2003). Gracias y Alastuey (2006) afirman al respecto que:

“el Juez o Tribunal, una vez que haya declarado la culpabilidad del encausado, interrumpe el proceso, no pronunciando la sentencia ni imponiendo en consecuencia la pena en la misma, a fin de someter al reo a un periodo de prueba; durante este periodo el sujeto está obligado a la observancia de las reglas de conducta que le haya fijado el Juez o Tribunal y queda sometido a la vigilancia y tutela de los delegados de prueba; en el caso de que el reo no haya delinquido durante ese periodo de prueba, el Juez o Tribunal no dictará nunca la sentencia y, por ello, no le queda al reo ningún antecedente penal” (p. 295)³.

Otra peculiaridad de este sistema consiste en que se puede reconocer y declarar la culpabilidad del delincuente en momentos distintos. Una vez que el sujeto ha sido declarado culpable, es decir constatada la culpabilidad, Núñez (2005) explica que:

“el juez suspende el pronunciamiento de la condena e impone una serie de “obligaciones” o “cargas” de carácter educacional o resocializador al imputado que éste deberá observar durante un determinado periodo de tiempo, aunque bajo el control, dirección y asistencia, bien del propio Tribunal, bien del “agente de prueba” (probation officer). Transcurrido el

³ En el mismo sentido, J. Barquín (citado en Araújo, 2009).

periodo de tiempo predeterminado, el reo debe comparecer de nuevo ante el tribunal, que a la vista del cumplimiento o no de las condiciones que se establecieron, acuerda dejar sin efecto la condena o pronunciamiento del fallo” (p. 706).

Así, esta diferenciación procesal permite al juez valorar si el simple reconocimiento de la culpabilidad del sujeto es suficiente para alcanzar efectos preventivos-especiales, sin necesidad de pasar por la aplicación de una pena de prisión (Araújo, 2009; Marín (2000). Efectivamente, Araújo (2009) recuerda que:

“se considera que la mera declaración de culpabilidad puede ser más eficaz que la propia amenaza de una pena. Por este motivo, la pena solo se impondrá al delincuente en el caso de que no aproveche las posibilidades de resocialización que se le ofrecen” (p. 235).

También hace falta mencionar aquí la peculiaridad de algunos territorios de Estados Unidos en los que la probation puede sustituir el reconocimiento de la culpabilidad con el fin de evitar las consecuencias nocivas de la condena (Núñez, 2005). En ese sentido, Núñez (2005) señala que:

“el juez puede suspender el pronunciamiento de la condena o ejecución de la pena, aunque este último sistema no se aplica en la práctica en cuanto es considerado contrario a la finalidad esencialmente resocializadora de la probation, ya que impone al delincuente el estigma de la condena y le carga con unos

antecedentes penales que pueden dificultar su rehabilitación” (p. 740)⁴

Vemos entonces que estas características no se asemejan al procedimiento común europeo en el que la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena suelen aparecer unidos.

1.1.2. *Determinación y contenido*

En primer lugar, la probation se caracterizará por la imposición, durante un determinado periodo de tiempo, de condiciones y reglas de conducta destinadas a favorecer la reinserción social del delincuente. Se podrá tratar de condiciones muy variadas, adaptadas al sistema jurídico de cada Estado (Maqueda, 1985).

En segundo lugar, una de las dimensiones más relevantes de esta medida es sin duda la de control y vigilancia, una labor que forma parte integrante del sistema de probation “desde su aparición en el contexto político penal y que hacen aún hoy de ella una medida funcional respecto de las estructuras características del sistema socio-económico y político actual” (Maqueda, 1985, p.229). Se trata de una tarea que, según Marín (2000), es “imprescindible para concretar la reinserción del delincuente en la sociedad, ya que es por medio de estas acciones que se lleva a cabo el tratamiento necesario a la recuperación del criminal” (p. 744). En esta óptica, se desarrollarán actividades como “la de vigilancia, de asistencia y de orientación al inculcado con el fin de que pueda superar los problemas que se presenten durante su readaptación social” (Marín, 2000, p. 744), informándose al órgano jurisdiccional de forma regular “acerca de la evolución del reo y de los resultados de la prueba” (Araújo, 2009, p. 238).

⁴Este autor hace referencia, además, a una “diversidad de matices probatorios complementarios de imposición facultativa de reglas de conducta en el Proyecto de 1980 y de prognosis en el Propuesta de 1983, que parece acercarse, aunque tímidamente, a las disposiciones legislativas de los países continentales tales como el sursis del Derecho francés, con

imposición de règles de conduite del Derecho suizo, o la Strafaussetzung zur Bewährung del Derecho alemán, en cuanto que dichas disposiciones establecen “instrucciones”, “obligaciones” o “reglas de conducta”, con la supervisión, ayuda o asistencia del agente de prueba”.

Esta labor de control y vigilancia constituye la diferencia más importante y más substancial (Judel y Piñol citado en Suárez, 2002) entre el sistema anglosajón y, como detallaremos a continuación, el sistema de sursis. Desempeña un papel imprescindible y deberá ser llevada a cabo por un profesional especializado: el agente de prueba o “probation officer”, que establecerá un contacto profesional, personal y neutral (Maqueda, 1987) con el penado con el objetivo de guiarle mediante una relación de confianza hacia una reinserción social definitiva (Maqueda, 1987). Este seguimiento se aleja mucho de simples diligencias policiales o para-policiales destinadas a la comprobación de buena conducta durante el periodo de prueba (Araújo, 2009). El control y la vigilancia se convierten así en “significativas formas de tratamiento” (Araújo, 2009, p. 238), “una interferencia directa y firme en la personalidad, en el modo de vida y en el sentido moral del culpado” (Maqueda, 1987, p. 231). La vigilancia adquiere aquí “la dimensión precisa que se espera de ella, la de un “tratamiento fundado sobre las ciencias sociales y psicológicas y practicado conscientemente como una actividad profesional” que se ejerce dentro de un cuadro de control gradual” (Araújo, 2009, p. 239).

Por fin, también será necesaria la emisión de un pronóstico sobre la viabilidad o no de realizar un tratamiento, una característica que pone sin duda de manifiesto la dimensión individualizadora de la probation (Araújo, 2009). Así, toda decisión de probation deberá ir precedida por un análisis riguroso, de carácter científico, social, psicológico y médico (Maqueda, 1987) que posibilite la clasificación del sujeto en una categoría criminológica establecida, lo que se conoce como “diagnosis”, para sobre esta base “emitir el juicio de pronóstico correspondiente y, respecto del cual, la opción de probation se hará depender de

la decisión “científica” acerca de la necesidad o no de tratamiento” (Maqueda, 1987, p. 232).

En cuanto a la valoración de este sistema, amplio es el sector doctrinal que se muestra favorable a la implantación del modelo anglosajón de probation. Sin embargo, algunos autores matizan esta voluntad al afirmar que este sistema presenta varios problemas específicos. De allí que, según Barquín (2007):

“aspectos tales como la indeterminación legal de las condiciones a imponer, así como el peso excesivo que puede tener en la valoración del periodo de prueba el delegado de probation constituyen una importante traba a la hora de implantar dicho sistema en ordenamientos jurídicos donde el principio de legalidad constituye una barrera formalmente infranqueable” (p. 237).

Por el contrario, no consideramos que el papel acordado al agente de probation sea incompatible con el principio de legalidad. Este funcionario informa al juez con frecuencia acerca del desarrollo del periodo de prueba y de la evolución personal del penado. Se trata entonces de una labor de seguimiento bastante elaborada, que cuenta con una estrecha colaboración entre el órgano jurisdiccional y el personal social y educativo responsables de la ejecución de las medidas. El hecho de que el juez conozca en profundidad la situación del delincuente, generalmente fiable en razón de la buena formación de los agentes, y pueda adaptar la duración y forma de ejecución del periodo de prueba a esta realidad no nos parece en absoluto un obstáculo a la legalidad de la medida. El juez sigue determinando el contenido de la pena y el trabajo desempeñado por los agentes de probation solo contribuye a hacer más efectiva la individualización de la pena.

En suma, el sistema anglosajón de probation merece una valoración positiva, al procesar firmemente la individualización de la pena y favorecer el cumplimiento de los fines preventivos especiales de la pena (Gracia y Alastuey, 2006; Maqueda, 1987; Judel y Piñol citado en Suárez, 2002; Araújo, 2009). La figura del probation officer constituye sin duda, a nuestro modo de ver, el futuro de toda medida de suspensión o alternativa a la pena de prisión, al constituir un apoyo imprescindible y un eficaz intermedio entre las instituciones sociales y jurisdiccionales. Finalmente, también es de alabar el hecho de que esta medida no limite el ejercicio de los derechos políticos y laborales y evite que consten antecedentes en nombre del penado (Maqueda, 1987).

1.2. El sursis belga-francés

Antes de interesarnos por las diferencias sustanciales existentes entre la medida de sursis y el sistema anglosajón de probation, cabe aquí hacer referencia a sus aspectos y fines comunes. Efectivamente, ambos “se proponen instrumentalizar las condiciones legales necesarias con el fin de evitar los efectos negativos de la pena de prisión” (Araújo, 2009, p. 243) a la vez que constituyen herramientas de “lucha frente a las penas cortas de privación de libertad” (Maqueda, 1985, p. 56). Según Maqueda (1985), el sursis o suspensión condicional:

“no presentaba una fisonomía idéntica a la probation cuando apareció en Europa. Probablemente su único punto de enlace era la finalidad común que, en un principio, inspiraba a ambas: sustraer el ambiente criminógeno de la prisión a una determinada categoría de delincuentes” (p. 55).

Aunque pretendan alcanzar fines idénticos, el sursis se diferencia del sistema anglosajón en

varios aspectos. En primer lugar, en el marco de una medida de sursis, el órgano jurisdiccional dictará el veredicto de culpabilidad del delincuente para imponerle su consecuencia jurídica, es decir, la pena privativa de libertad. Así, se suspenderá luego la ejecución de una pena ya impuesta (Gracia y Alastuey, 2006) y no el fallo, como sería el caso en el sistema anteriormente estudiado. Según palabras de Jescheck y Weigend (2003), “no solo es comprobada la culpabilidad, sino que también se falla la pena a imponer, aunque su ejecución es suspendida condicionalmente” (p. 87). De esta forma, si el penado no vuelve a delinquir en el plazo de suspensión establecido la pena originalmente impuesta será definitivamente remitida. En segundo lugar, en el sursis simple, no es frecuente la imposición de reglas de conducta o condiciones distintas de no volver a delinquir (Jescheck y Weigend, 2003). La vigilancia y el seguimiento del penado no son entonces características propias del sursis.

La principal diferencia entre los dos sistemas estudiados reside entonces en el hecho de que en la probation se interrumpen el pronunciamiento de la sentencia y la imposición de la pena mientras que en el sursis se suspende la ejecución de la pena (Araújo, 2009). Maqueda (1985) pone así de manifiesto que la declaración de culpabilidad y el pronunciamiento de la sentencia son uno de los elementos que “definen el sursis continental y permiten distinguirlo, en una primera aproximación, de instituciones afines, tales como la probation anglo-americana (suspensión de la sentencia condenatoria y no solo de la pena)”. Este sistema tendrá entonces como consecuencia la permanencia de antecedentes penales tras el cumplimiento del plazo de suspensión, lo que será “decisivo a efectos de una posterior reincidencia; durante el periodo de prueba, el reo no goza de ninguna asistencia ni se le dispensa ningún tratamiento” (Gracia y Alastuey, 2006, p. 300).

La tendencia actual en el continente europeo (Araújo, 2009) consiste en optar por un modelo híbrido, que consiste generalmente en suspender la pena y someter el condenado a prueba (Araújo, 2009). Este modelo mixto supone la:

“suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba, en el que se pretende compensar con uno las carencias del otro. Se trata de la solución imperante en el Derecho continental europeo que, si bien coincide prácticamente con el modelo del sursis simple, se diferencia de ésta en que, al igual que hace la probation, otorga a los jueces la posibilidad de someter el condenado, aparte de a la obligación de no delinquir, a otros tipos de deberes o de controles que el sujeto suspendido también deberá cumplir durante un determinado periodo de suspensión fijado en sede judicial si quiere ver finalmente remitida su pena” (J. Barquín citado por Araújo, 2009, p. 244).

No obstante, el análisis de la legislación de los países europeos también nos llevó a constatar que varios de ellos configuran la probation como una pena y no como una alternativa a la pena privativa de libertad derivada de la suspensión de la pena o de su fallo. El análisis comparado de la configuración de esta figura nos permitió poner de manifiesto sus principales características.

2. LA MODERNA “PENA” DE PROBATION: CONFIGURACIÓN

La figura de la probation considerada como pena ya es de aplicación en varios países europeos. Antes de proceder al examen de la legislación de cada uno de ellos, intentaremos destacar los principales rasgos de un modelo general.

En primer lugar, cabe insistir en que la pena de probation se configura como una medida “autónoma” que no depende ni se apoya en una

pena de prisión. No existe esa “espada de Damocles” (Tournier, 2013) que, como en el caso de la suspensión, puede ser ejecutada si el penado comete un nuevo ilícito penal o vulnera una de las reglas de conducta o medidas impuestas por el juez. De esta forma, solamente se articula alrededor de un periodo de prueba realizado en la comunidad (Tournier, 2013) y constituye una pena más entre las ya existentes en el ordenamiento jurídico. Tal y como afirmó la jurista francesa Dindoh (2011), en el momento de la introducción de esta pena en la legislación francesa:

“sería muy interesante que una persona pudiera ser condenada a una medida de probation disociada de la pena de prisión y que la no ejecución de la medida constituya otro delito, de la misma forma que se imponen condenas por no realizar un trabajo en beneficio de la comunidad o por fugarse en el caso de cumplir una pena de prisión. Cuando un penado se fuga de la cárcel, parece lógico que vuelva a ser condenado. Cuando no cumplen las medidas impuestas por la probation, se trata de otro tipo de evasión, ¿por qué no volver a ser condenado?” (p. 14).

La no ejecución o quebrantamiento de las medidas inherentes a la pena conduce así a una nueva comparecencia ante el juez que decide acerca de las nuevas obligaciones, prohibiciones o pena a imponer.

Por otra parte, la configuración de la pena de probation no suele ser sinónima de la desaparición de las figuras alternativas a la prisión como la suspensión o la sustitución de la pena. Tal y como veremos a continuación, sistemas penales como el del Reino Unido, incluyen la pena de probation así como varias modalidades de suspensión, incluso la suspensión del fallo. Somos conscientes de que un abanico tan amplio de respuestas penales necesita una rigurosa regulación de sus requisitos de

aplicación y que parece imprescindible limitar la arbitrariedad del juez haciendo corresponder cada figura a perfiles criminológicos bien delimitados. La elección entre dos instituciones cercanas, como podrían ser por ejemplo la pena de probation y la suspensión del fallo, resultaría compleja en ausencia de criterios de concesión claros y bien fundamentados, dirigidos obviamente a obtener los mejores efectos preventivo–generales. A pesar de esta exigencia, concordamos aquí con un amplio sector doctrinal según el cual la suspensión tanto de la ejecución de la condena como del fallo podría coexistir con esta nueva forma de probation, reservándose las primeras para infracciones de mayor gravedad (Dindoh, 2011; Tournier, 2013; Dintilhac, 2013; Bouvier, 2013). La probation autónoma constituye así una posibilidad de mayor individualización de la pena a la vez que permite ampliar y afinar las distintas respuestas penales ya existentes en el ámbito de los delitos menos graves.

Tomando como referencia la situación penitenciaria de Francia, Tournier (2007) afirmaba que:

“las penas privativas de libertad representan el 55% de las sanciones pronunciadas. Sin embargo, el 63% de estas penas se suspenden. De esta forma, la cárcel constituye la pena de referencia sin serlo (suspensión) y siéndolo a la vez (riesgo de revocación)” (p. 3)⁵.

En este contexto, este autor hacía hincapié en el hecho de que la pena de probation podría sustituir la pena de prisión en numerosos supuestos y proponía entonces su introducción en la legislación francesa afirmando que su aplicación podría representar por lo menos 1/3 de las penas y superar las penas de prisión (20%). Consideraba

así que ciertas infracciones castigadas en aquel momento con una pena privativa de libertad podían ser objeto de la nueva probation y que esta pena permitiría acercar la legislación penal francesa a lo preconizado por el Consejo de Europa, haciendo pasar el porcentaje de “sanciones aplicadas en la comunidad” del 18% al 40% (Tournier, 2007). Opinamos aquí que el uso de la pena de probation puede efectivamente contribuir a la disminución del número de condenas a pena de prisión. Si viene acompañada, por ejemplo, de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, esta pena puede alcanzar una capacidad preventiva general alta y un poder preventivo–especial más eficaz que la pena de prisión. Se podría así disminuir la cantidad de delitos susceptibles de ser castigados con la cárcel y esperar la obtención de mejores indicios de no reincidencia. No se trata entonces de reducir el número de ingresos en prisión a través del aumento de las concesiones de suspensión o sustitución de la pena de prisión sino mediante la disminución de la posibilidad de imponerla. En suma, la regulación de la pena de probation permite limitar la lista de delitos castigados con la pena de prisión y no supone la introducción de un mecanismo alternativo más, destinado a contrarrestar sus efectos nocivos. A nuestro modo de ver, su uso conjunto con instituciones como la sustitución o la suspensión permitiría el logro de mejores resultados en el ámbito de la prevención especial.

En cuanto al plazo de cumplimiento de la pena de probation, suele fijarse en el momento de su imposición y no es susceptible de volver a sufrir ninguna modificación antes de su finalización (Tournier, 2013). En función de la naturaleza de la infracción cometida y de la situación y circunstancias personales del sujeto, la probation

⁵Ver capítulo V, relativo al carácter preventivo general y especial del TBC.

podrá suponer la imposición de distintas reglas de conducta, se trate de obligaciones, como por ejemplo la de someterse a un tratamiento médico o a una actividad de interés general, de prohibiciones, como la de acercarse a un determinado lugar o a una determinada persona, la de practicar ciertas actividades o de medidas de vigilancia, tanto físicas como electrónicas (Tournier, 2013). Estas condiciones, determinadas por el órgano jurisdiccional, podrán, a diferencia de la duración del periodo de prueba, verse modificadas durante la ejecución de la medida (Dindoh, 2011; Torunier, 2013; Dintilhac, 2013; Bouvier, 2013). Se plantea entonces aquí la delicada cuestión del correcto reparto de las competencias en cuanto a la determinación de las modalidades y objetivos de seguimiento del penado. En este contexto, Bishop (2012) aseguró que:

“un criterio esencial de la severidad de las sanciones es el grado de intrusismo, de intervención, permitido por el Estado en la vida del delincuente. Existen diferencias en el nivel de intervención en la vida del delincuente entre las distintas sanciones aplicadas en la comunidad. Comparen, por ejemplo, el trabajo en beneficio de la comunidad y la libertad vigilada bajo control telemático. En consecuencia, a mi modo de ver, el Tribunal debe decidir a la vez acerca de la duración de la sanción y de su naturaleza y para poder tomar tales decisiones, es necesario poder disponer de un informe pre-sentencia. Este mecanismo es el recogido por la regla 31 de las Reglas europeas relativas a las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad (R92/16). El informe pre-sentencia puede

basarse en una evaluación de los riesgos, es lo que se lleva a cabo en Suecia, desde hace varios años”.

Al contrario, otras voces se elevan para explicar que con el fin de asegurar “una real individualización de la pena, la jurisdicción solo fijará la duración del periodo de prueba. El agente de probation, tras evaluar la situación personal del sujeto, será el competente para determinar los objetivos y las modalidades del seguimiento. A partir de las propuestas realizadas por el agente, la autoridad judicial se pronunciará acerca de eventuales restricciones de libertad”⁶. A nuestro modo de ver, tal y como desarrollamos en el anterior epígrafe, la fuerte implicación del agente de probation en la determinación del contenido de la pena no supone ninguna vulneración del principio de legalidad, hace posible un seguimiento eficaz del penado así como la imposición por parte del juez de una medidas de ejecución del periodo de prueba más adaptadas a sus circunstancias personales. Estamos de acuerdo con Bishop (2012), al considerar que el Tribunal es el encargado de definir tanto la duración de la sanción como su contenido. Sin embargo, esta definición deber ser el resultado de una colaboración estrecha y continua con los servicios sociales y no de un único informe pre-sentencia, a menudo elaborado en un corto periodo de tiempo e insuficiente para plasmar la situación personal, laboral y social del penado.

Por lo que respecta al quebrantamiento de las condiciones de probation, las distintas legislaciones estudiadas coinciden en que el sujeto tendrá que volver a comparecer ante el Juez que impuso la medida. Este último podrá modificar el contenido de la sanción inicialmente impuesta o imponer otra de distinta naturaleza, que podrá

⁶ Comunicado del XXVII Congrès du Syndicat national de l'ensemble des personnels de l'administration pénitentiaire, Paris, diciembre de 2012.

consistir en una pena de prisión. No obstante, a diferencia de lo que ocurriría en el marco de la probation o de la suspensión ordinaria, esta última se impondrá por presentar un supuesto interés de cara a la reinserción social del individuo y no por defecto, al revocarse la suspensión de una pena ya pronunciada o al reanudarse un proceso interrumpido. Se tratará de examinar las causas de la vulneración de las condiciones impuestas y de actuar conforme con las necesidades del delincuente. El hecho de que no haya sido capaz de someterse a las características de la medida de probation no significa que la pena de prisión será adaptada y más eficaz para alcanzar su reinserción social.

Por otra parte, parece que esta configuración como “pena” se acerca al concepto de probation contenido en la normativa europea, en particular la Recomendación del Consejo de Europa de 20 de enero de 2010. Esta última describe la probation como “la ejecución en medio abierto de sanciones y medidas definidas por ley y pronunciadas contra el autor de una infracción”. Consiste así en “una serie de actividades e intervenciones que suponen el seguimiento, consejo y apoyo con el fin de reinsertar socialmente al autor de la infracción y de contribuir a la seguridad colectiva”. En esta óptica, la recomendación fija las características del proceso de supervisión de los infractores que se materializará mediante distintas fases. Así, con el fin de analizar de forma sistemática y exhaustiva, antes y durante la ejecución de la medida, la situación particular del penado, “incluyendo los riesgos, los factores positivos y necesidades, las intervenciones necesarias para abordar las mismas, así como una estimación de la receptividad del infractor a estas intervenciones”⁷, la “valoración” tendrá como principal objetivo la

determinación del tipo de intervención más adaptado para cada sujeto. Esta primera fase será seguida por la realización de un “plan de ejecución de penas y medidas” que “guiará la labor de los Servicios de Probation, permitiendo al personal y a los propios infractores evaluar el progreso hacia los objetivos establecidos”⁸. La fase de planificación debe entonces conducir, de acuerdo con el infractor, a la fijación de modalidades de resolución de los problemas identificados durante el proceso de valoración. En cuanto a la fase de intervención está destinada a poner en práctica lo previamente decidido y acordado, al tener por “objeto la rehabilitación y la renuncia al delito, debiendo por lo tanto ser constructivas y proporcionales a la pena o medida impuesta”⁹. Sin entrar en el detalle de los distintos tipos de intervenciones, la Recomendación precisa que los “Servicios de Probation podrán recurrir a utilizar una variedad de métodos basados en un enfoque interdisciplinario y en conocimientos sólidos derivados de la investigación pertinente”¹⁰. Por fin, la fase de evaluación implica que “los progresos de los infractores se evaluarán a intervalos regulares, repercutiendo en el plan de ejecución durante el resto de la supervisión”¹¹ y que “la evaluación revelará igualmente el grado en que el plan de ejecución ha sido definido, aplicado y ha producido los resultados deseados”¹².

A nuestro modo de ver, este concepto de probation, configurada como pena, más centrado en el seguimiento y apoyo al penado y no dependiente de otro procedimiento penal ya abierto puede potenciar su eficacia a nivel educativo, criminológico o respecto a su reinserción social (Tournier, 2013; Dintilhac, 2013; Bouvier, 2013). En primer lugar, permite ampliar el número de respuestas penales a la comisión del

⁷Recomendación CM/Rec(2010)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las reglas del Consejo de Europa relativas a la probation, Ministerio del Interior, art. 66, pág. 13.

⁸Idem, art. 72, p. 14

⁹Idem, art. 76, p. 14.

¹⁰Idem, art. 77, p. 14.

¹¹Idem, art. 81, p. 15.

¹²Idem, art. 82, p. 15.

delito. La probation podría constituir una pena destinada a castigar delitos de escasa gravedad cuyo autor necesite especial apoyo y acompañamiento de cara a alcanzar la reinserción social. Así, se podría posibilitar su imposición en el caso de perfiles criminológicos necesitados de un seguimiento más personalizado y en el que la capacidad preventiva-especial de las penas alternativas tradicionales podría resultar insuficiente. En suma, la pena de probation permite afinar la individualización de la pena y acercarse a lo dispuesto por las recomendaciones europeas que establecen que el juez debe disponer de un catálogo amplio de penas alternativas en el que pueda elegir la sanción que, teniendo en cuenta la proporcionalidad con el delito cometido, contrarreste mejor los factores que pueden llevar al sujeto a cometer nuevos delitos¹³.

De la misma manera, también podría permitir la disminución de la imposición de la pena de prisión puesto que el mayor recurso a la suspensión de la ejecución de la pena no supone una disminución del uso de la pena de prisión sino que solo impide el inicio de su ejecución. Se podría así conceder una alta capacidad preventivo-especial¹⁴ a la pena a la vez que se lograría la atenuación del uso sistemático de la pena de prisión y la estigmatización inherente a ella. Esta última solo será susceptible de ser aplicada en caso de quebrantamiento de las condiciones de mantenimiento de la pena cuando el juez lo estime necesario en relación con las circunstancias

particulares del reo y los motivos que le condujeron a volver a delinquir.

Por otra parte, la introducción de esta figura debería ser sinónima, al igual que en los Estados que la recogen en su legislación, de la existencia de un Cuerpo profesional especializado, dedicado exclusivamente a asegurar la supervisión y el acompañamiento de los penados en la realización de sus actividades. La creación de semejante órgano especializado permitiría, a nuestro modo de ver, acabar con el concepto de supervisión entendido como tarea de control¹⁵ y potenciar el poder rehabilitador de las medidas alternativas.

3. LA “PENA” DE PROBATION EN LAS LEGISLACIONES EUROPEAS

Recogemos en la siguiente tabla los datos obtenidos durante el estudio de la legislación de los principales países europeos en relación con la posible existencia de una pena de probation.

3.1. Alemania

El Código penal alemán no incluye la probation entre las penas aplicables al autor de un ilícito penal. Solamente recoge unas medidas “de control y de asistencia” (die Führungsaufsicht) cuya ejecución se llevará a cabo bajo la supervisión de un agente (Bewährungshelfer) del servicio de probation (Aufsichtsstelle). Estas obligaciones podrán ser impuestas por el juez como:

- pena accesoria;

procesal, la adquisición de técnicas y conocimientos y la intervención sobre las necesidades criminógenas.

¹⁵Según la Recomendación (2010) 1, sobre Reglas de Probation, la supervisión de la persona en la comunidad por parte de un agente de probation no debe consistir solo en una tarea de control sino que debe proporcionar a los infractores consejo, ayuda y motivación para dejar de delinquir y debe combinarse, cuando sea necesario, con intervenciones dirigidas a mejorar la formación de la persona, sus habilidades personales y sus oportunidades de empleo.

¹³ Recommendation (92) 16, European rules on community sanctions and measures, 19 octubre 1992, regla 5 y Recommendation (2000) 22, Improving the implementation on the European rules on community sanctions and measures, 29 noviembre 2000, apéndice 2, arts. 1 y 2.

¹⁴Ver Capítulo V, la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, medida frecuentemente impuesta en el marco de la pena de probation es susceptible de producir altos efectos resocializadores mediante varios mecanismos, en particular: el compromiso de la comunidad, la valoración positiva del trabajo realizado por el condenado, la percepción de la justicia

- en caso de suspensión de una pena de prisión, o;
- como medida de seguridad cuando el penado se encuentre en libertad condicional¹⁶.

3.2. Francia

Desde octubre de 2014, el sistema francés prevé la figura de la *contrainte pénale* (“sumisión penal”), una pena “independiente, sin vinculo ni referencia a la pena de prisión” (Dintilhac, 2013, p. 132). El art. 131-8-2 del Código penal recoge entonces una medida autónoma, destinada a ser aplicada de forma independiente, como una pena más del arsenal jurídico (Bouvier, 2013) y que “no está directamente “adosada” a una pena de prisión” (Dintilhac, 2013, p. 132; Bouvier, 2013, p. 133). Supone la imposición de medidas de control y de determinadas obligaciones cuya ejecución se llevará a cabo bajo la supervisión del “Juez de aplicación de las penas” (*Juge de l’application des peines*) (Tournier, 2013) durante un periodo de entre seis meses y cinco años. En cuanto a la naturaleza de las obligaciones y prohibiciones susceptibles de ser impuestas, el art. 131-8-2 recoge: las medidas de control aplicables en los supuestos de suspensión de la pena (art. 132-44 CP); la obligación de realizar un trabajo en beneficio de la comunidad (hasta 210 horas de trabajo en beneficio de una entidad pública o de una asociación), según lo previsto en el art. 131-8 CP y el sometimiento a un tratamiento terapéutico.

Desde el 1 de enero de 2017, la *contrainte pénale* podrá imponerse cuando “la personalidad y la situación material, familiar y social del delincuente, así como el ilícito penal cometido justifiquen un seguimiento socio-educativo individualizado específico”¹⁷. Entendemos entonces que se posibilita la aplicación de esta

pena en el ámbito de cualquier delito cuando el juez lo estime oportuno con el fin de favorecer la reinserción social del sujeto. Se trata de un importante cambio en la legislación penal francesa puesto que dicha pena solo podía aplicarse en relación con los delitos castigados con una pena de prisión inferior a 5 años.

El Juez de aplicación de las penas determinará las obligaciones y prohibiciones más adaptadas a la situación del penado en función de los resultados de la evaluación de su personalidad por parte del servicio penitenciario de inserción y de probation. En caso de quebrantamiento de estas medidas, se podrá reforzar e intensificar las obligaciones inicialmente impuestas por el juez o pronunciar una pena de prisión cuya duración no podrá exceder de dos años.

Esta pena se diferencia en primer lugar de las medidas alternativas por tener un objetivo distinto y complementario de estas últimas. En efecto, según Herzog (2013), debe reservarse para determinados perfiles, necesitados de un real seguimiento y para los cuales la problemática a tratar en materia de prevención de la reincidencia y de reinserción justifica un acompañamiento pluridisciplinar. La probation autónoma se diferencia entonces de las penas alternativas que suelen suponer el control del condenado sin plantear la necesidad de un seguimiento individualizado (Herzog, 2013). También se aleja del concepto de “*sursis*” al favorecer la identificación de las personas necesidades de un seguimiento personal más intenso y en numerosos casos, pluridisciplinar. Así, afirma Dindoh (2011) que “el “*sursis*” debería requerirse cuando el control estricto del respeto de las obligaciones e interdicciones parece suficiente y la pena de

¹⁶Ver Strafgesetzbuch, StGB, Título IV, art. 56 y ss.

¹⁷ Según el art. 131-4-1 del Código penal francés, “lorsque la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de l’auteur d’un délit puni d’une peine d’emprisonnement et les

faits de l’espèce justifient un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu, la juridiction peut prononcer la peine de contrainte pénale”.

probation cuando un seguimiento y acompañamiento individualizado parecen necesarios” (p. 90 y ss.).

3.3. Italia

El 2 de abril de 2014, la Camera dei deputati aprobó un proyecto de ley autorizando al Gobierno para regular las condiciones de ejecución de las penas alternativas a la cárcel y destinado a insertar en el Código penal varias disposiciones relativas al régimen de suspensión de la pena. La elaboración de esta reforma, que entró finalmente en vigor en abril de 2015 supuso la inserción, por una parte, de tres nuevos artículos, 168 bis a 168 quater en el Título IV “De la extinción del crimen y de la pena” del primer libro del Código penal titulado “De los crímenes en general” y por otra parte de ocho artículos, de 464 bis a 464 novies en el libro VI, dedicado a los procedimientos especiales del Código procesal penal. También dispone que el ministro de Justicia se verá obligado a comunicar al Parlamento cualquier necesidad de modificación de las estructuras encargadas de llevar a cabo estas medidas.

3.3.1. Requisitos de aplicación de la suspensión del proceso

Según la legislación vigente, el juez podrá ordenar “la suspensión del proceso con medida de probation” (sospensione del procedimento con messa alla prova) cuando así lo solicite el acusado de forma oral o por escrito y presente un programa de tratamiento elaborado por el servicio de ejecución de las penas o en su ausencia la solicitud de elaboración de tal programa. El órgano judicial ordenará así la suspensión del proceso cuando considere que el programa se adapta a las circunstancias personales del acusado y que el desarrollo del tratamiento permite a la vez la protección de la víctima. Este programa, elaborado por el servicio de ejecución de las penas y cuyo contenido debe ser aprobado por la persona

objeto de la suspensión del proceso prevé: las modalidades de participación del sujeto y de sus familiares, su situación social actual y sus distintas posibilidades de reinserción cuando se puedan determinar; las obligaciones y prohibiciones específicas a las que tendrá que someterse el penado (trabajo en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado,...) y las medidas destinadas a promover, cuando sea posible su realización, la mediación con la víctima.

La solicitud de aplicación de tal medida solamente podrá intervenir en relación con delitos castigados con pena de multa o con pena de prisión inferior a cuatro años así como en los casos de agresión o amenaza a la autoridad pública, desacato a un magistrado, violación de sellos, riña con agravante y robo con receptación. Por otra parte, según los artículos 102, 105 y 108 del Código penal, la suspensión del proceso no podrá acordarse más de una vez ni respecto a “delincuentes habituales” o “delincuentes profesionales”. En cuanto al desarrollo del periodo de probation, el servicio de probation tendrá la obligación de informar al juez, cada trimestre o al ritmo previsto por el órgano judicial, acerca de la actividad y del comportamiento de la persona objeto de la medida de suspensión, proponiendo si lo considera necesario modificaciones del programa, ya se trate de flexibilizar el contenido de las obligaciones impuestas o de reforzarlo.

Con el fin de facilitar su decisión respecto a la concesión de esta medida, el juez podrá obtener, mediante la intervención de la policía, de los servicios sociales o de cualquier otra entidad pública, todas las informaciones consideradas como necesarias en relación con las circunstancias personales y sociales del sujeto. Unos datos que serán inmediatamente comunicadas al Ministerio fiscal y al encargado de la defensa del acusado.

3.3.2. El contenido de la medida de probation

La medida de probation podrá implicar:

- la realización de un trabajo en beneficio de la comunidad, adaptado a la profesión y a las aptitudes del delincuente. El trabajo en beneficio de la comunidad consistirá en una prestación no remunerada, de una duración mínima de 10 días y su realización se adaptará a las obligaciones familiares, profesionales o de formación del acusado, con un máximo de 8 horas al día;
- el desempeño de tareas destinadas a la eliminación de las consecuencias perjudicables o peligrosas de la comisión del delito;
- la reparación a la víctima de los prejuicios ocasionados por la comisión del delito;
- la colaboración con entidades sociales en la realización de unas actividades de carácter social, la imposición de obligaciones respecto a determinados servicios sociales o estructuras de cuidados específicos u obligaciones relativas al lugar de residencia del penado, su libertad de circulación o la prohibición de acudir de ciertos lugares.

3.3.3. Desarrollo y ejecución

Efectos

La suspensión del proceso tiene como principales efectos la suspensión de la prescripción del delito y la sumisión del delincuente a obligaciones y prohibiciones determinadas por el juez. Si transcurre el periodo de probation sin vuelta a la delincuencia por parte del penado, la pena nunca llegará a pronunciarse, dejando al sujeto libre de antecedentes judiciales.

Duración

La duración de la suspensión del proceso no podrá superar los dos años para los delitos castigados con una pena de prisión, ya se trate de una pena inicial o de sustitución de una multa, y un año en el caso de delitos castigados con pena de multa.

Al finalizar este periodo, el juez declarará en una decisión específica la desaparición del delito, teniendo en cuenta los informes elaborados por el servicio de ejecución de las penas o la reanudación del proceso dejando de imponerse al condenado las obligaciones inicialmente impuestas.

Modificación

El plazo de ejecución de la medida determinado por el juez, solo podrá verse prorrogado una vez, si así lo solicita el penado alegando “motivos graves”. También podrá modificar las condiciones de ejecución de la pena de probation, siempre que el penado dé su consentimiento y tras haber obtenido la opinión favorable del ministerio fiscal. Por fin, se podrá acordar el pago fraccionado del importe de la reparación de la víctima cuando esta se exige.

Quebrantamiento de la medida

La medida de suspensión del proceso será revocada en caso de vulneración grave o reiterada del programa de tratamiento o de las obligaciones impuestas o de negación por parte del penado de realizar el trabajo en beneficio de la comunidad. También se revocará al cometerse durante el periodo de probation, un delito que no tenga la consideración de imprudente (delito no colposo) o de un delito de idéntica naturaleza al que motivó la imposición de la probation. El ministerio fiscal restará de la nueva pena impuesta los días de probation efectivamente ejecutados, haciendo equivaler tres días de suspensión a un día de prisión o a una multa de 250 euros.

A modo de síntesis, cabe destacar en primer lugar que Italia dispone de un sistema de probation autónoma, entendida además como “suspensión del proceso” y no como suspensión del fallo. Se trata de la única legislación europea en hacer intervenir esta medida tan “temprano”, puesto que entendemos que la determinación de la pena, momento procesal generalmente suspendido en la

probation autónoma interviene posteriormente, o sea, al concluir el proceso judicial, un proceso que según el sistema aquí descrito no llega ni a desarrollarse por la decisión del Juez de acordar la medida de probation. En segundo lugar, también es relevante el hecho de que el acusado tenga la iniciativa de la solicitud de suspensión del proceso y elabore su propio plan de reinserción social en colaboración con el servicio de probation. A nuestro modo de ver, se trata sin duda de la forma más eficaz de obtener el pleno consentimiento del sujeto, tanto en relación con la imposición de la pena en sí misma como con su contenido. El proceso judicial y el proceso interno, personal y psicológico, que deriva de él se desarrollarán conforme a bases sólidas plenamente delimitadas y aceptadas por el acusado. Por fin, la ley italiana reconoce y valora la situación de la víctima, al hacer figurar en el programa elaborado por el delincuente y los servicios sociales, por una parte, medidas destinadas a promover la mediación con la víctima y por otra la obligación de averiguar si el lugar del domicilio del sujeto no constituye un obstáculo a la seguridad y protección de la víctima.

3.4. Reino Unido

3.4.1. El Community order

La legislación de Inglaterra y Gales recoge a la vez la pena de probation y la figura de la suspensión del fallo. La primera de ellas, introducida en el Criminal Justice Act en 2003, consiste en la imposición de un Community order, es decir de una pena a ejecutar en la comunidad. Esta medida solo se impondrá cuando el órgano jurisdiccional

tenga la convicción de que se adapta a la situación personal del acusado y que su contenido es proporcional a la gravedad del delito cometido. La medida deberá contener por lo menos una de las obligaciones e prohibiciones contenidas en el artículo 177 de la Ley penal de 2003¹⁸, es decir:

- la obligación de realizar un trabajo no remunerado;
- la obligación de desempeñar una actividad específica;
- la prohibición de desempeñar una actividad específica;
- la obligación de respetar un determinado horario;
- la prohibición de acudir a determinados lugares;
- la obligación de residir en un determinado sitio
- la prohibición del salir del territorio nacional-
- la obligación de someterse a un tratamiento psiquiátrico:
- la obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas;
- la obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de alcohol;
- la obligación de someterse a un servicio de probation.

Para garantizar la aplicación de ciertas de estas obligaciones y prohibiciones, el Juez podrá prever el seguimiento telématico del acusado mediante pulsera electrónica¹⁹.

En junio de 2013, el *London Probation Trust*, el servicio de probation más importante de Inglaterra y Gales publicó una guía, el Benchguide to

¹⁸ Art. 1771 Criminal Justice Act 2003: "Where a person aged 10 or over is convicted of an offence, the court by or before which he is convicted may make an order imposing on him any one or more of the following requirements:

- (a)an unpaid work requirement;
- (b)an activity requirement;
- (c)a programme requirement;
- (d)a prohibited activity requirement;
- (e)a curfew requirement;

- (f)an exclusion requirement;
- (g)a residence requirement;
- (h)a mental health treatment requirement;
- (i)a drug rehabilitation requirement;
- (j)an alcohol treatment requirement;
- (k)asupervisionrequirement".

¹⁹ Se impondrá por ejemplo en caso de restricción de horarios o de prohibición de acudir a determinados sitios.

Community Sentences, destinada a ayudar a los magistrados en la determinación de las medidas a aplicar. Esa guía preconizaba para cada una de las obligaciones y prohibiciones aplicables, una determinada duración en función de la gravedad de la infracción cometida. Así, se propuso que la duración de la supervisión fuera:

- inferior o igual a 12 meses en los casos menos graves;
- comprendida entre 12 y 18 meses en los casos intermedios;
- y comprendida entre 12 y 36 meses en los casos más graves.

En cuanto a las medidas aplicables en los casos menos graves, cabe mencionar que no consisten en una simple vigilancia o en un seguimiento menos intenso que el destinado a los sujetos autores de infracciones más graves. En efecto, las “líneas directrices” denominadas “nuevas penas: la ley de 2003 relativa a la justicia penal” (New sentences: Criminal Justice Act 2003), publicadas por el Consejo de líneas directrices en materia de imposición de penas (Sentencing Guidelines Council), hacen referencia a

- 40 o 80 horas de trabajo no remunerado;
- la imposición de un toque de queda;
- la prohibición durante unos meses de acudir a un determinado sitio;
- la prohibición de realizar ciertas actividades;
- o la obligación de acudir a un determinado centro.

En caso de quebrantamiento de estas medidas, el Juez podrá:

- imponer una multa de hasta 2.980 euros;
- modificar el contenido de la pena, imponiendo más obligaciones y prohibiciones o alargando la duración de las medidas ya fijadas.

- revocar la sanción e imponer otra pena si la culpabilidad del autor de la infracción acaba de ser demostrada.

Si el interesado se negara a someterse a las obligaciones y prohibiciones impuestas por el Juez, este último podrá pronunciar una pena de prisión, incluso si la infracción inicial no justificaba la aplicación de una pena privativa de libertad.

3.4.2. *El Deferment of sentence*

Los artículos 1 y siguientes de la ley del año 2000 relativa a la competencia de los juzgados penales (Powers of Criminal Courts Sentencing Act 2000) prevé que el Juez podrá proceder a la suspensión de fallo de la condena durante un periodo de hasta 6 meses con el objetivo de valorar y tener en consideración la actitud del autor de la infracción una vez que haya sido declarado culpable (convicted) o los cambios que puedan intervenir en su situación personal. Este mecanismo solamente será de aplicación:

- si el delincuente da su consentimiento;
- si el delincuente se compromete a someterse a todas las obligaciones relativas a su conducta durante el periodo de suspensión (deferment) que el órgano jurisdiccional considere apropiado;
- y si el juez tiene la convicción de que el carácter de la infracción cometida, las circunstancias y la personalidad del sujeto justifican la aplicación de esta medida.

Las líneas directrices antes mencionadas indican que la medida de deferment se destina a casos pocos numerosos en los cuales “el Tribunal estaría dispuesto a imponer una pena menos severa si el interesado demostrara que está dispuesto a modificar su actitud de conformidad con las obligaciones impuestas”²⁰.

²⁰ Ver New sentences: Criminal Justice Act 2003, Sentencing Guidelines Council, disponible en

www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/web_new_sentences_guideline1.pdf.

En cuanto a su contenido, la orden de *deferment* se transmitirá a la persona designada (supervisor) para vigilar la conducta del sujeto, un agente de probation o una persona designada por el tribunal. Las líneas directrices afirman que el juez podrá imponer todas las obligaciones y prohibiciones que considera apropiadas, que sea idénticas o no a las que se aplican en caso de condena a una pena comunitaria (Community sentences).

Por fin, en caso de quebrantamiento de las medidas impuestas, el juez tendrá que volver a examinar el expediente del delincuente antes de que finalice el periodo de suspensión si este comparece ante el juzgado que solicita su comparecencia o si el juzgado tiene la certeza de que efectivamente se quebrantaron una o varias de las obligaciones impuestas.

El *deferment of sentence* se orienta entonces hacia el seguimiento de personas cuya situación y actitud se valora positivamente y respecto a la cuales se duda de la necesidad de aplicar medidas más estrictas y más prolongadas en el tiempo. La libertad del Juez para fijar las medidas que considera adaptadas a la situación del delincuente confiere además a este mecanismo un carácter individualizador que participa de su eficacia, al tener en cuenta la evolución de las circunstancias personales del sujeto. Cabe en consecuencia destacar la existencia en el sistema británico de dos modalidades complementarias de probatio nautónoma: el Community order, aplicable en la mayoría de los casos y que se articula alrededor de obligaciones y prohibiciones estrictamente enumeradas en la Ley pero cuya aplicación se va matizada y adaptada a cada caso gracias a “líneas directrices” y el *deferment of sentence* que permite alcanzar un grado más de individualización y de prevención especial al impedir la aplicación de medidas desproporcionadas.

3.5. Suecia

3.5.1. Aplicación y contenido

El capítulo 28 del Código penal sueco regula la denominada *skyddstillsyn*, expresión compuesta por las palabras *skydd* (protección, cobijo) y *tillsyn* (vigilancia) y que el diccionario Nordstedts traduce por “*probation*”. Este capítulo se encuentra en la tercera parte del Código tras el capítulo 25 relativo a las multas, el 26 dedicado a la cárcel y el 27 sobre el equivalente al “*sursis*”.

Según el art. 28.1 de este Código, el órgano jurisdiccional podrá imponer una pena de probation cuando considere que la pena de multa no constituye un castigo suficiente para el delito cometido. Su contenido podrá suponer:

- la imposición de hasta 200 días–multa, se prevea o no la multa para el delito cometido;
- la realización de un trabajo en beneficio de la comunidad no remunerado, de un mínimo de 40 días y de un máximo de 240 horas. En este caso, el juez indicará la duración de la pena de prisión que hubiera sido impuesta si el órgano jurisdiccional hubiera elegido esta opción;
- la imposición de 14 días hasta 3 meses de prisión. Sin embargo, esta pena no será compatible con una multa ni con un trabajo en beneficio de la comunidad;
- un programa de tratamiento denominado “contrato de cuidados” (*kontraksvard*) que el condenado se comprometerá a seguir. En este caso, el juez también indicará la duración de la pena de prisión que hubiera podido ser impuesta.

En la práctica, el delincuente podrá ser objeto de prescripciones particulares, impuestas con el objeto de facilitar su reinserción social y de prevenir la reincidencia. Estas obligaciones o prohibiciones guardarán relación con:

- su lugar de residencia y domicilio;

- el desempeño de un trabajo, de una actividad remunerada o de una formación;
- la sumisión a un tratamiento médico.

El penado también tendrá la obligación de mantener un contacto constante con el Kriminalvarden, el servicio encargado del seguimiento de las medidas de probation.

3.5.2. Ejecución y modificación

La probation tendrá una duración de hasta 3 años y podrá ser acompañada por una medida de vigilancia (övervakning) a partir del día del juicio, teniendo sin embargo el juez el poder de diferir esta medida hasta la fecha en la que la sentencia se convierta en firme. Por otra parte, en caso de apelación, se podrá suspender su ejecución. Esa medida de vigilancia terminará al cabo de un año excepto en los casos en los que el condenado no respete las obligaciones que se le impusieron.

Si la probation se combina con un programa de tratamiento que el condenado se compromete a seguir, el juez podrá fijar un plazo de vigilancia específico cuya duración no podrá superar la necesaria para el desarrollo del tratamiento ni el periodo de probation de 3 años.

Cuando la probation se combina con el desempeño de un trabajo en beneficio de la comunidad, el delincuente realizará este último de acuerdo con un plan establecido por el Kriminalvarden, el servicio encargado del seguimiento de las medidas de probation. En este caso, la vigilancia se podrá prorrogar hasta la realización completa del trabajo.

Las prescripciones particulares podrán ser modificadas en función de la evolución de la situación personal del sujeto durante la ejecución de la medida. La comisión encargada del seguimiento del delincuente será la encargada de realizar estas modificaciones.

3.5.3. Quebrantamiento

En caso de “grave negligencia” en la ejecución del programa de tratamiento, la entidad encargada de su seguimiento tendrá la obligación de informar la Kriminalvarden, el servicio de vigilancia y el Ministerio fiscal de este quebrantamiento.

Si se vulneró una o varias de las prescripciones particulares, la comisión de vigilancia podrá avisarle del quebrantamiento de la obligación o ampliar el periodo de vigilancia hasta el final de la medida de probation, con el límite de 3 años. Si el condenado persiste en la vulneración de las obligaciones impuestas o si se supone que las nuevas medidas adoptadas quedarán sin efecto, la Kriminalvarden podrá solicitar al Ministerio fiscal la revocación de la probation. Este último también podrá actuar de oficio en los casos de grave vulneración de las medidas impuestas en el programa de tratamiento. La revocación deberá pronunciarse antes de la finalización del periodo de 3 años.

Si finalmente se revoca la probation, el juez podrá imponer otra sanción, teniendo en cuenta las medidas ya ejecutadas por el sujeto, que se trate de otra pena de probation, de una pena de prisión o de una multa. Esta nueva pena podrá consistir en una pena de prisión de duración inferior a la prevista por el Código para el delito cometido.

4. CONCLUSIONES

Tal y como vimos a lo largo de este trabajo, la configuración clásica de la figura de la suspensión en el ámbito europeo consiste en un modelo híbrido, que supone generalmente suspender la pena y someter al condenado a prueba. Se pretende, mediante la adopción de este modelo mixto, compensar las supuestas carencias de las figuras pioneras de la probation y del sursis.

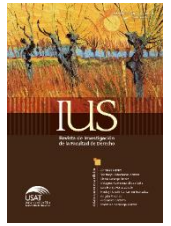
Sin embargo, el estudio de la legislación de varios países europeos puso de manifiesto la existencia de una “pena” de probation y no de una simple

medida alternativa a la prisión derivada de la imposición de la suspensión de la ejecución de la pena. Nos parece particularmente interesante esta figura de probation autónoma, una pena más, que no se apoya ni depende de ninguna pena de prisión y que permite afinar en mayor medida los instrumentos de individualización de los que tradicionalmente se dispone. Se trata de una figura ya implantada en varios países europeos cuya adopción deriva directamente de las circunstancias personales del sujeto, no siendo requisito imprescindible no tener antecedentes. Cabe precisar que no se trataría de eliminar o de dejar en un segundo plano la tradicional figura de la suspensión y de sustituirla por la pena de probation sino que esta última constituiría una herramienta más para imponer al delincuente la pena y medidas susceptibles de propiciar su reeducación y reinserción social.

BIBLIOGRAFÍA

- Araújo, F. (2009). La suspensión como sustitutivo legal de la pena de prisión. (Tesis Doctoral) Universidad de Granada, Granada.
- Barquín, J. (2007) “La suspensión condicional de la ejecución de las penas privativa de libertad desde una teoría integral del Derecho penal”, material utilizado durante el Curso de Doctorado en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Granada, 19 de marzo de 2007.
- Bishop, N. (2012) Le concept de “sanctions et mesures appliquées dans la communauté”, communication au colloque du 6 octobre 2012 au Sénat, sur la contrainte pénale communautaire, *Arpenter le champ pénal*, n° 291, 15 de octubre de 2012.
- Bouvier, J.C. (2013) « Une nouvelle peine au service de la probation » en *AJ Pénal*, marzo de 2013.
- Cobo del Rosal, M.; Vives, T.(1991). *Derecho penal. Parte general*, 4ª Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Code Pénal, Dalloz, (2017).
- Codice Penale, Altalex, (2017).
- Dindoh, S. (2011), *Sursis avec mise à l'épreuve : la peine méconnue. Une analyse des pratiques de probationen France*, Direction de l'Administration pénitentiaire.
- Dintilhac, J.P. (2013), « Contrainte pénale communautaire », en *AJ Pénal*, marzo de 2013.
- Gracia, L. y Alastuey, C. (2006). Tratado de consecuencias jurídicas del delito. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Herzog-Evans, M., “Récidive et surpopulation: pas de baguette magique juridique”, en *AJ penal*, marzo de 2013.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2003). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, España: Comares.
- Judel, A. y Piñol, J.R. en Suárez-Mira (2002). Manual de Derecho penal. Parte general. Madrid, España: Civitas.
- Maqueda, M.L. (1987). Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la “suspensión del fallo”. III Jornadas penitenciarias andaluzas. Sevilla. España: Consejería de Gobernación.
- Maqueda, M.L. (1985). Suspensión condicional de la pena y probation. Madrid, España: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Marín de Espinosa, E. (2000). Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995. *Actualidad Penal*, n° 35. Sin páginas

- New sentences: Criminal Justice Act 2003, Sentencing Guidelines Council, disponible en www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/webnewsentencesguideline1.pdf
- Núñez, M.A. (2005). La aplicación de la probation en el derecho positivo. Suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 5.
- Prat, C. (2004). Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003. Madrid, España: Dykinson.
- Serrano, M. (1999). Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español. Madrid, España: Trivium.
- Sweden penal code, disponible en <http://www.government.se/contentassets/5315d27076c942019828d6c36521696e/swedish-penal-code.pdf>
- Tournier, P., « Loi pénitentiaire, contexte et enjeux », L' Harmattan, Paris.
- Tournier, P. (2013), « La contrainte pénale communautaire, créer une sanction non carcérale qui ne sera pas un sursis à l'exécution d'une sanction pénale », en *Actualité juridique pénal*, Dalloz.



LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD COMO OBJETO DE TUTELA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Milagros Katherine Olivos Celis¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 1 de octubre de 2017

Aceptado el 1 de diciembre de 2018

Palabras claves:

Derechos fundamentales

Protección de datos personales

Autodeterminación informativa

Libertades económicas

RESUMEN

Las siguientes líneas proponen analizar –desde un enfoque descriptivo y crítico– la configuración legal de este derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Esto se ha realizado teniendo como punto de partida las primeras conceptualizaciones teóricas y legislativas formuladas en los modelos tradicionales que han servido de inspiración a varios países latinoamericanos para legislar en la materia, junto a las razones que motivaron la redacción de la fórmula legislativa tal como se encuentra prevista en el art. 2.6 de la Carta Constitucional, permitiendo conocer el escenario en el que –diez años después– surge su ley de desarrollo con su posterior entrada en vigencia.

The Protection of Privacy as a purpose of guardianship in the Peruvian Legal System

ABSTRACT

Keywords:

Fundamental rights

Protection of personal data

Self-determination information

Economic freedoms

The following lines propose the analysis –from a descriptive and critical approach– of the legal configuration of this right in the Peruvian legal system. This has been done taking as a starting point the first theoretical and legislative conceptualizations formulated in the traditional models that have served as an inspiration to several Latin American countries to legislate on the matter, together with the reasons that led to the drafting of the legislative formula as stated in the art. 2.6 of the Constitution (1993). It allows knowing the background in which – ten years later – this law has been developed and entered into force.

¹ Máster en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España Máster en Derecho y Empresa por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Perú. e-mail: molivos@isdeh.org

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE NO QUEDARNOS DETENIDOS EN EL TIEMPO

El uso de la información personal ha sido, desde épocas antiguas, una actividad característica de las sociedades. En las sociedades desarrolladas, el uso de los datos como insumo económico de gran valía, fue reconocido como una práctica ancestral que se revolucionó con la llegada de la tecnología. Así, los recientes avances provenientes, especialmente de la informática, superaron exponencialmente lo que en su época significó la escritura y la imprenta, permitiendo desarrollar hoy nuevas formas en la gestión de la información. Sin embargo, cuando este desarrollo aunado al tratamiento de la información personal comenzó a producir afectaciones en la vida privada de las personas, el Derecho vio la necesidad de responder a dicho fenómeno, promoviendo desde sus fundamentos normas para regularlo.

Sobre esto último, cabe recordar el Censo de Población que tuvo lugar en Alemania en 1933; a través del cual, bajo un disfraz de legitimidad y legalidad, y como una acción estadística racional y planificada, el Estado recopiló gran cantidad de información personal, que posteriormente sería utilizada para ejecutar uno de los mayores crímenes contra la humanidad durante la época del *holocausto nazi* (González, 2001). A pesar que la Ley que autorizaba la realización de dicho censo fue declarada inconstitucional en 1983 (Schwabe, 2009)², su ejecución permitió recoger una cantidad de información importante sobre judíos, gitanos y homosexuales, brindando a los *nazis* una importante herramienta de control social sobre la población. La información fue analizada a través de un procesador de datos que permitió confeccionar listas y automatizar la persecución,

especialmente de judíos, mediante la creación de grupos destinados a la deportación a los campos de exterminio (Costa, 2001)³. En la sentencia de 1983, el Tribunal Constitucional Federal Alemán puso de manifiesto la necesidad de crear mecanismos jurídicos de protección de los datos personales frente a su uso, más que por su carácter estrictamente privado, por el peligro que supone la utilización que se haga de los mismos⁴. Ésta, entre otras circunstancias, exigieron que el Derecho brinde respuestas y garantías para la protección y defensa de los ciudadanos, pues las circunstancias estaban poniendo en evidencia que el tratamiento masivo de los datos personales y el tráfico de los mismos constituían una amenaza al sistema de derechos fundamentales, haciendo vulnerables a las personas en su día a día (Remolina, 2012). Así, la protección de la privacidad nace como una respuesta a un problema real. “El riesgo inherente al manejo vertiginoso y no siempre bien intencionado de la información en un entorno en que las tecnologías evolucionan de una manera que la humanidad nunca antes conoció” (Quiroga, 2015, p.37).

Ante este contexto, los diferentes países del mundo adoptaron en su Derecho interno regulaciones específicas para protegerse de invasiones arbitrarias a esferas de la vida que solo les corresponden a las personas. Lo propio hicieron los diferentes organismos internacionales quienes mediante declaraciones y/o recomendaciones han puesto de manifiesto la necesidad de tomar decisiones para atender los riesgos generados por los avances de la tecnología, especialmente de la informática.

Existen dos importantes modelos que han concebido la protección y tutela de la privacidad como un bien jurídicamente tutelado. Por un lado el modelo europeo, con una tradición sumamente

² Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del 15 de diciembre, 1983 (1, BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83).

³ Recientes publicaciones históricas han puesto de manifiesto que una de las empresas de tecnología más importante del mundo, IBM –denominada durante esa época *Deutsche Hollerith Maschinen GmbH (Dehomag)*– fue quien facilitó la

utilización sistemática de los ordenadores (procesadores de datos) por parte de los *nazis* para que pudieran identificar y detener de forma eficiente a judíos y otras minorías, para utilizarlos como esclavos y finalmente exterminarlos.

⁴ Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del 15 de diciembre, 1983 (1, BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83), fundamentos jurídicos III y IV.

protectora y defensora de la información personal y precursora de su configuración como derecho fundamental con una configuración propia; y por otro lado, el modelo norteamericano, con una posición sumamente diferente, pues lejos de proteger la información personal como derecho fundamental establece el marco normativo para su libre circulación y fomento del comercio (Puente, 2011).

A diferencia de lo que, en su momento, sucedió en Estados Unidos y en los demás países de la Comunidad Europea, América Latina inició el desarrollo del camino de la protección de este derecho desde hace algunos años, y aunque con pasos significativos, su progreso todavía es inicial. Hoy, han transcurrido aproximadamente 35 años del surgimiento de las primeras normas para proteger la información personal, y desde entonces se ha forjado un intenso camino en su desarrollo.

Lamentablemente, el intento por conocer y regular el uso de la información personal, a fin de evitar intromisiones arbitrarias en la vida de los ciudadanos, ha ocasionado el surgimiento de distintos conceptos para referirse a un mismo fenómeno. En el Perú, lo que queda claro es que con la incorporación del artículo 2.6 en la Carta Constitucional en 1993, la dación de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, la publicación y su posterior entrada en vigencia tras la emisión de su Reglamento en el 2013, y la creación del órgano garante (Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales) que tutela este derecho, se colocaron los primeros cimientos para crear un sistema de protección y defensa este derecho.

Todavía queda un largo camino por recorrer; primero, para lograr un desarrollo tan significativo como lo han hecho el resto de países del mundo; y segundo para estar atentos a los avances que la tecnología genera, los cuales crecen de manera progresiva tan solo con el transcurrir del tiempo.

⁵ Hawking (2014) sostiene que «si miramos hacia el futuro, no hay límites a lo que podemos lograr en este campo. No hay ley física que impida que las partículas en un sistema de Inteligencia Artificial ser re-ordenen a sí mismas para realizar

No obstante, reconociendo la importancia del tema y el alcance global que se busca alcanzar, es necesario generar algunas reflexiones que puedan constituir un primer punto de partida en el estudio de este derecho. En ese sentido, a continuación, se presenta –desde un enfoque descriptivo y crítico– el análisis de la configuración de este derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Esto se ha desarrollado teniendo como punto de partida las primeras conceptualizaciones teóricas y legislativas formuladas tanto en Estados Unidos como en Europa (especialmente en España), junto a las razones que motivaron a los legisladores a redactar la fórmula legislativa tal como se encuentra prevista en el art. 2.6 de la Carta Constitucional, permitiendo conocer el escenario en el que – diez años después– surge su ley de desarrollo con su posterior entrada en vigencia. Esto permitirá tener una apertura racional para las modificaciones estructurales y legislativas que sean necesarias.

2. EL USO DE LA INFORMACIÓN PERSONAL Y EL CONTEXTO HISTÓRICO DE SU PROTECCIÓN.

El desarrollo de la sociedad actual demanda, cada vez con mayor frecuencia, el uso de datos y más datos; tal es así que los procesos económicos de producción y distribución de bienes y servicios son inconcebibles en una sociedad tecnológicamente desarrollada sin antes conocer información sobre las preferencias, gustos, estadísticas, porcentajes, etc.

Hasta fines del siglo XIX no existía la vida privada como objeto de protección jurídica. Sin embargo, el avance de la ciencia y la tecnología, especialmente de la informática ha generado que, en nuestros días, esto ya no sea una novedad. Su desarrollo durante las últimas décadas ha cobrado cada vez mayor realce⁵. Sin embargo,

cálculos más complejos de los que somos capaces de hacer los seres humanos. Es perfectamente posible que se produzca un salto radical e inesperado (...)»

desde siempre, tanto el tratamiento de la información personal, así como la preocupación por su protección ha estado presente en el comportamiento social de todas las civilizaciones. Hernández (2013) haciendo referencia a los antecedentes históricos de las formas de protección de la información personal, señala que los ejemplos más antiguos que existen sobre este tema son el Juramento de Hipócrates (cuya vigencia se mantiene hasta la actualidad⁶) y el secreto de confesión (contenido en el IV Concilio de Letrán de 1215, y a través del cual se impuso a los ministros la obligación de guardar el secreto sacramental⁷).

Desde un enfoque jurídico, la historia también reporta manifestaciones que reflejaron el reconocimiento de la vida privada. En este contexto, la correspondencia y el domicilio constituyeron bienes de la persona dignos de protección jurídica, por lo que su inmunidad aparece como una figura penal típica que obedece al deseo de proteger al individuo frente a la amenaza que proviene del Estado (Corral, 2000). La ampliación de esta percepción (vida privada como un interés digno de protección) tiene su origen en el pensamiento de John Stuart Mill (1997), cuya doctrina intenta ofrecer una nueva visión sobre los límites del poder en un régimen democrático. En la teoría de Mill, la amenaza para los individuos ya no estaría en los abusos de un tirano o de una oligarquía, sino en el poder de las mayorías democráticas. De acuerdo con esta posición, era necesario respetar, no sólo la libertad de opinión sino también la libertad de conducta

que incluía el ámbito de su conciencia, sus pensamientos, sus sentimientos, expresiones, gustos y propósitos.

De acuerdo con la interpretación realizada por Corral (2000), en la doctrina de Mill, el ámbito de la vida libre se contrapone, ya no al poder del Estado o de la ley, sino al poder del control social, es decir, al poder de las masas. Sobre ello, se erige un derecho de propiedad entendido – en aquel entonces– como un ámbito propio en el cual nadie puede entrar sin permiso del titular⁸.

Entre las construcciones doctrinales respecto de la tutela de este derecho, destacan los aportes de Thomas Cooley quien en 1980 hizo referencia al «*the right to be let alone*» y la contribución de Warren y Brandeis «*The Right to Privacy*» (Warren y Brandeis, 1890). El establecimiento del concepto «derecho a la vida privada» se encuentra en estos últimos textos (Murillo y Piñar, s.f.). Sin embargo, a pesar de sus precisiones conceptuales, estos planteamientos no obtuvieron repercusión inmediata en las sentencias de los tribunales norteamericanos. La situación cambió cuando en los años siguientes, éstos deberían enfrentarse con más frecuencia a casos en los que una persona se sentía agraviada por una publicación o fotografía indiscreta (Corral, 2000). Así por ejemplo, en 1902 la Corte de Apelaciones de New York, en el caso *Roberson vs Rochester Folding Box Co.* resolvió la demanda del uso de una fotografía sin autorización del titular de la

⁶ «[...] De todo aquello que vea u oiga en la sociedad durante el ejercicio o de mi profesión, e incluso fuera de él, callaré lo que no necesita ser divulgado, considerando la discreción como un deber en semejante caso.» Cita de Hipócrates (Hersh, 1984)

⁷ «¡Qué cuidadosamente informarse acerca de la circunstancia del pecador y el pecado, para que con prudencia puede discernir qué tipo de consejos que debe dar y qué remedio a aplicar, utilizando diversos medios para curar a la persona enferma! Que se tome el máximo cuidado, sin embargo, no traicionar el pecador en absoluto por la palabra o signo, o de cualquier otra manera. Si el sacerdote necesita sabios consejos, que lo buscan con cautela, sin ninguna mención de la persona en cuestión. Por si alguien se atreve a revelar un pecado revelada a él en confesión, decreto que no es sólo para ser

depuesto de su oficio sacerdotal, sino también a ser confinado a un monasterio estrictas para hacer penitencia perpetua.» (IV Concilio de Letrán, 1215, Canon 21).

⁸ Esta suerte de intromisión no cesaría de diversificarse a lo largo de todo el siglo XX, con nuevos mecanismos de intrusión y difusión de lo privado: desde la interceptación de las comunicaciones telefónicas, pasando por la filmación, grabación y difusión televisiva, hasta el fichaje digital o la registración vía electrónica o cibernética. Durante esos años, la aparición de la fotografía, y con ella, el desarrollo de los medios de prensa y de comunicación masiva marcan un momento especial. Aparece entonces una forma de invasión en lo propio o personal que era desconocida: las historias e imágenes íntimas pueden llegar a ser fácilmente difundidas.

imagen⁹. En la decisión, el Tribunal declaró que el derecho a la privacidad no existía, y que la víctima no estaba protegida contra esa conducta. Esta decisión fue duramente criticada, hasta que la legislatura de New York aprobara un estatuto para prohibir el uso comercial de retratos o fotos de una persona sin su permiso. Tres años después, la Corte Suprema de Georgia, al resolver el caso *Pavensich Vs. New England Life Znsurance Co.* rechaza el precedente de Robertson y reconoce la existencia del «*right to the privacy*»; esto marca el comienzo de una nueva línea jurisprudencial (Corral, 2000).

Algunos años después, en 1967 aparece otro aporte cognitivo de especial relevancia, bajo la autoría del profesor Alan Furman Westin (1967)¹⁰. En su obra, Westin define la «privacidad» como derecho de la persona «*para controlar, editar, gestionar y eliminar la información acerca de ellos [mismos] y decidir cuándo, cómo y en qué medida la información se comunica a los demás.*». Importantes estudios de la doctrina comparada

⁹ En el caso el demandado había hecho uso de la fotografía de una mujer joven sin el consentimiento de ésta para anunciar harina.

¹⁰ Alan Furman Westin (1929–2013) fue profesor emérito de Derecho Público y Gobierno de la Universidad de Columbia, ex editor de las Revistas *Privacidad* y *American Business*; y ex presidente del Centro de Investigaciones Sociales y Jurídicas. Westin escribió grandes libros: «Privacidad, Confidencialidad y Libertad» en 1967; y «Bancos de datos en una sociedad libre» en 1972. Ambos libros fueron los primeros trabajos que motivaron la legislación sobre privacidad. Se especializó en el estudio del impacto de las tecnologías de la información en las operaciones gubernamentales nacionales y locales, a partir de la toma de decisiones para la atención al ciudadano y la libertad de la administración de la información. Sus planteamientos fueron traducidos en su libro «Tecnología de la Información en una democracia» publicado en 1971. En 1993, junto a Robert Belair, fundó el instituto «*Privacy & American Business*» que proporcionaba análisis en temas sobre privacidad y negocios. En el 2005, Westin recibió el Premio «Privacy Leadership Award» otorgado por la *International Association of Privacy Professionals*. Murió el 18 de febrero de 2013 en Nueva Jersey. (Scalet, 2003).

¹¹ El 15 de diciembre 1983, el Tribunal Constitucional alemán dicta su Sentencia sobre el Censo en la que se refleja aportes de la doctrina, en su mayoría norteamericana y en particular los aportes de Westin, que se habían producido en orden a destacar el control sobre la propia información en la configuración del derecho a la privacidad y a la protección de datos. El Tribunal

atribuyen a este autor la definición del concepto «*privacidad*» en términos de «*autodeterminación (self determination)*», concepto que más tarde fue expresamente asumido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su Sentencia del 15 de diciembre de 1983 sobre el Censo de 1933¹¹. Una posición similar fue asumida por el Tribunal Constitucional español quien como consecuencia de sus razonamientos reconoce el derecho fundamental a la «*autodeterminación informativa*» basado en los derecho de la personalidad y con protección frente a la recogida, almacenamiento, utilización y transmisión ilimitada de información personal, garantizando a los individuos la facultad de decidir por sí mismos sobre su difusión y la utilización ¹². Estas posiciones, también fueron utilizadas por el Tribunal Constitucional peruano, como más adelante veremos¹³.

En varios ordenamientos, este derecho se desarrolló tomando en cuenta sus características morfológicas y la técnica jurisprudencial de sus

Constitucional Alemán completó los derechos constitucionales de la personalidad a pesar de la inexistencia en la Ley Fundamental de 1949 de un derecho específico. Sobre la base del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad el Tribunal garantizó la continuidad de las libertades básicas, consagradas con anterioridad, con la formulación de un nuevo derecho, el derecho a la autodeterminación informativa. Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas y PIÑAR MAÑAS, José Luis: *Ob. Cit.*; págs. 88–89. También puede consultarse la traducción de la Sentencia en HEREDERO HIGUERAS, M.: "La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa al censo de población de 1983" en *Documentación Administrativa*, N° 198, Madrid, 1984, págs. 139–158.

¹² La protección de datos personales, como una prerrogativa autónoma e independiente, devino de las STC 290/2000 y 292/2000, ambas del 30 de noviembre de 2000.

¹³ Similar posición fue asumida por el Tribunal Constitucional español quien como consecuencia de sus razonamientos reconoce el derecho fundamental a la «autodeterminación informativa» basado en el derecho de la personalidad y con protección frente a la recogida, almacenamiento, utilización y transmisión ilimitada de información personal, garantizando a los individuos la facultad de decidir por sí mismos sobre su difusión y la utilización. La protección de datos personales, como una prerrogativa autónoma e independiente, devino de las STC 290/2000 y 292/2000, ambas del 30 de noviembre de 2000.

Tribunales. En este contexto, en el derecho comparado – y especialmente en la doctrina – pueden encontrarse elaboraciones teóricas que buscan desde reconocer este derecho como una extensión del derecho a la intimidad, hasta formulaciones legislativas que han identificado a la privacidad como el bien jurídico autónomo que el derecho a la protección de datos personales busca proteger¹⁴.

En el ordenamiento jurídico peruano, la legislación que desarrolla el modelo de protección de este derecho emplea la denominación «*protección de datos personales*» para referirse a la protección de la vida privada. Así, el artículo 1 de la LPDP reconoce como su objeto de tutela la garantía del derecho fundamental previsto en el artículo 2.6 de la Constitución Política del Perú, e identifica a la privacidad como su objeto de tutela. Este conocimiento y reconocimiento supone un paso decisivo en toda sociedad que consolida los pilares fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho: *la dignidad y la libertad* (Cano, 2009)¹⁵.

Finalmente, después de tiempo se ha reconocido normativamente el valor actual de la información personal y el derecho a la protección de los datos personales. Como ya se ha señalado, la mayor

parte de los derechos de los Estados Iberoamericanos reconocen este derecho, sea por referencia directa de su Constitución, o como consecuencia de las decisiones adoptadas por sus órganos judiciales.

3. LA PRIVACIDAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y EL DISEÑO DE SU FÓRMULA LEGISLATIVA

Varios ordenamientos jurídicos han optado por desarrollar este derecho en función de sus características morfológicas y la técnica jurisprudencial de sus Tribunales. Así, en el derecho comparado – muy especialmente en la doctrina – pueden encontrarse elaboraciones teóricas que buscan desde reconocer la protección de la vida privada como la extensión del derecho a la intimidad, y hasta formulaciones legislativas que han identificado a la privacidad como el bien jurídico autónomo que el derecho a la protección de datos personales busca proteger.

En muchos casos, la discusión se centraba en determinar el verdadero fundamento de la protección de este nuevo derecho. Por un lado, hay

¹⁴ Por un lado, se sostiene que se trata de un derecho derivado de otros derechos fundamentales preexistentes, como son el derecho a la intimidad personal y familiar. Por ejemplo, en nuestros días todavía es común encontrar doctrina que identifica ambos derechos o que reconoce el derecho a la protección de datos personales como una proyección del derecho a la intimidad. (García, s.f.). El autor citado sostiene: «El reconocimiento del derecho a la intimidad – en sus diversas manifestaciones – luego de lograr su consolidación como un derecho fundamental, ha ido alcanzando nuevos matices. (...) Por ello, el derecho a la intimidad ha tenido que ir redireccionando su ámbito de protección donde además de la facultad del individuo de rechazar las invasiones a su ámbito privado, ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso de sus informaciones, es decir de toda aquella información relativa a su persona. (...)» Por otro lado, hay quienes sostienen que se trata de un derecho nuevo y autónomo cuyo fundamento radica en el reconocimiento de la dignidad humana como valor supremo y fundamental en las sociedades democráticas. Esta discusión se ha presentado especialmente en España donde, en su momento, se analizó si el derecho a la protección de datos personales derivaba del

artículo 18.4 de la CE (Art. 18.4 de la CE.– *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*), tal como lo sostiene la STC 290/2000 y 292/2000; o si, por el contrario, era un derecho cuyo fundamento se encontraba en el artículo 10.1 de la CE (Art. 10.1 de la CE.– *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*) y, por tanto, se sustentaba en la dignidad de la persona o en el propio derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 del mismo texto constitucional. (Art. 18.1 de la CE. – *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*) Cabe resaltar que el derecho a la protección de datos personales no se encuentra en la relación de derechos de la CE. (Hernandez, 2013)

¹⁵ El autor y otros explican que si un ciudadano no sabe qué informaciones sobre su persona se han recogido y almacenado, ni qué uso se les va a dar, no puede actuar con la misma libertad, tanto en su vida privada como en su vida en sociedad, que si supiera qué datos se han recogido, y pudiera disponer y controlar el uso que se les va a dar.

quienes sostienen que se trata de un derecho derivado y análogo a otros derechos fundamentales preexistentes, como son el derecho a la intimidad personal y familiar¹⁶. Y por otro lado, hay quienes argumentan que se trata de un derecho nuevo y autónomo cuyo fundamento radica en el reconocimiento de la dignidad humana como valor supremo y fundamental en las sociedades democráticas.

Una posición interesante aparece en el profesor Alguacil (2001) quien al defender la extensión del derecho a la protección de datos personales para garantizar otros derechos de las personas, distinto del derecho al honor y a la intimidad, importa la admisión de un nuevo derecho, un derecho diferente al derecho a la intimidad, o que si se quiere, lo complementa.

En el Perú, la Carta constitucional no utiliza ninguna acepción concreta; sin embargo, el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano (siguiendo a su homólogo español) ha preferido utilizar la denominación de «autodeterminación informativa» precisamente para referirse al derecho contenido en el numeral 6 del artículo 2 de la Constitución del '93: *Toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren información que afectan la intimidad personal y familiar.*

A pesar que el desarrollo legislativo y jurisprudencial de este derecho inició aproximadamente al promediar los años 50 del

siglo pasado, recién el Constituyente peruano del 1993, a pesar de las objeciones iniciales, asumió con responsabilidad la necesidad de reconocer y tutelar la defensa de la privacidad. El art. 2.6 de la CPP reconoce que toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

La incorporación de este artículo se aprobó en la 5° Sesión (matinal) realizada el 25 de enero de 1993. El debate fue dirigido por Congresistas Carlos Torres y Torres Lara, Enrique Chirinos Soto y Martha Chávez Cossío.

Según la información contenida en el Diario de Debates de la Comisión de Constitución y Reglamento, inicialmente se discutió si este derecho que se intentaba tutelar era suficiente como para merecer un artículo independiente en el catálogo de Derechos fundamentales de la Constitución. Al mismo tiempo se discutía sobre la posibilidad de incorporarlo como parte del art. 2.7 referido a la protección de la intimidad, o como parte del art. 2.10 referido al secreto de las comunicaciones¹⁷.

Para esto, resultan especialmente emblemáticos los cuestionamientos que se hacían los legisladores respecto del significado del objeto de la tutela de este derecho. En este punto, por ejemplo, la Congresista Chávez Cossio se planteaba las siguientes reflexiones:

¹⁶ Por ejemplo, en nuestros días todavía es común encontrar doctrina que identifica ambos derechos o que reconoce el derecho a la protección de datos personales como una proyección del derecho a la intimidad. García (s.f.) sostiene: «El reconocimiento del derecho a la intimidad – en sus diversas manifestaciones – luego de lograr su consolidación como un derecho fundamental, ha ido alcanzando nuevos matices. (...) Por ello, el derecho a la intimidad ha tenido que ir redireccionando su ámbito de protección donde además de la facultad del individuo de rechazar las invasiones a su ámbito privado, ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso de sus informaciones, es decir de toda aquella información relativa a su persona. (...)»

¹⁷ Por un lado, el congresista Cáceres Velásquez señaló «(...) propongo que el inciso, que está sustentado por la mayoría, se involucre dentro de lo que es el inciso 10), porque no pienso

que tenga el rango suficiente para constituir un inciso independiente de la Constitución.»; y por otro el Congresista Ferrero Costa sostenía: «En todo caso, si aceptáramos el criterio que sostiene Róger Cáceres, que tiene una duda cuyo origen solamente yo comparto, habría que ver si es que la información personal de carácter íntimo es más una cuestión de intimidad o privacidad o es, más bien, una cuestión de comunicación; porque nuestro inciso 10) trata básicamente de los papeles privados y de las comunicaciones, mientras que el problema de la intimidad personal está en el inciso 7). Le sugiero al Dr. Cáceres que, mientras vamos discutiendo este tema, analice lo que le estoy planteando: el problema de la intimidad personal en nuestra Constitución está, más bien, alrededor del inciso 7), y no alrededor del inciso 10).» (Congreso de la República, 1993).

«Nadie me puede exigir una información que yo misma he conseguido respecto de alguien. Por ejemplo, si como empleador yo sé que mi trabajador ha sufrido de tuberculosis, necesito tener esa información en mi archivo, porque eso va a determinar, por ejemplo, que no lo pueda mandar a trabajar en una obra submarina. Entonces, en todo caso, lo que podrían prohibirme es que yo proporcione esa información.¹⁸» (Congreso de la República, p.162)

En un sentido similar el Congresista Olivera Vega expresaba lo siguiente:

«[...] dentro de los alcances [...] de esta supresión de información de los servicios privados, también podría llegar a los medios de comunicación y sus unidades de investigación. Yo me pregunto si, dentro de este alcance, se podría llegar a que los medios de comunicación suprimieran todas las investigaciones o referencias a las actividades personales del señor Vladimiro Montesinos, por ejemplo; si invocando esto habría que anular cualquier tipo de referencia de un personaje que es público, tal como hasta lo han aceptado funcionarios públicos del servicio de inteligencia nacional, y, en general, de cualquier tema que la prensa o persona particular considere dentro de su libertad individual.» (Congreso de la República, p.162)

Ante esto, el Congresista Torres y Torres Larra aclara la discusión en los siguientes términos:

«Este inciso no intenta impedir que alguien tenga información, incluso secreta, sobre la situación de la persona; esto no es una limitación a eso. En consecuencia, en lo que respecta a los papeles privados, cualquier persona o entidad puede tener informaciones sobre la intimidad de otra persona, como la tiene un médico, un abogado, un confesor, un periodista; eso no está prohibido.

En este momento, lo que el derecho exige, de acuerdo a los cambios actuales, es prohibir que los sistemas informáticos —vale decir, computarizados— que manejen globalmente esta información puedan reproducirla nacional o

internacionalmente, con la enorme facilidad que los caracteriza. Como vemos, hay una gran diferencia entre el manejo privado que se puede hacer sobre información, también privada, y el concepto del uso masivo de esta información a través de los sistemas computarizados.»

(Congreso de la República, p.162)

Frente a los cuestionamientos planteados se optó por reflexionar sobre si hay o no hay datos que deberían estar prohibidos poseer porque no guardan relación con la actividad que se desarrolla; y el Congresista Torres y Torres Lara terminó expresando

«El problema de la informática, señor Presidente, tiene varios aspectos. Uno de ellos ya lo hemos tratado: el acceso de la ciudadanía a la información. El otro gran pedido que se ha abierto en la comunidad mundial es porque algunas instituciones —sean públicas o privadas, secretas o no— negocian e influyen sobre la comunidad en general con los datos íntimos de las personas, lo cual va contra la dignidad de éstas. [...] No estamos inventando este derecho, sino que se ha recogido en los últimos diez años de las modificaciones constitucionales más modernas, como el caso de Brasil, que ha establecido precisamente el habeas data. [...] Esto quiere decir que nadie está en el derecho de ir contra la dignidad de una persona para que, a través de sistemas masivos de información, se generalicen informaciones que pertenecen solamente a su persona» (Congreso de la República, p.165)

Finalmente, tras estas discusiones, se incorpora a la Constitución Política de 1993 el art. 2.6 que reconoce la tutela de la privacidad como objeto del derecho a la protección de datos personales¹⁹. La discusión parlamentaria final se llevó a cabo en la 10^oB Sesión (Matinal) del 22 de febrero de 1993. Esto se registró en el Diario de Debate del Pleno, el Congreso Constituyente Democrático (Congreso Constituyente Democrático, 1998)

En este contexto, el Congresista Torres y Torres Lara volvió a resaltar la relevancia de la

¹⁸ Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, "5^o Sesión (matinal) (162).

¹⁹ El texto fue aprobado por 8 votos a favor y 3 en contra. Posterior a ello, el texto constitucional pasó a debatirse en el Pleno del Congreso.

incorporación del reconocimiento de un derecho de esta naturaleza²⁰. Traducimos acá algunas cuestiones que parecen importantes:

«Se trata, igualmente, de una importante innovación que no contiene nuestra Constitución, y que sí la contienen algunas constituciones modernas, como la de Brasil, especialmente, y, de modo parcial, la de España o la de Portugal. [...] El poder, decíamos en nuestra anterior intervención, nace ahora de la información. Pero, ¿quién maneja la información, y cómo se maneja? Se maneja esta información, ahora, en un sistema diferente al tradicional. Cuando una persona podía acumular información en un cuaderno, en unos archivos, no tenía mayor efecto social; pero hoy, cuando la información se puede acumular a través de las computadoras, adquiere un poder incluso transnacional. [...] Como se ha analizado ampliamente en la filosofía y en la psicología modernas, quien conoce el secreto de otras personas tiene poder sobre ellas. Y aquí entramos en el tema de la intimidad personal. [...] Hemos analizado en la Comisión las enormes dificultades que implica esta nueva tecnología en la defensa de los derechos de la persona, y hemos llegado a la conclusión de que la obtención de la información y su conservación no es el problema fundamental, sino la comunicación de esta información. [...] En consecuencia, la protección que debe dar la Constitución es que nadie pueda transmitir informaciones que estén referidas a la intimidad personal a través de los medios comunes; [...] En otras palabras, se intenta, pues, establecer un derecho, un mecanismo para proteger al ciudadano del desarrollo de la informática, en el sentido de que la informática sirva para el desarrollo de la economía y para el desarrollo de los patrimonios, pero que no vaya contra la intimidad personal o familiar» (Torres, 1989, p. 112)

²⁰ Para profundizar en el análisis de los planteamientos transcritos puede consultarse TORRES Y TORRES LARA, Carlos: "Nociones preliminares sobre el Derecho de la informática y la informática jurídica", en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 32, Lima, 1989, págs. 49 –78; y MARCENARO FERS, R.: "El derecho a la intimidad y la informática" en *Revista*

Finalmente, tras del debate y de introducir algunas modificaciones al texto inicialmente propuesto se terminó aprobando por unanimidad la siguiente fórmula: «*Inciso 6. A que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar.*»

En general, esto significa que el ordenamiento jurídico peruano reconoció la protección de los datos personales como derecho fundamental, con rango constitucional y separada de la protección de los derechos vinculados a la privacidad o intimidad desde 1993; acompañándola, además, de la correspondiente acción de garantía, a través del Habeas Data que conforme al artículo 200, de la propia Constitución que señala "*procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución*".

Efectivamente, se trata de un derecho fundamental, un concepto lleno de contenido en sí mismo que, producto de un largo proceso de gestación, desarrollo y afirmación, ha ganado su autonomía en relación con otros derechos.

La doctrina peruana poco se ha preocupado sobre la denominación del derecho que se tutela a través del artículo 2.6 de la CPP. Sin embargo, de la transcripción de los textos contenidos en los Diarios de Debates parece ser que la intención del Constituyente era legislar un «derecho nuevo».

A pesar de ello, parece importante resaltar que la fórmula legislativa utilizada para redactar el art. 2.6 de la CPP tampoco resulta muy pacífica; pues el mismo texto constitucional señala que se trata de una «*protección ante el suministro de informaciones que afecten la intimidad personal y familiar*»; aun cuando dichos bienes jurídicos son tutelados por el artículo siguiente²¹. Más aun, la legislación se complementa con el texto contenido

Peruana de Derecho de la Empresa, N° 32, Lima, 1989, págs. 79 – 100.

²¹ Artículo 2.7 de la CPP. – Toda persona tiene derecho [...] Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier

en el Código Procesal Constitucional que en su art. 61.2 expresa lo siguiente:

«El hábeas data procede en la defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución, en consecuencia toda persona puede acudir a dicho proceso para: [...] Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentran almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicios o accesos a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos fundamentales.».

De esta forma se separan los mecanismos de tutela de dos derechos que resultan marcadamente diferenciados. Esto sin duda, produce un mejor tratamiento en la configuración del derecho fundamental y completa lo normado en el texto Constitucional, otorgándosele a los ciudadanos una herramienta útil para que puedan protegerse.

4. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 2.6 DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA Y SU TÉCNICA DE DESARROLLO A TRAVÉS DE LA LEY N° 29733, LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

La amplia esfera donde interactúa el derecho contenido en el artículo 2.6 de la CPP permite reconocer múltiples ejes de acción, que en nuestro país se ha materializado, no solo desde los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (en el que se reconoce el «derecho

a la autodeterminación informativa»), sino con la dación y vigencia de la Ley de Protección de Datos Personales. Este derecho fundamental, reconocido y protegido con la Constitución de 1993 surge a fin de evitar una nueva forma de control oculto sobre la vida de los humanos por el abuso del poder informático. Este derecho, entre otras cosas, consiste en poder disponer de los datos de información propios y, por tanto, permitir o rehusar su uso, en controlar la veracidad de su contenido, el acceso a su conocimiento por parte de terceros, el uso que de ellos se haga con finalidades sociales, económicas y políticas, etc.

La interpretación doctrinal que analiza este derecho sostiene que el texto constitucional del artículo 2.6 reconoce que el individuo está investido de una facultad de control que puede ejercer respecto de sus datos proporcionados –de manera voluntaria o involuntaria– como resultado de su interacción en esferas de actuación pública o privada, en distintos lugares y/o en diferentes etapas de su vida (Morales, 2007). Esto último sucede porque tanto las personas naturales como jurídicas, públicas o privadas, con el fin de mejorar sus niveles de competitividad, utilizan con mayor frecuencia nuevos instrumentos que incrementan exponencialmente el uso, acceso y transferencia de información de distinta índole, especialmente aquella de tipo personal. Algunas manifestaciones de lo afirmado se reflejan, por ejemplo, en la gestión de procesos electorales a través de la biometría, monitoreo de pronósticos con imágenes satelitales, sucursales bancarias en teléfonos inteligentes, diagnóstico médicos con máquinas de alta especialización, la implementación de la historia clínica electrónica, entre varios otros (García, 2005).

En este quehacer cotidiano, las actividades económicas constituyen un ámbito de especial relevancia; y en este escenario, la persona –en su rol de agente económico– se encuentra particularmente expuesta a tratamientos relevantes de su información personal.

medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional desarrolló este derecho antes de la promulgación de LPDP, al amparo de lo prescrito por el Código Procesal Constitucional. Desde sus primeras resoluciones el Tribunal utilizó la denominación «autodeterminación informativa» para referirse al derecho reconocido en el art. 2.6 de la Carta Constitucional. La importancia de este reconocimiento radica en la decisión del propio Tribunal de diferenciarlo de otros derechos como son la intimidad, el honor, la imagen. El TC ha reconocido el *derecho a la autodeterminación informativa* como un derecho independiente (Sentencia Tribunal Constitucional, 29 de enero 2003), siguiendo las denominaciones propuestas en su momento por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal Constitucional español.

Una de las primeras sentencias que emitió el máximo intérprete de la Constitución se produjo tres años después de la incorporación del art. 2.6 en la CPP. Entonces el Tribunal delineó el contenido constitucional de este derecho en los siguientes términos:

«El hábeas data [como instrumento que tutela el derecho consagrado en el inciso 6 del artículo 2° de la Constitución] constituye un proceso al que cualquier justiciable pueda recurrir con el objeto de acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera sea su naturaleza, a fin de ratificar, actualizar, excluir determinado conjunto de datos personales, o impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad.»

En el mismo sentido ha señalado que su protección comprende: i) La capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una

persona. Explica el Tribunal que tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información, así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. ii) La posibilidad de agregar datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. iii) La oportunidad de rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados (Sentencia Tribunal Constitucional, 16 de noviembre 2007, 3)²².

Resulta interesante observar que el TC, aunque utiliza la denominación *autodeterminación informativa*, se refiere al derecho contenido en el artículo 2.6 de la CPP; incluso antes de la promulgación de la LPDP, configurando y delimitando su contenido.

Su jurisprudencia ha hecho referencia, entre otras cosas, a diferenciar a uno y otros derechos aparentemente similares. Al respecto ha señalado que «la autodeterminación informativa» se diferencia:

i) Del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad.

ii) Del derecho a la imagen, reconocido en el art. 2.7 de la CPP que protege, básicamente, la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido. En este contexto, el Tribunal señala que mientras que el derecho a la

²² Antes de este pronunciamiento, el TC había asumido dicha posición en el ya citado STC del 18 de enero del 2002 recaída

sobre el Expediente N° 0197-2000-HD/TC, fundamento jurídico N° 4.

autodeterminación informativa garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad.

iii) Del derecho a la intimidad, es decir, del poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas; toda vez que el derecho a la autodeterminación informativa garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen (Sentencia Tribunal Constitucional, 18 de enero 2002, 3)²³.

Explica el TC que este derecho tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos.

Entre el 2012 y el 2014 el Tribunal Constitucional, emitió algunos pronunciamientos sobre controversias relacionadas con el – utilizando su denominación original– derecho a la autodeterminación informativa (Sentencia Tribunal Constitucional, 24 de julio 2012, 6)²⁴.

Los pronunciamientos obtenidos durante esos años hacen referencia a algunos lineamientos para

el ejercicio legítimo del derecho que el TC denominó autodeterminación informativa, aun cuando sino porque además durante estos años ya empezaban los esbozos legislativos de una ley sobre la materia. De hecho, en algunos pronunciamientos se hace referencia a dicha norma. Así, por ejemplo, en la STS del 7 de agosto del 2014 recaída sobre el Expediente N° 02491–2013–PHD/TC el Tribunal señaló:

«Se evidencia la lesión del derecho a la autodeterminación informativa del recurrente, pues su negativa no encuentra sustento en supuesto razonable alguno, dado que la información o datos que se han solicitado no evidencian requerimiento sobre datos sensibles de terceros o que se encuentren vinculados a información clasificada cuya restricción resultaría legítima en los términos que hoy regula el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales (Decreto Supremo N.° 003–2013–JUS), razones por las que corresponde estimar la demanda, y proceder a entregar el expediente administrativo que en copia fedateada fue incorporado como acompañado al presente proceso.(2013, 5)²⁵»

De forma particular, en el año 2014 el Tribunal comienza a brindarle mayor contenido al derecho

²³ En complemento a lo anterior mediante sentencia recaída en el Expediente N° 04739–2007–PHD/TC el Tribunal ha sostenido que: «El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal. Mediante la autodeterminación informativa se busca proteger a la persona en sí misma, no únicamente en los derechos que conciernen a su esfera personalísima, sino a la persona en la totalidad de ámbitos; por tanto, no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, ya que mientras éste protege el derecho a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa busca garantizar la facultad de todo individuo de poder preservarla ejerciendo un control en el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen [...]. En este orden de ideas, el derecho a la autodeterminación informativa protege al titular del mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al titular afectado la

posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera “sensibles” y que no deben ser objeto de difusión ni de registro; así como le otorga la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de los mismos.»

²⁴ «El derecho a la autodeterminación informativa también supone que una persona pueda hacer uso de la información privada que existe sobre ella, ya sea que la información se encuentre almacenada o en disposición de entidades públicas, o sea de carácter privado. En ese sentido, parece razonable afirmar que una persona tiene derecho a obtener copia de la información particular que le concierne, al margen de si ésta se encuentra disponible en una entidad pública o privada». En ese sentido el Tribunal advierte que la entrega de la información solicitada por la recurrente resulta parcial y por lo tanto se evidencia la afectación del derecho de acceso a la autodeterminación informativa, por lo que corresponde estimar la demanda. (Fundamentos jurídicos N° 6–9).

²⁵ Con similares referencias, se resuelve en la STC del 21 de agosto del 2014 recaída sobre el Expediente N° 02995–2013–PHD/TC, STC del 21 de agosto del 2014 recaída sobre el Expediente N°02324–2013–PHD/TC; y en la STC del 23 de junio de 2014 recaída en el Expediente N° 03025–2013–PHD/TC.

que sigue denominando *autodeterminación informativa* y emite algunos pronunciamientos especialmente importantes²⁶ relacionadas con las actividades que realizan las centrales de riesgo en lo que respecta al tratamiento de información personal.

En el mismo sentido, el TC plantea también algunos lineamientos importantes. Tal es el caso de la STS del 23 de octubre del 2014 recaída en el Expediente N° 03468-2013-PHD/TC, en la cual el Tribunal sostuvo: «*La entidad o banco de datos encargada de resguardar datos personales no tiene la obligación de crear o generar información con la cual no cuente*». En este caso el Tribunal evidenció que la petición del recurrente no se encontraba destinada a acceder a información preexistente, sino que pretendía la emisión de certificados de discapacidad que aún no han sido aún elaborados, situación que no lesionaba derecho a la autodeterminación informativa invocado. Asimismo, el Tribunal – citando la LPDP recuerda al recurrente su derecho para solicitar el acceso al citado documento conforme lo dispone el artículo 19° de la Ley de Protección de datos personales.

5. LA PROTECCIÓN, DEFENSA Y GARANTÍA DE LA PRIVACIDAD EN EL PERÚ A TRAVÉS DE LA LPDP: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA REAL EXISTENCIA DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN.

El artículo 2.6 de la CPP de 1993 reconoce como objeto de tutela, la protección de la privacidad. Los mecanismos de defensa de este derecho se han desarrollado a través de la LPDP y de su respectivo Reglamento, cuya vigencia empezó desde julio del 2011.

²⁶ Recuérdese que a partir del 2011, el art. 2.6 de la CP de 1993 fue desarrollado con la promulgación y vigencia de la Ley N° 29773, Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, cuyo contenido será desarrollado en los apartados siguientes.

²⁷ En adelante DCF.

²⁸ Dicha disposición señalaba: «La presente Ley entra en vigencia conforme a lo siguiente: 1. Las disposiciones previstas

El 3 de julio del 2011 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, en cuya 12° Disposición Complementaria Final²⁷ se regularon los aspectos relacionados a su vigencia²⁸. Tal como puede leerse del texto de la norma, la primera parte de la 12° DCF señalaba que las obligaciones vigentes al día siguiente de la publicación de la norma eran:

- Título II referido al tratamiento de datos personales y el consentimiento, obligaciones sobre el flujo transfronterizo, seguridad en el tratamiento de los datos personales, confidencialidad de los datos personales;
- Art. 32° (primer párrafo) referido a la creación de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (APDP);
- 1° DCF que trata sobre la elaboración del reglamento a través de una comisión presidida por la APDP;
- 2° DCF referida a la elaboración de la directiva de seguridad de la información;
- 3° DCF que reconoce el plazo de adecuación para los documentos de gestión y del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Justicia;
- 4° DCF que introduce las modificaciones a las leyes existentes a efectos de su adecuación a la LPDP;
- 9° DCF referido a la no afectación de facultades de la administración tributaria;
- 10° DCF sobre el financiamiento.

En complemento a ello, el segundo numeral de dicha disposición precisaba que el resto de obligaciones resultarían exigibles 30 días hábiles después de la publicación del Reglamento, el cual tenía un periodo de 120 días para elaborarse (Art. 1° DFC). Y adicionalmente, la 5° DFC de la misma LPDP señalaba que los bancos de datos personales preexistentes a la vigencia de la norma tenían que

en el Título II, en el primer párrafo del artículo 32 y en las primera, segunda, tercera, cuarta, novena y décima disposiciones complementarias finales rigen a partir del día siguiente de la publicación de esta Ley. 2. Las demás disposiciones rigen en el plazo de treinta días hábiles, contado a partir de la publicación del reglamento de la presente Ley.»

esperar el *plazo de adecuación* que sería definido también en el reglamento²⁹, sin perjuicio de las obligaciones derivadas del artículo 29°.

Fundamentalmente, dicho artículo 29° contiene la obligación de inscribir los Bancos de Datos Personales ante el Registro Nacional de Protección de Datos Personales, señalando su finalidad, identidad, así como el domicilio de su titular o del encargado, de ser el caso³⁰. Ahora, al no encontrarse contenida en ninguna de las referencias de la primera parte de la 12° DFC, su vigencia tendría que esperar los 30 días hábiles posteriores a fecha de la publicación del reglamento³¹, es decir su cumplimiento sería exigible a partir del 8 de mayo del 2013.

Y esto significaba; primero, que una parte de las obligaciones contenidas en la LPDP entraron en vigencia al día siguiente de la publicación de la ley, y las demás entrarían en vigencia 30 días después de la publicación del Reglamento. Segundo, que los bancos de datos preexistentes a la vigencia de la ley tendrían un «plazo de adecuación», que sería determinado por el Reglamento y contado desde la publicación de éste. Tercero, que era obligación de los ciudadanos (o por lo menos de quienes están relacionados con las cuestiones jurídicas de la actividad empresarial) conocer cuál era el alcance, exigencias y limitaciones de la norma; y, evidentemente, cómo afectaba dicha regulación a las empresas (tanto del sector público, como del sector privado). Más aún cuando ésta norma materializaba uno de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política del Perú de 1993, el derecho a la privacidad. (Art. 2 inc. 6 de la CPP)³². Hasta aquí, es posible esquematizar lo antes referido de la siguiente manera:

²⁹ 5° DFC de la LPDP.– «Los bancos de datos personales creados con anterioridad a la presente Ley y sus respectivos reglamentos deben adecuarse a esta norma dentro del plazo que establezca el reglamento. Sin perjuicio de ello, sus titulares deben declararlos ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 29.»

³⁰ Literalmente, el referido artículo señala: «La creación, modificación o cancelación de bancos de datos personales de administración pública y de administración privada se sujetan a lo que establezca el reglamento, salvo la existencia de

Cuadro N° 01 Vigencia de la Ley de Protección de Datos Personales en el Ordenamiento Jurídico peruano (Parte I)

3 de julio del 2011	4 de julio del 2011	3 de julio del 2011 + 120 días hábiles
Publicación de la LPDP	Vigencias de las primeras obligaciones	Vigencia de las demás obligaciones
	(Principio de aplicación inmediata)	(Principio de aplicación inmediata)
	Tratamiento de datos personales y el consentimiento	El resto de obligaciones de la LPDP tendría que esperar 30 días contados desde la publicación del Reglamento.
	Flujo transfronterizo	
	Seguridad en el tratamiento de los datos personales	
	Confidencialidad de los datos personales	
	Creación de la APDP	
	Elaboración del reglamento	
	Elaboración de la directiva de seguridad de la información	
	Adecuación de procedimientos del Ministerio de Justicia	
	Codificaciones a las leyes existentes a efectos de su adecuación a la LPDP;	
	Las facultades de la administración tributaria	
	El financiamiento	

Fuente: Elaboración propia

Tal como lo ordenaba la 1° DCF de la LPDP, para la elaboración del Reglamento se constituyó una comisión multisectorial presidida por la Autoridad

disposiciones especiales contenidas en otras leyes. En todo caso, se garantiza la publicidad sobre su existencia, finalidad, identidad y el domicilio de su titular y, de ser el caso, de su encargado.»

³¹ Según lo disponía el numeral 2 de la 12° DFC.

³² Denominado por el Tribunal Constitucional como «derecho a la autodeterminación informativa». El Tribunal Constitucional definió este derecho en su sentencia de fecha 29 de enero de 2003 en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, en el marco de un proceso de hábeas data.

de Protección de Datos Personales, la cual tuvo un plazo de 120 días hábiles para concluir su encargo³³.

El 22 de marzo del 2013 el Diario Oficial «El Peruano» publicó el Decreto Supremo N° 003-2013 mediante el cual se aprobaba el reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales. El artículo 3° de dicho Decreto Supremo señalaba que la vigencia del reglamento sería treinta (30) días hábiles posteriores a su fecha de publicación, es decir el 8 de mayo del 2013. Esto implicaba también que en esa misma fecha se activarían las disposiciones de la LPDP que esperaban la reglamentación³⁴.

No obstante, el reglamento también tenía sus propias disposiciones para la vigencia de algunas obligaciones. En primer lugar señalaba que el «plazo de adecuación» para los bancos de datos personales preexistentes a la vigencia de la norma era de dos (2) años, sin perjuicio – claro está – de la obligación de registro contenida en el artículo 29° de la ley³⁵. Y en segundo lugar precisaba que la facultad sancionadora de la Dirección General de Protección de Datos Personales, en relación a los bancos de datos personales preexistentes a la vigencia del reglamento estaba suspendida hasta el vencimiento del plazo de adecuación de los dos (2) años concedido por el mismo reglamento³⁶. Y ¿qué sucedería con las demás facultades de la APDP y el resto de disposiciones del reglamento? El artículo 3° del Decreto Supremo que aprueba el reglamento señalaba que éste en su conjunto entraba en vigencia 30 días después de su publicación; por lo que debería interpretarse que

³³ 1° DCF de la LPDP.- Para la elaboración del proyecto de reglamento, se constituye una comisión multisectorial, la que es presidida por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales. El proyecto de reglamento es elaborado en un plazo máximo de ciento veinte días hábiles, a partir de la instalación de la comisión multisectorial, lo que debe ocurrir en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley.

³⁴ El segundo numeral de la 12° DFC señalaba que las disposiciones de la LPDP (no especificadas en el numeral 1) regirían en el plazo de treinta días hábiles, contado a partir de la publicación del reglamento de la Ley.

³⁵ 1° DC del reglamento.- Adecuación de bancos de datos personales. En el plazo de dos (2) años de la entrada en vigencia

la única salvedad era el «plazo de adecuación» contenido en la 1° DCF.

Cuadro N° 02 Vigencia de la Ley de Protección de Datos Personales en el Ordenamiento Jurídico peruano (Parte II)

22 de marzo de 2013	22 de marzo de 2013	8 de mayo de 2015
<ul style="list-style-type: none"> • Publicación del Reglamento 	<ul style="list-style-type: none"> + 30 días hábiles = 8 de mayo de 2013 • Vigencia de las disposiciones de la LPDP que esperaban reglamentación. (Aplicación suspendida) Vigencia del Reglamento (Principio de aplicación diferida) Artículo 3° del Decreto Supremo N° 003-2013 mediante el cual se aprobaba el Reglamento. 	<ul style="list-style-type: none"> • Vigencia de las obligaciones respecto de los bancos de datos personales preexistentes a la vigencia de la norma. <p>Plazo de adecuación: 2 años, contados desde la vigencia del reglamento.</p>

Fuente: Elaboración propia

Transcurridos los 30 días hábiles posteriores a la publicación del reglamento, casi la totalidad de la normativa respecto de la protección de datos personales estaría vigente; especialmente aquella relacionada con el tratamiento de los datos personales y todo lo que ello implicaba.

En ese sentido, en la medida que las obligaciones resultaban predicables del tratamiento de datos, 30 días hábiles posteriores a la publicación del reglamento eran exigibles aquellas disposiciones

del presente reglamento, los bancos de datos personales existentes, deben adecuarse a lo establecido por la Ley y el presente reglamento, sin perjuicio de la inscripción a que se refiere la 5° DCF de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

³⁶ 2° DC del reglamento.- Facultad sancionadora. La facultad sancionadora de la Dirección General de Protección de Datos Personales, en relación a los bancos de datos personales existentes a la fecha de la entrada en vigencia del presente reglamento, queda suspendida hasta el vencimiento del plazo de adecuación establecido en la Primera Disposición Complementaria Transitoria.

respecto de los principios, el consentimiento, el ejercicio de los derechos de los titulares de los datos, la transferencia de la información. Y con referencia a las obligaciones que recaen sobre los bancos de datos, únicamente eran exigibles las obligaciones relacionadas con la inscripción del Banco de Datos ante el Registro Nacional de Protección de Datos Personales.

Por tanto, las medidas de seguridad necesarias para la custodia de la información, era lo que quedaba sujeto al «plazo de adecuación» de dos (2) años siempre que los bancos de datos hayan sido creados antes de la vigencia de la norma, esto es, antes del 8 de mayo del 2013.

La diferenciación inicialmente planteada sobre las obligaciones respecto de los bancos de datos personales, como contenedor de la información personal; y del tratamiento de los datos personales, como acción propia del titular, encargado y/o responsable, explicaría también el sentido del «plazo de adecuación» contenido en la 5° DFC de la Ley y la 1° DC del reglamento; entendiéndose que aquello que se encontraba suspendido eran las obligaciones respecto de los bancos de datos personales preexistentes a la vigencia de la norma, y que el reglamento determinó el periodo de dos (2) años; más no las obligaciones generadas por el tratamiento de la información personal.

¿Cuáles son esas obligaciones? Hasta este análisis se han logrado determinar tres obligaciones concretas: 1. Inscribir el Banco de Datos ante el Registro Nacional de Protección de Datos Personales. 2. Modificar y/o cancelar los Bancos de Datos inscritos, de ser el caso. 3. Disponer de las medidas de seguridad necesarias para la custodia de la información. Las dos primeras obligaciones se encuentran estrechamente vinculadas, por lo que es concretamente la tercera la que entrará en vigencia después del 8 de mayo del 2015 y comenzará a ser exigible por parte de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, la APDP.

De lo antes descrito se deriva la pregunta final ¿Qué sucedería el 8 de mayo del 2015? Por un lado, habrá vencido el «plazo de adecuación» para los

bancos de datos personales creados con anterioridad a la vigencia de la norma; y por otro, con el vencimiento de dicho plazo también entrará en vigencia la facultad sancionadora de la APDP respecto de estos bancos de datos.

Esta regulación creó para los peruanos un nuevo paradigma, fortaleciendo no solo la garantía de un derecho constitucionalmente reconocido, sino además la materialización de un derecho indispensable para esta nueva era de la tecnología y la informática, propia del siglo XXI.

Sin embargo, dada la naturaleza de este – para nosotros– nuevo régimen, rápidamente el sector empresarial cuestionó su poca flexibilidad en algunos casos y su excesiva rigurosidad en otros; subordinando –en su mayoría– la defensa de un derecho fundamental a distintas valoraciones, especialmente de índole económica (Galvez, 2015). Uno de los primeros cuestionamientos que surgieron, al publicarse la Ley estuvo relacionado con los gastos que generaría a las empresas su adecuación, pues se consideró que la regulación era excesiva y se convertiría en un importante sobre costo para los negocios.

En ese sentido – a criterios de quienes argumentan en contra de esta ley– resultaba poco coherente exigir obligaciones que demandaban un incremento de costos en las transacciones, desaceleración de la economía, ausencia de inversiones, dificultades para el desarrollo de los negocios, además de situaciones que afectan, en general, la libertad de empresa (Gálvez, 2015). Por tanto, argumentando y sosteniendo que durante los últimos años ha sido intención del Gobierno reactivar el crecimiento económico, se consideró que una ley de esta naturaleza limitaba las actividades comerciales, pues lo que antes era lícito hacerlo libremente; ahora *hay que pedir permiso* (Quiroga, 2014, p– 84). Y esto es así porque, tras la entrada en vigencia de la LPDP y su reglamento, las empresas no podrán utilizar deliberadamente la información personal que tengan en su poder.

Bajo el argumento de que las normas sobre protección de datos personales conspiran contra el deseo de incentivar que las empresas compitan

por mejorar el diseño de los productos o servicios para ganar al consumidor; parece haberse olvidado que para un Estado de Derecho como el nuestro resulta altamente cuestionable que la garantía de un derecho fundamental dependa de la valorización económica que pueda hacer un empresario (Quiroga, 2015). Más aun cuando la Carta Fundamental del Perú reconoce que Perú se rige por los estándares de un modelo económico constitucional que exige la sinergia entre las libertades económicas y el respeto a la dignidad humana, poniendo en evidencia que los derechos fundamentales no se encuentran aislados en el ordenamiento, sino que concurren creando una influencia recíproca que contribuye incluso a delimitar sus contenidos.

No cabe duda que en pleno siglo XXI, los «datos personales» se han convertido en la nueva «moneda de cambio». Hoy, las empresas buscan reunir, a toda costa, diferente tipo información que les permita diseñar sus estrategias comerciales, desarrollar mejor su producto, optimizar sus servicios, fortalecer su competitividad y destacar en el mercado. Así, por ejemplo, se recopilan datos relacionados con los ingresos, la salud, la familia, gustos, preferencias, costumbres, etc.

El trabajo realizado por la Autoridad de Protección de Datos Personales (en lo sucesivo APDP) entre el 2014–2016 ha puesto de manifiesto un alto índice de incumplimiento a la norma. Entre las infracciones más recurrentes se aprecian las siguientes: (i) Tratamiento de datos para perfilamientos comerciales sin consentimiento de los titulares de los datos personales³⁷. (ii) Envío de información personal fuera del territorio peruano sin la autorización correspondiente ³⁸. (iii) Transferencias a terceros de la información personal para la prestación de servicios complementarios³⁹.

³⁷ Al respecto puede consultarse la Resolución Directoral N°039–2015–JUS/DGPDP del 07 de diciembre de 2015 recaída sobre el Expediente N° 080–2015–PS; Resolución Directoral N° 006–2016–JUS/DGPDP de fecha 22 de enero de 2016 recaída sobre el Expediente N° 018–2015–PS.

³⁸ Al respecto puede consultarse la Resolución Directoral N° 028–2015–JUS/DGPDP del 21 de setiembre de 2015 recaída sobre el Expediente N° 040–2015–PS.

A pesar de la identificación de dichos problemas, desde entonces hasta hoy poco parece haberse avanzado. Recientemente, el 6 de enero del 2017, a través del Decreto Legislativo N° 1353 se creó la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y se modificó la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, presentándose algunos cambios en nuestro sistema de protección; sin embargo, la vigencia de las modificatorias que dicha norma desarrolló se encuentran suspendidas hasta que se apruebe su reglamentación y se produzca la modificación del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Hasta ahora la garantía de la defensa y protección de la privacidad parecen haberse detenido en el tiempo.

6. CONCLUSIONES

La regulación respecto del tratamiento de los datos personales, tal como sucede en todos los países del mundo, tiene impacto tanto sobre las entidades del sector público como las empresas del sector privado. No obstante, el *enforcement* normativo de la ley peruana es probablemente uno de los desafíos más importantes que deben afrontarse. La causa de esto es variante, pero dos factores pueden identificarse como los principales motivos. Por un lado el desconocimiento de la ley, y por otro la escasa cultura que tienen los ciudadanos respecto de la protección de su privacidad. El mayor cuestionamiento que ha recibido el estado peruano respecto de este tipo de regulación se ha gestado en el sector empresarial, quienes han recibido de forma negativa las exigencias derivadas de la normatividad vigente. Sin embargo, parece haberse olvidado que para un Estado Social y Democrático de Derecho el nuestro

³⁹ Al respecto puede consultarse la Resolución N° 022–2015–JUS/DGPDP de 30 de julio de 2015 recaída sobre el Expediente N° 004–2015–PTT; Resolución N° 003–2015–JUS/DGPDP de 20 de febrero de 2015 recaída sobre el Expediente N° 016–2014–PTT.

resulta altamente cuestionable que la garantía de un derecho fundamental dependa de la valorización económica que pueda hacer un empresario. Más aun cuando la Carta Fundamental del Perú reconoce que Perú se rige por los estándares de un modelo económico constitucional que exige la sinergia entre las libertades económicas y el respeto a la dignidad humana.

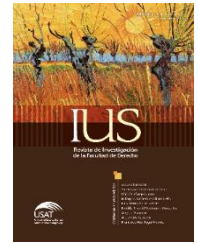
Bibliografía

- Álvarez, J. M. (1999). *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993. Comentarios*. 5° Edición, Lima, Perú: Editora RAO SRL.
- Bustamante, R. (2010) *Entre la moral, la política y el derecho: el pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*. Madrid, España: Dykinson.
- Carnoy, M. (2000) *El trabajo flexible en la era de la información*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Castells, M.: *La era de la información, economía, sociedad y cultura. La sociedad red*, Vol. 1. Editorial Alianza, Madrid, 2000.
- Castelló, A. (2010) *Estrategias empresariales en la web 2.0. Las redes sociales online*. Alicante, España: Editorial del Club Universitario.
- Corrales, M.; Barnitzke, B.; Forgó, N.; Bouchoux, María Clara (2011) *Aspectos Legales de la computación en la Nube: protección de datos y marco general sobre propiedad intelectual en la legislación europea*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Editorial Allbremática.
- Costa, R. (trad.) (2001), *IBM y el Holocausto*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Atlántida.
- Cukier, K. (2014) *Los big data y el futuro de los negocios*. Madrid, España: Editorial del BBVA.
- Evans, P (2014) *Reinventar la empresa en la era digital*. Madrid, España: Editorial del BBVA.
- Fundación Konrad Adenauer Stiftung (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. México D.F., México, Editorial Fundación Konrad Adenauer.
- García, M. (2005). *Principios de Derecho de Internet*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- González, E. (2001) "IBM, al servicio del holocausto: Un libro describe cómo el régimen de Hitler clasificó a sus víctimas con material de la firma estadounidense" en *Diario El País*. New York, USA: Ediciones El País S.L.
- González, F. (2015). *Reinventar la empresa en la era digital*. Madrid, España: Editorial BBVA.
- Gozaíni, O. (2001). *Habeas data protección de datos personales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Hernández, J. (2013). *El derecho a la protección de Datos Personales en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, España: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- Herrán, A. (1998) *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*. Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Kresalja, B.; Ochoa, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.
- Isaca (2009). *Computación en la nube: Beneficios de negocio con perspectivas de seguridad*,

- gobierno y Aseguramiento*, Illinois, USA: Editorial Isaca.
- Marr, B. (2015). *Big Data: Using smart Big Data, Analytics and Metrics to Make Better Decisions and Improve Performance*, Indianápolis, USA: Editorial Wiley.
- Piñar, J. (2009). *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Palma, L. (2006) "El proceso de hábeas data en el diseño del Código Procesal Constitucional" en *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Tomo II, (pp. 673-681). Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Piñar, J. (2010) *¿Existe privacidad? En Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, Ciudad de México, México: Editorial Tiro Corto Editores.
- Puente, X. (2011) "Protección de datos personales en México ante el modelo norteamericano y el modelo europeo" en *Derecho y TIC 10.0*, (pp. 335-366) Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Alguacil, J. (2001). La libertad informática: aspectos sustantivos, y competenciales (SSTC 290/2000 y 292/2000). *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, N° 7, pp. 365-985.
- Cano, P. (2009). La protección de datos personales en Iberoamérica. *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá II*, pp. 515-549.
- Chirinos, D; Albán, J. (2015). Ley de protección de datos personales: ¿Cuán protegidos estamos? *Revista Semana Económica*, SE N° 1491, pp. 21-22.
- Corral, H. (2000). Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: Origen, desarrollo y fundamentos. *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 27, N° 1, pp. 51-79.
- González, A. (1993). Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales. *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 37, pp. 227-270.
- Gálvez, V. (2014). Ley de protección de datos personales: ¿Cuánto le costará a las empresas? *Revista Semana Económica*, SE N° 1450, pp. 4 - 6.
- García, A. (s.f.). La protección de datos personales: Derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XL, N° 120, pp. 743- 778.
- Heredero, Manuel (s.f.). La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa al censo de población de 1983. *Documentación Administrativa*, N° 198, pp. 139-158.
- Iglesias, C. (2012). Derecho e información. *El profesional de la información*, N° 5, V. 21, s/e, pp. 449-452.
- Marcenaro, R. (1989). El derecho a la intimidad y la informática. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 32, pp. 79 - 100.
- Martínez, R. (2007). El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas. *Revista de Internet, Derecho y Política*, N° 5, pp. 47-61.
- Morales, Juan. (2005). Privacidad de la intimidad personal y familiar. *La Constitución comentada*, pp. 81-116.

- Ornelas, L.; Higuera, M. (2013). La autorregulación en materia de protección de datos personales: la vía hacia una protección global. *Revista de Derecho, comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, N° 9, pp. 5– 30.
- Quiroga, J. (2014). La protección de datos personales: a propósito del caso datosperu.org. *Revista La Ley, el ángulo legal de la noticia*, diciembre 2014, pp. 84–85.
- Quiroga, J. (2015). Sobre el desinterés y el desconocimiento de una Ley: La Protección de Datos Personales: ¡Bienvenidos al tema! *Revista La Ley, el ángulo legal de la noticia*, mayo 2015, pp. 37–41.
- Red Iberoamericana de protección de datos, (2006) *Autorregulación y protección de datos personales*, pp. 1–9.
- Remolina, N. (2012). Aproximación constitucional de la protección de datos personales en Latinoamérica. *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, pp. 1–13.
- Remolina, N. (2012), Insuficiencia de la regulación Latinoamericana frente a la recolección internacional. *Quaestiones Disputatae 2*, pp. 179–226.
- Riascos, L. (2008). La informática jurídica documental, los datos personales informatizados, el *thesauro* jurídico y el documento jurídico electrónico. *Ensayos jurídicos de derecho informático*, pp. 1–22.
- Saldaña, M. (2012). The right to privacy». La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: el centenario legado de Warren y Brandeis. *UNED, Revista de Derecho Político*, N° 85, pp. 195–240.
- Torres, C. (1989). Nociones preliminares sobre el Derecho de la informática y la informática jurídica. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 32, pp. 49 –78.
- Vásquez, J. (2013). Horizontes y desafíos de Internet de las cosas. *Revista Cambio: 19 ensayos fundamentales sobre cómo internet está cambiando nuestras vidas*, pp. 9–24.
- Warren, S.; Brandeis, L. (1890). The right to privacy. *Harvard Law Review*, Volumen IV, N° 5, pp. 193–220.
- STC del 29 de enero del 2003 recaída sobre el Expediente N° 1797–2002–HD/TC
- STC del 18 de enero del 2002 recaída sobre el Expediente N° 0197–2000–HD/TC
- STC del 16 de noviembre del 2007 recaída sobre el Expediente N° 03052–2007–PHD/TC
- STC del 24 de julio del 2012 recaída sobre el Expediente N° 00693–2012–PHD/TC
- STC del 30 de enero del 2014 recaída sobre el Expediente N° 06227–2013–PHD/TC
- STC del 7 de agosto del 2014 recaída sobre el Expediente N° 02491–2013–PHD/TC
- STC del 23 de octubre del 2014 recaída sobre el Expediente N° 03468–2013–PHD/TC
- STC del 7 de agosto del 2014 recaída sobre el Expediente N° 03700–2010–PHD/TC
- STC del 18 de marzo del 2011 recaída sobre el Expediente N° 0831–2010–PHD/TC
- STC del 30 de mayo del 2011 recaída sobre el Expediente N° 04227–2009–PHD/TC
- STC del 21 de agosto del 2014 recaída sobre el Expediente N° 02995–2013–PHD/TC

STC del 21 de agosto del 2014 recaída sobre el
Expediente N° 02324-2013-PHD/TC



LA NECESIDAD DE FORTALECER LAS ESTRATEGIAS PARA LA PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS. REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO FINANCIERO

Luis Henry Heras Zárate¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 1 de octubre de 2017

Aceptado el 19 de marzo de 2018

Palabras claves:

Derecho financiero

Lavado de activos

Bancos

RESUMEN

Planteamos que en cumplimiento de los artículos 8° y 44° de Nuestra Constitución Política del Perú, constituye un deber del Estado peruano luchar contra el narcotráfico y sus delitos confluyentes o colaterales como es el lavado de activos. Para ello es necesario una revisión y modificación a nuestro ordenamiento jurídico en relación al fortalecimiento de las estrategias para no solo enfrentar, sino también prevenir el lavado de activos en el Perú. Nuestra investigación se desarrolla, a partir de las instituciones financieras, bancos, bolsas de valores, casas de cambio y las empresas que brindan diferentes clases de bienes y servicios, y en forma particular las compañías que operan en el plano transnacional y que están acechadas o involucradas con el lavado de activos, pues los lavadores buscan la forma de burlar las fronteras de los Estados en donde las actividades ilícitas se desarrollan, y consideramos que el lavado de activos se ha convertido en un problema de estándar global que debilita la economía del mundo, es por eso que esta propuesta de investigación apunta a verificar y fortalecer aquellas estrategias legales que combaten el lavado de activos desde el Derecho Financiero .

The need to strengthen the strategies for the prevention of money laundering. Reflections from the perspective of financial law

ABSTRACT

Keywords:

Financial Law

Money laundering

Banks

We propose that in compliance with Articles 8° and 44° of our Political Constitution of Peru, it is a duty of the Peruvian State to fight against drug trafficking and its confluent or collateral crimes such as money laundering. This requires a revision and modification of our legal

¹ Máster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa en la Universidad de Piura. Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego. Con estudios de especialización en Banca y Finanzas por el Instituto de Formación Bancaria & Asociación de Bancos del Perú, IFB – ASBANC. Área de Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Email: lheras@usat.edu.pe

system in relation to strengthening strategies to not only face, but also prevent money laundering in Peru.

It is in this context that our research is developed, from financial institutions, banks, stock exchanges, exchange houses and companies that provide different kinds of goods and services, and in (sin in) particular companies operating at the transnational level, and that they are(that are) harassed or involved with money laundering, as the launderers seek to circumvent the borders of the states where illicit activities take place, and we believe that money laundering has become a global standard problem that weakens the world's economy, that is why this research proposal aims to verify and strengthen those legal strategies that combat money laundering from the Financial Law.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años se viene librando una de las más grandes guerras económicas en el interior del sector financiero. El Estado se enfrenta a uno de sus mayores, y más antiguos enemigos, el lavado de activos. Hoy, en el contexto del evolucionado siglo XXI esta problemática ha vuelto a cobrar vigencia, y cada vez es más frecuente encontrar en los titulares de noticias aperturas de investigaciones por este tipo de hechos.

Como es bien conocido, lavar activos significa ocultar el origen de bienes o caudales obtenidos de actividades ilícitas, es decir, de delitos previos, como el narcotráfico, la minería ilegal o la corrupción. En ese contexto, puede resultar común que el “lavador” ignore los detalles de los crímenes previos, como parte de una estrategia diseñada para proteger a quienes propiciaron el “dinero sucio”. Esto hace que para las autoridades resulte difícil identificar claramente las circunstancias del delito del que proviene el dinero que se quiere lavar (el llamado “delito fuente”) y a sus responsables.

De acuerdo a la definición proporcionada por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), el lavado de activos es el conjunto de operaciones realizadas por una o más personas naturales o jurídicas, tendientes a ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que provienen de

actividades delictivas (SBS, 2017). Por lo general, este delito se desarrolla mediante la realización de varias operaciones, encaminadas a encubrir cualquier rastro del origen ilícito de los recursos (Berman, 2006; Sánchez, 2002). Es decir, el dinero ilegal busca refugio y legitimación en los servicios o negocios que ofrecen y realizan las entidades financieras. En la mayoría de casos se usa la colocación diversificada de dinero entregados en distintos ámbitos, de tal manera que el dinero, adoptando una forma ilícita, se convierta en dinero formal, aun cuando la actividad que la ha generado no lo sea.

Los flujos monetarios que se manejan en este tipo de operaciones son increíblemente elevados. El lavado de activos representa entre el 2% y el 5% del Producto Bruto Interno Mundial (Sánchez, 2002, p. 6). Los cálculos realizados por el Fondo Monetario Internacional y la Organización de las Naciones Unidas, indican que al año se lavan activos de unos US\$ 1.5 a 2.0 billones. Esto equivale a la tercera parte de las divisas de todos los Bancos Centrales. Según estimado del Banco Interamericano de Desarrollo, en América del Sur las operaciones por lavado de activos fluctúa entre el 2.5% a 6.3% del Producto Bruto Interno anual de la región (SBS, 2011).

Desde el 26 de junio del 2002, fecha en la que el Perú promulgó la ley contra el Lavado de Activos (Ley N° 27765), las autoridades del sector financiero nacional han tomado mayor

responsabilidad para hacer frente a este escenario, y lograr estabilizar el desenvolvimiento de nuestros flujos de capitales.

Aparentemente el problema del lavado es un tema que compete desarrollarlo desde la óptica del Derecho Penal; sin embargo, la búsqueda de soluciones para los conflictos socio-económicos que estos hechos generan es competencia de todas las ramas jurídicas, especialmente del Derecho del Sistema Financiero. Es el Derecho del Mercado Financiero quien tiene mayor responsabilidad para hacer frente a este tipo de sucesos, dado que es en este escenario, donde el dinero obtenido ilícitamente, puede recobrar la licitud de sus movimientos. Así también porque los Bancos, Cajas y demás entidades financieras juegan un rol importante en la política económica del país, toda vez que se han perfilado como entidades cuya finalidad es comercializar dinero. De ahí que resultará de utilidad estratégica localizar la intervención del dinero de origen ilícito, cuando menos en el momento de su colocación en las agencias bancarias.

En tal sentido, es imprescindible contar con la colaboración de las propias empresas del Sistema Financiero, así como de sus empleados y funcionarios. En los últimos años se han venido planteando una serie de iniciativas internacionales con la finalidad de fortalecer el sistema bancario, a los fines de que pueda hacer frente de una forma eficaz ante el crecimiento de actividades criminales y sus relaciones con el mundo financiero. Se ha señalado que el sistema bancario puede desarrollar un rol preventivo extremadamente eficaz y, al mismo tiempo, generar una cooperación de los bancos para prevenir estas actividades (Prado, 2007, p. 42).

El desarrollo del presente artículo tiene por finalidad plantear la realidad de los procesos de lavado de activos y analizarlo, no sólo desde la perspectiva de la dogmática penal, sino desde la óptica del Derecho del Sistema Financiero, quien ha asumido el reto de hacer frente a este gran enemigo económico.

2. MARCO NORMATIVO:

- La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988)
- La Declaración de Principios de Basilea sobre Prevención de la Utilización del Sistema Bancario para Blanquear Fondos de Origen Criminal, del Comité sobre Regulación y Supervisión Bancaria del Grupo de los 10, (1988)
- El Informe y Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Dinero GAFI (1990)
- Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.
- Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos.
- Ley N° 29038, Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004.
- Normas para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, de aplicación general a los sujetos obligados a informar que carecen de organismos supervisores. R. SBS N° 486-2008.
- Decreto Supremos N° 057-2011-PCM. Aprobado el 30 de junio del 2011 y publicado el 01 de Julio del 2011 en el Diario Oficial “El Peruano”.

3. EL SISTEMA FINANCIERO

El Sistema Financiero peruano está compuesto por dos subgrupos; por aquellos que son participantes directos del Sistema Financiero, a través del Mercado de Valores o Capitales; y por aquellos que pertenecen a la esfera de la intermediación indirecta. Dentro del primer subgrupo se encuentran las Sociedades Agentes de Bolsa, los emisores de valores, los inversionistas institucionales, las Bolsas, los Fondos Mutuos y los Fondos de Inversión entre otros. Dentro del

segundo grupo se encuentran las empresas que realizan operaciones bancarias, las empresas de Seguros y Reaseguros y las empresas que administran los fondos privados de pensiones (Figueroa, 2010).

Fundamentalmente, las empresas financieras son reguladas y supervisadas por dos agencias gubernamentales: La Superintendencia Nacional del Mercado de Valores, la cual tiene a su cargo las empresas que realizan actividades de intermediación directa; y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú (SBS) que está encargada de aquellas empresas que realizan intermediación indirecta y las que prestan servicios complementarios y conexos.

Por otro lado, en este escenario también actúa el Banco Central de la Reserva del Perú (BCRP) quien tiene facultades para regular los instrumentos de política monetaria tales como el encaje y el sobre encaje en moneda nacional y extranjera, las operaciones de mercado abierto de instrumentos y moneda extranjera, así como los créditos con fines de regulación monetaria; pero con independencia propia.

En el proceso de lavado de activos, cualquier estructura del Sistema Financiero ha constituido siempre una vía natural de tránsito de los bienes obtenidos ilícitamente (Prado, 2007, p. 44). La mala utilización y el abuso de este sistema es un elemento identificativo del blanqueo de capitales. Es el Mercado Financiero y sus agentes quienes resultan siendo los accesos de inicio o conclusión, en una u otra forma, del circuito delictivo que recorren las organizaciones criminales dedicadas a brindar estos “servicios”.

Ahora, aun cuando la esencia del blanqueo de dinero no ha cambiado a través de los siglos, el contexto en el que este ocurre ha evolucionado considerablemente. Son tres las operaciones esenciales contra el blanqueo de dinero: el descubrimiento y localización del producto del delito y de los activos dimanantes de ese producto, su congelación y su decomiso y confiscación (Prado, 2007, p. 44); y es en este ciclo de operaciones donde interviene el Derecho Financiero.

4. REGULACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN EL PERÚ

De acuerdo a la Ley N° 27765 publicada el 26 de julio de 2002, y en concordancia con las modificaciones introducidas por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 986 del 22 de julio de 2007, existen dos formas de lavar activos:

“Artículo 1.- Actos de Conversión y Transferencia.
- El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso; será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.”

“Artículo 2.- Actos de Ocultamiento y Tenencia.-
El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.”

De forma complementaria el inciso segundo del artículo 6° del Decreto legislativo N° 986, dispone: “El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; terrorismo; delitos contra la administración pública; secuestro; extorsión; proxenetismo; trata de personas; tráfico ilícito de migrantes; defraudación tributaria; contra el patrimonio en su modalidad agravada; delitos aduaneros, u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal.” En complemento a ello, recientemente el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema mediante Sentencia Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 publicada

el 25 de octubre del 2017 ha fijado algunos lineamientos para configurar este delito:

- a) El delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material como para los efectos de su persecución procesal.
- b) El artículo 10 de la Ley de lucha eficaz contra el lavado de activos, Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249, es una disposición meramente declarativa y de reconocimiento. No es un tipo penal o un tipo complementario.
- c) El "origen delictivo", mencionado por el citado artículo 10, es un componente normativo. El origen del activo debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad de generar ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activos. La ley no alude a un elemento de gravedad de la actividad criminal precedente; no optó por el enfoque del "umbral".
- d) La noción "actividades criminales" no puede entenderse como la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de agentes delictivos individualizados y objeto. Basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico.
- e) El estándar o grado de convicción no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal o del procedimiento penal: la ley fija esos niveles de conocimiento. Varía, progresivamente, en intensidad.
- f) Para iniciar diligencias preliminares solo se exige elementos de convicción que sostengan una "sospecha inicial simple", para formalizar la investigación preparatoria se necesita "sospecha reveladora", para acusar y dictar auto de enjuiciamiento se precisa "sospecha suficiente", y para proferir auto de prisión preventiva se demanda "sospecha grave" (la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia). La

sentencia condenatoria requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable.

5. PROCESO DE LAVADO DE ACTIVOS

El lavado de activos es un delito sofisticado que requiere la creación de planes estratégicos para su implementación, el diseño de programas de acción y el desarrollo de una producción de bienes y servicios para legalizar el dinero obtenido ilícitamente.

La distinción de las etapas del proceso de lavado de activos puede variar. Algunos autores consideran que pueden existir entre tres o hasta cuatro etapas. Veamos:

- Obtención de dinero en efectivo o medios de pago, como consecuencia de actividades ilícitas (venta de productos o prestación servicios ilícitos).
- Colocación de los fondos. Esta etapa se materializa en la incorporación del producto ilícito en el Sistema Financiero nacional o internacional, a través de los diferentes mecanismos que tiene este sistema para operar. El dinero puede ser transformado en instrumentos de pago tales como cheques de gerencia, cheques de viajero u órdenes de pago que tienen como ventaja su fácil aceptación y la carencia de un titular específico, el cual facilita el tránsito y el encubrimiento del lavado (Prado, 2007, p. 47). Es decir, el dinero ilícito ingresa a los fondos a la economía legal a través de los circuitos financieros institucionalizados. Esta es la etapa más difícil para los lavadores, quienes deben desafiar las propuestas metodológicas de prevención existentes (Sánchez, 2002, p. 26).
- Decantación o intercalación de los fondos. Estratificación, diversificación o transformación: Esta etapa comienza cuando el dinero ha sido introducido en una entidad financiera o no financiera. En este marco, los clientes lavadores estructuran operaciones, para ocultar, invertir, transformar, asegurar o dar en custodia bienes provenientes del delito, con la finalidad de mezclar el dinero con aquel de origen legal. De esta manera podrán disimular su origen ilícito y alejarlos de su verdadera fuente. Todo ello con el fin de transferir el dinero de una cuenta a otra, o de una sociedad

a otra en distintas entidades financieras y hasta en distintos países (Sánchez, 2002, p. 26).

En esta etapa el despliegue de las habilidades para operar en el Sistema Financiero se pone de relieve. La operación más común es la transferencia de fondos, desde o hacia cuentas en el exterior, o se abren nuevas cuentas en el país de origen; todo a fin de recibir los pagos de créditos, los cuales se ejecutan, casi siempre, a través de nuevos cheques emitidos por terceros (Prado, 2007).

- Integración de los fondos. Finalmente llega la etapa de integración, inversión o goce de los capitales ilícitos. Es decir, el dinero ilícito regresa al Sistema Financiero o no financiero, disfrazado de dinero legítimo. Lo ideal es que en esta etapa se logre haber perdido el rastro de la procedencia del dinero, dado que en la etapa anterior debieron darse sucesivas transformaciones. Entonces, se plantea la convergencia de ambos ámbitos de la economía, el legal y el ilegal, y se logra un proceso complementario. La totalidad de dichas prácticas ilegales y criminales utilizan los mismos intermediarios y a las mismas técnicas: paraísos fiscales, sociedades fiduciarias, mercados financieros, etc. (Prado, 2007).

Veamos un ejemplo. El lavador podría depositar el efectivo en una institución financiera regulada, por ejemplo, un banco o una empresa de valores. O también podría adquirir bienes activos de elevado valor como, por ejemplo, automóviles, propiedades inmuebles o joyas. Así también el lavador podrá comprar o vender valores, metales preciosos u otros activos costosos, realizando el máximo de operaciones para desviar la verdadera fuente de los activos. Por último el lavador puede establecer una actividad intensiva en efectivo, por ejemplo, un restaurante o una tienda de alquiler de videos, donde los fondos ilegales puedan ser inyectados y reaparecer como ganancias ficticias o re-pago de préstamos (SBS, 2017).

6. EL LAVADO DE ACTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL SISTEMA FINANCIERO

6.1. Finalidad de Lavar Activos

Entre los instrumentos más utilizados para disimular el origen del dinero figuran las letras bancarias, fideicomisos, auto préstamos y swaps, y como consecuencia del desarrollo de técnicas más modernas de lavado de dinero, existe ahora una demanda de profesionales tales como notarios, abogados y contadores capaces de elaborar estructuras complejas para aprovechar las falencias en materia de regulación y control, y las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de diversos países que pueden ser aprovechadas para la comisión de un delito que, como el lavado de activos, es eminentemente transnacional (Bauché, 2002, p. 32).

Desde una perspectiva amplia los beneficios obtenidos por la realización de estas actividades pueden agruparse en dos sectores.

Por un lado, estas estrategias tienen una finalidad inmediata, la cual está orientada a utilizar y/o disfrutar los bienes obtenidos de las actividades ilícitas, sin el riesgo que sean detectadas. Para tales fines, los delincuentes, haciendo uso de los circuitos económicos, pretenden disfrutar de sus ganancias ilícitamente obtenidas. Sin embargo, en algunos casos las estrategias de incorporación no son del todo idóneas, por lo que se originan algunas pérdidas en términos económicos. A pesar de ello, esta situación es irrelevante, dado que a los lavadores no les interesa o les interesa muy poco dicha pérdida, toda vez que lo consideran como parte del mismo negocio.

Pero además, existe también un fin secundario, el cual consiste en alejar las ganancias ilícitas de cualquier relación con el delito, borrando cualquier rastro ilícito para evitar algún intento de seguimiento (Salazar, s,f.).

Ambos objetivos ponen de relieve que la intención de los lavadores en la ejecución de este tipo de estrategias, y cuyos efectos no van más allá de la manipulación del Sistema Financiero.

6.2. Trascendencia económica del Lavado de Activos

El lavado de activos tiene un efecto corrosivo en la economía, el gobierno y el bienestar social de un

país, así como el aumento de riesgo de la quiebra bancaria, se quita al gobierno el control de la política económica, se daña la reputación del país y se expone a la sociedad al tráfico de drogas, al contrabando y a otras actividades delictivas (Lester, 2001).

Para el sector privado los efectos son distintos. Por ejemplo se crean empresas “fachadas” cuyo fin último no es la producción eficiente, sino únicamente mezclar las ganancias de actividades ilícitas con fondos legítimos para ocultar sus ingresos mal habidos. Sin embargo, puede tratarse de compañías que, paralelamente a la actividad ilícita, se dediquen a fortalecer sus ventajas competitivas, a través de la implementación de insumos que puedan servir a la producción, o la oferta de productos por debajo del costo de transacción, o permitiéndose subvencionar artículos y servicios a niveles por debajo de los precios del mercado. Sin embargo esto no desconoce la existencia de compañías poco eficientes, y que en última instancia terminan perjudicando, no sólo la estabilidad del mercado sino también al consumidor (McDowell, 2001).

La movilidad de los capitales y mercancías, la desaparición de barreras aduaneras, la facilidad y rapidez de las comunicaciones y transferencias de todo tipo, así como la supresión de las normas sobre control de cambio, han facilitado el enorme desarrollo del blanqueo de capitales de origen criminal en los últimos años. De esta forma el blanqueo de activos se convierte en el instrumento básico a través del cual los enormes beneficios provenientes de la droga y el crimen organizado se canalizan, con moderna mentalidad empresarial, hacia los sectores económicos, que llegan incluso a controlar en algunos países (Paullier, 2011). Todo esto acarrea enormes perjuicios para la economía en general, introduciendo en la misma elementos que la distorsionan de forma importante, detraen recursos productivos, afectan a la libre competencia, producen movimientos especulativos, graves incertidumbres y confusiones en los mercados; y en definitiva, pueden llevar a la propia desaparición del Sistema Financiero (Paullier, 2011).

Desde el punto de vista de la macro-economía, Miguel Cano (2001) establece algunos efectos que genera el lavado de activos:

- **Debilitamiento de la integridad de los mercados financieros y corrupción del Sistema Financiero.** Una de las etapas del proceso de lavado de activos, y tal vez la principal, es la integración del dinero que proviene de fuente ilícita y el dinero circulante de origen legal. Por lo general, esta acción se realiza a través de operaciones del Sistema Financiero. El ingreso y circulación del dinero y demás activos obtenidos ilícitamente infectan la economía nacional y terminan corrompiendo sus estructuras financieras. Estas operaciones son uno de los mayores peligros para los países en vías de desarrollo, quienes al aceptar fondos, para sostener y beneficiar su economía, sin tener en cuenta su posible origen ilegal, alteran el desenvolvimiento normal de los flujos, permitiendo que el crimen organizado penetre en su sistema bancario y lo contamine. Estos grupos organizados pueden infiltrarse en las instituciones financieras, adquirir luego el control de éstas y posteriormente de sectores de la economía, todo lo cual puede llegar reflejado el soborno eventual a funcionario públicos para lograr sus objetivos. Cuando se produce este movimiento en el Sistema Financiero de un país, las constantes entradas y salidas de capitales pueden afectar significativamente variables tales como las tasas de interés y la tasa de cambio de moneda (Bauché, 2006, p. 34).
- **Pérdida del control de la política económica.** El límite de las facultades que adquieren las personas que lavan dinero inimaginable. Estos llegan a manejar un poder de tal magnitud que tienen la posibilidad, incluso, de desestabilizar, la economía de un país. Esto se debe al carácter transfronterizo de las operaciones, las cuales pueden

orientarse a depositar dinero en el país A, para unos meses después retirarlo y depositarlo en el país B (Bauché, 2006, p. 34). Los flujos monetarios que entran en juego son tales, que llegan generar una pérdida de la estabilidad económica.

- **Distorsión económica e inestabilidad.** La verdadera finalidad de las personas que se dedican a lavar dinero no es generar utilidades de sus inversiones, sino de proteger sus ganancias. Por tanto, “invierten” sus fondos en actividades que no necesariamente tienen beneficios económicos para el país donde están los fondos. En algunos países, por ejemplo, se llega a financiar industrias completas sin existir demanda real del bien o servicio, importando únicamente el interés a corto plazo de los dueños del dinero lavado (Bauché, 2006, p. 34).
- **Riesgos para los esfuerzos de privatización.** El poder que manejan las personas dedicadas a este tipo de actividades llegan a amenazar los esfuerzos del Estado para introducir reformas en sus economías mediante la privatización. Desde el punto de vista económico, las organizaciones delictivas tienen los medios económicos para hacer una oferta mejor que los legítimos compradores de empresas de propiedad del Estado. Aunque las iniciativas de privatización son económicamente beneficiosas, también pueden servir de vehículo al lavado de fondos y por tanto, también se deben vigilar constantemente este tipo de actividades. En algunos casos los delincuentes del lavado compran lugares de verano, casinos y hasta bancos sólo con el fin de poder ocultar sus ganancias ilícitas y favorecer sus actividades.
- **Riesgos para la reputación.** Aquellos países con un alto índice de operaciones de lavado de activos, pierden la confianza de los demás

actores de los mercados financieros internacionales. En este sentido, el riesgo país incrementa y las inversiones y negociaciones de los países podrían verse frustradas. La confianza en los mercados y la importante función económica que cumple el Sector Financiero se erosiona con el lavado de dinero y demás delitos de esta naturaleza, tales como el lavado de ganancias ilícitas, el fraude financiero generalizado, la especulación bursátil y los desfalcos (Paullier, 2011, p. 11).

6.3. Estrategias de prevención

Para hacer frente a este fenómeno, el Estado ha visto la necesidad de fortalecer la estructura del Sistema Financiero e implementar políticas de integración para crear un Sistema Anti lavado.

Las políticas de ataque que el Estado ha implementado forman parte tanto del Derecho del Sistema Financiero como del Derecho Penal, poniendo especial énfasis en esta última; habiéndose logrado implementar una ley que sancione penalmente a aquellas personas que generan este tipo de actividades.

Desde la óptica del Derecho del Sistema Financiero, se ha creado el Sistema Anti Lavado y Contra el Financiamiento del Terrorismo en el Perú – SILAFIT (Decreto Supremo N° 0018–2006), un Sistema integrado de lucha local e internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Localmente, el SILAFIT está compuesto por los Sujetos Obligados a Informar sobre las operaciones financieras sospechosas, el Ministerio Público, el Poder Judicial, la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú, los Órganos Supervisores, los Órganos de Control y la Policía Nacional del Perú, así como por todas las demás instituciones públicas; internacionalmente, forman parte de este Sistema cualquier agencia competente para detectar o denunciar los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (SBS, 2017).

En esta estructura sistémica, tiene un rol especial la **Unidad de Inteligencia Financiera**, incorporada recientemente a la estructura de la SBS como

Superintendencia Adjunta, con autonomía funcional y técnica. Su principal función es recibir, analizar y tratar los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) enviados únicamente por los Oficiales de Cumplimiento de los Sujetos Obligados; así como emitir Informes de Inteligencia Financiera de carácter reservado al Ministerio Público, en caso se presuma que las operaciones están vinculadas a actividades de Lavado de Activos.

La creación de este ente y su vinculación con el regulador del Sistema Financiero, la SBS, una vez más, responde al compromiso del Estado Peruano de luchar frontalmente contra la corrupción, narcotráfico, terrorismo, y narcoterrorismo, considerados temas del más alto interés nacional e internacional.

Así también, durante los últimos meses, se han implementado diversas estrategias para hacer frente a esta guerra financiera. Por ejemplo la aprobación del **Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo**⁸, el cual materializa el trabajo realizado por diversas instituciones, tanto del sector público como del sector privado. Adicional a la aprobación de este documento se crea una Comisión Ejecutiva Multisectorial encargada de coadyuvar en la coordinación y planificación de las acciones que combaten este tipo de delitos.

Otro de los mecanismos efectuados es la publicación del **Modelo de Manual para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo**, para aquellos sujetos obligados a informar sobre el detalle de las operaciones sospechosas que se realicen, pero que carecen de organismo supervisor en materia de Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo⁹.

La implementación de estas estrategias es una muestra de la preocupación estatal del gobierno para promover y fortalecer los mecanismos de participación de diversos sectores de la sociedad. Sin embargo, diferentes sucesos de la misma naturaleza se siguen presentando. De acuerdo a las estadísticas presentadas por la **Unidad de**

Inteligencia Financiera del Perú el mayor número de **Reportes de Operaciones Sospechosas recibidos según su Ubicación Geográfica entre el 2003–2011**, luego de la Región Lima, fue realizado por las regiones de La Libertad y Lambayeque. Entre los ilícitos que generaron estos reportes se encuentran el Tráfico Ilícito de Drogas, estafa/fraude, defraudación Tributaria, corrupción de funcionarios, tráfico Ilícito de armas, defraudación de Rentas de Aduanas, Contrabando, delitos contra los Derechos Intelectuales, proxenetismo, terrorismo (Financiamiento del Tráfico de Migrantes Trata de Personas (SBS, 2011).

7. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS Y POLÍTICAS DEL LAVADO DE DINERO EN EL PERU

Las consecuencias de este ilícito son varias y de diversa índole, entre las más comunes tenemos la corrupción de las instituciones públicas y privadas, violencia entre los partícipes para mantener el poder logrado, reducción de las actividades productivas lícitas, eliminación de empresas lícitas del sector privado legal, riesgo de desestabilización de las economías legales, sistemas políticos democráticos en riesgo, desigualdades sociales, desconfianza en los sectores financieros, formación de burbujas inflacionarias, entre otros (Vegas, 2007).

8. PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL PERÚ

Para hacer frente a la problemática generada por el fenómeno del lavado de activos, diversas legislaciones han decidido fortalecer sus sistemas, optando por enfrentar esta actividad desde diferentes perspectivas. Desde la óptica exclusivamente penal los Estados han enfatizado un papel preventivo–represivo, dentro del cual el rol de las instituciones del sistema financiero resulta de gran utilidad.

En tal sentido, se requiere de una activa colaboración de los agentes financieros, quienes puedan tener la capacidad de constituirse en el

primer filtro para la lucha contra el delito, alertando a las autoridades sobre posibles casos de lavado de dinero. De esta manera, el control preventivo de las operaciones sospechosas queda en manos de los funcionarios y demás empleados de los bancos, quienes tendrían la obligación de observar cómo se manejan las operaciones de sus clientes, estando alertas sobre la presencia de indicios de posibles hechos delictivos para los fines pertinentes (Frisancho, 2006). Sin embargo la estrategia es del todo relativa.

Dentro de los cambios más representativos que se presentan en el Perú desde la última evaluación, es dable remarcar la promulgación de la Ley N° 29038 mediante la cual se incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú a la Superintendencia de Banca y Seguros como una unidad especializada, otorgándole a su máxima autoridad el rango de Superintendente Adjunto.

Por otro lado, cabe mencionar algunas disposiciones que se han realizado en la medida de fortalecer las facultades del Oficial de Cumplimiento cuya función principal es la de reportar las operaciones que puedan ser inusuales y aquellas que terminen siendo sospechosas. En este sentido todas las personas naturales y jurídicas que son sujetos obligados a informar a la UIF-Perú definido en la Ley N° 27693 deben designar a un Oficial de Cumplimiento. Las empresas bajo la supervisión de la SBS tienen la obligación de solicitar a estos clientes una declaración jurada en la cual indique que tiene Oficial de Cumplimiento registrado ante la Superintendencia. El Oficial de Cumplimiento podrá ser el propio sujeto obligado cuando éste sea persona natural, para los casos que la normativa lo permita.

9. CONCLUSIONES

Luego del análisis del proceso de lavado de activos y las implicancias económico financieras que este fenómeno acarrea, se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. El lavado de activos es el proceso mediante el cual se busca ocultar el origen ilícito de algunos bienes y aprovechar las ganancias provenientes de actividades delictivas, para convertirlos en otros que aparentan ser lícitos y en definitiva no lo son.
2. Frente al delito de lavado de activos, las entidades financieras tienen mecanismos de alerta que sirven para la detección y comunicación de transacciones sospechosas para detectar cuando se está movilizandocapitales de origen ilegal.
3. Es necesario que el personal de las entidades financieras esté atento a las señales de alerta que podrían brindar los clientes. Por ejemplo, que la actividad que realiza no sea congruente con sus negocios habituales; que se aprecien características inusuales en las actividades realizadas, intentos exagerados por incumplir con los requisitos de información o diligenciamiento de formatos para actividades de transferencias de fondos, otorgamiento de información insuficiente y que además podría ser sospechosa, entre otros.
4. Resulta inútil protegerse bajo la figura del secreto bancario, para omitir la entrega de información a quien corresponda. En tal sentido, el personal que labora en las entidades bancarias debe comunicar al órgano competente de las operaciones sospechosas de lavado de dinero, sin necesidad que esto implique incurrir en la violación del secreto bancario. El fundamento de esta afirmación reposa en el hecho que ningún derecho es absoluto, sino que tiene sus límites. Así, el derecho a gozar de la protección del secreto bancario es limitado cuando existe evidencia que algún cliente está manejando o transfiriendo dinero ilícito.
5. La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF) es la encargada de transmitir información para la detección del Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo; así como, coadyuvar a la implementación los Sujetos Obligados de sistemas de prevención para detectar operaciones sospechosas.
6. Es justo, y de imperiosa necesidad que el Estado siga implementando mecanismos para

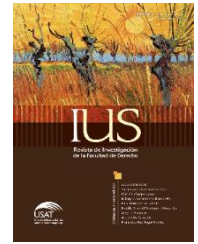
fortalecer el Sistema Anti lavado que se creó hace algunas décadas; todo ello a fin de hacer frente a este fenómeno que cada vez se está haciendo más fuerte. De esta manera se deben crear políticas públicas eficientes para prevención de crimen organizado transversales.

BIBLIOGRAFÍA

- Bermán, E. (2006). *Lavado de dinero, encubrimiento y lavado de activos*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas.
- Cano, M. (2001). *Modalidades de Lavado de Dinero y activos. La responsabilidad de la gerencia frente al lavado de dinero*, Bogotá, Colombia: ECOE Ediciones.
- De la Cuesta, J. (1999). Características de la Actual Política Criminal Española. *Cuadernos de Derecho Judicial. Política Criminal Comparada, Hoy y Mañana*, Madrid, España: CGPJ
- Falconí, M. (2010). *Sistema Bancario en la legislación y jurisprudencia peruana*. Arequipa, Lima: Editorial ADRUS S.R.L.
- Figuroa, H. (2010). *Derecho del Mercado Financiero*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Frisancho, M. (2006). *Tráfico de Drogas y Lavado de Activos*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Gálvez, T. (2004). *El Delito de Lavado de Activos*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) (2008). *Informe de Evaluación Mutua Anti Lavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo* (3ra Ronda).
- Lester, J. (2001). Aplicación de las leyes sobre lavado de dinero: el rastreo del dinero. *Periódico Perspectivas Económicas - Periódico Electrónico del Departamento de*
- Estado de Estados Unidos*, Volumen 6, (2), 12-17
- McDowell, J. (2001). Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero. *Periódico Perspectivas Económicas - Periódico Electrónico del Departamento de Estado de Estados Unidos*, Volumen 6, (2).
- Prado, V. (2007). *Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Sánchez, L. (2002). Luis. *Lavado de Dinero, delito trasnacional*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Superintendencia de Banca y Seguros – SBS (2001). *Prevención de lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo - Módulo I* Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y Lavado de Activos. Lima, Perú: SBS.
- Paullier, V. (2001). *Manual de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo*, Versión 9.
- Prado, V. (2007). *Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Prado, V. (1998). *El Tráfico de Drogas en el Perú: Enfoque Político Social*. Cultural. Lima, Perú: Editorial Cuzco.
- Superintendencia Adjunto – unidad de Inteligencia Financiera del Perú (2011). *Estadísticas operativas al 31 de Agosto del 2011*. Recuperado de <http://www.sbs.gob.pe>
- Rubio, M. (1998). *Legislación Peruana sobre Drogas a partir de 1920*. Lima, Perú: Editorial CEDRO.
- Tam, F. (2011). *Plan Nacional de lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del*

Terrorismo. Lima, Perú: Editorial de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.

Vegas, A. (2007). El fenómeno del Lavado de Activos en el Perú y su implicancia en la actividad económica mundial y nacional. *Revista Jus Empresarial*, Volumen 1.



MANUEL PARDO Y EL DERECHO.

LAS IDEAS JURÍDICAS DEL PRIMER PRESIDENTE CIVIL

Freddy Ronald Centurión González¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 1 de octubre de 2017

Aceptado el 19 de marzo de 2018

Palabras claves:

Historia de las ideas políticas

Historia del Derecho peruano

Historia de la República

Partido Civil

Keywords:

History of political ideas

History of Peruvian Law

History of the Republic

Civil Party

RESUMEN

Manuel Pardo y Lavalle fue el primer Presidente Constitucional del Perú que no provenía de las filas del ejército. No sólo fue el fundador del primer partido político peruano, el Partido Civil, sino que fue un ideólogo con una visión del país que aspiraba a concretar en el Gobierno. En años recientes se ha analizado ampliamente el significado en la historia política peruana del ideario de Pardo, pero no se ha examinado en detalle la visión jurídica que formaba parte del proyecto del fundador del civilismo. Buscamos, con este trabajo, ofrecer una aproximación a tal faceta.

The law positions of the first civil president of Peru: The Manuel Pardo case

ABSTRACT

Manuel Pardo y Lavalle was the first Constitutional President of Peru that didn't come from the ranks of the army. Not only he was the founder of the first Peruvian political party, the *Civil Party*, but he also was an ideologist with a vision of the country, which he aspired to concretize in the Government. In recent years the significance of Pardo's ideology in Peruvian political history has been widely analyzed, but the legal vision that was part of the project of the founder of the *civilismo* has not been examined in detail. We seek with this paper, to offer an approximation to this facet.

1. INTRODUCCIÓN

En la segunda mitad del siglo XIX, Manuel Pardo y Lavalle encarnó un pensamiento distinto, con el cual, irrumpió en el Perú decimonónico un nuevo

concepto del Estado y de la sociedad, un concepto que iba más allá de los horizontes del caudillismo enraizado desde la Independencia. Personaje fascinante y controvertido, Pardo fue el fundador y líder del primer partido político en el Perú, el

¹ Maestrante en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Docente de Historia del Derecho, Derecho Romano y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la USAT Email: fcenturion@usat.edu.pe

Partido Civil, un partido que promovía un modelo que, en base a la laboriosidad y a la ética del trabajo, impulsaba una democratización del juego político hasta entonces inédita. Su acción no se limitó a buscar la modernización nacional en lo económico y técnico, sino también en la organización del Estado y la defensa de los derechos civiles. En tal sentido, a más de ciento ochenta años del nacimiento de Pardo, resulta interesante hacer una revisión de las ideas que el primer Presidente civil del Perú, quizá una de las mentes más lúcidas y visionarias de nuestra historia republicana, albergaba sobre el derecho y su aplicación práctica.

1. UNA TRAYECTORIA RÁPIDA, BRILLANTE Y TRÁGICA

Manuel Justo Pardo y Lavalle nació en Lima en agosto de 1834, y fue asesinado, cuarenta y cuatro años después, en noviembre de 1878, ad portas de la tragedia nacional de 1879. Tuvo una trayectoria vital intensa y agitada en una etapa dramática de nuestra historia; Orrego (2009) diría, y con razón, que su vida pública fue como una centella: rápida, brillante y trágica. Consignatario del guano, fue fundador del Banco del Perú y miembro de la Compañía Nacional del Guano en 1862; en medio de la guerra con España, fue Secretario de Hacienda en el célebre Gabinete de los Talentos de 1865; durante la epidemia de fiebre amarilla, fue heroico director de la Beneficencia Pública de Lima entre 1867 y 1868; eficaz y progresista alcalde de Lima entre 1869 y 1870; Presidente Constitucional de la República, el primer civil electo para el cargo, entre 1872 y 1876; Presidente del Senado en 1878, su vida fue trágicamente cortada por la bala de un sargento.

Nieto de un Oidor virreinal e hijo de un célebre poeta y político conservador², Pardo perteneció a la generación que siguió a las guerras de independencia, marcadas por las revoluciones

liberales europeas de 1848. Su educación fue muy esmerada: había estudiado en los grandes colegios peruanos, el liberal Guadalupe y el conservador San Carlos; llevó cursos de filosofía y letras de la Universidad de Barcelona, y en París, cursó economía política en el Colegio de Francia, bajo la dirección de Michel Chevalier, antiguo discípulo de Saint-Simon y colaborador del fastuoso Segundo Imperio, quien lo marcó al punto que en adelante, Manuel Pardo se interesó más por la aplicación práctica de las ciencias económicas que por las humanidades.

Las ideas europeas del segundo tercio del siglo XIX influirían notablemente en el joven peruano: de Chevalier adquiriría la convicción de que debía articularse un Estado fuerte, al que le correspondía intervenir en casos de conflictos de intereses, en oposición a la idea del Estado gendarme en boga en aquel momento; de las ideas sansimonianas, desarrollaría la preocupación por la producción y los aspectos sociales de la modernización, además del contraste entre elementos “productores” y “ociosos” de la sociedad; del positivismo de Auguste Comte, absorbió la fe en el progreso a través de la ciencia y la tecnología; y del utilitarismo de John Stuart Mill, extrajo el pragmatismo y la necesidad de conciliar lo particular con lo general (Mc Evoy, 1994).

“...a pesar de todas las influencias que sobre él obraron, don Manuel Pardo era liberal y su liberalismo era justamente el fulgor de su vida. Es como una gran figura liberal que él resplandece en la historia del Perú. No habría alcanzado jamás la posición sin paralelo que tiene en la historia del Perú si en lugar de ser un espíritu liberal hubiera sido un espíritu conservador. [...] No eran sus cultos el principio de autoridad, el orden, la inamovilidad, la rigidez, la severidad, la intransigencia, la restricción, la opresión, la

² “...en Manuel Pardo confluían las sangres del conquistador, del mercader, del burócrata colonial, del aristócrata, del político y del intelectual; él sintetizó lo mejor de cada uno de ellos. Tuvo el valor y la voluntad de don Gerónimo de Aliaga, quien fuera uno de los trece que cruzaran la línea del Gallo;

la capacidad organizativa y administrativa de su abuelo y homónimo, don Manuel Pardo y Ribadeneyra; la habilidad para los negocios del bisabuelo, don José Antonio de Lavalle; y el amor por la política y la vida intelectual de don Felipe Pardo y Aliaga, su padre” (Mc Evoy, 1994).

tradicón, la religión, el fanatismo, el pasado. Sus cultos eran la libertad, el progreso, la acción, la renovación, la innovación, la república, la democracia, el gobierno civil, el pueblo, la descentralización, la revolución, el idealismo de la guerra de emancipación. El creía en las libertades civiles y políticas, y las reverenciaba. El creía en los derechos del hombre. El sabía que todo progreso humano, en política y en todas las esferas, lo había hecho el liberalismo. [...] Las verdaderas fuentes de su formación mental y espiritual están en la Revolución Inglesa, la Revolución Francesa y la Revolución Americana” (López, 1947, pp. 2-3).

Sin embargo, todo ello se unía a una sincera piedad cristiana, como lo atestiguaría años después, al ser acusado de antirreligioso:

“Prefiero en materia de religión emplear en arreglar mi conducta a sus elevados principios, el tiempo que otros consagran al análisis escudriñador de la del prójimo... en una palabra y para precisar completamente mi pensamiento, el tipo de mis simpatías no es Torquemada, sino San Vicente de Paul. Creo que para mis opositores benévolos esto basta y que para los malévolos nada sería suficiente” (Espinosa, 2013, p. 145).

Con tal bagaje, Pardo fue un hombre ilustrado, capaz de escribir artículos amplios y enjundiosos sobre diversos temas. Pero además será un nuevo tipo de personaje en la escena política: empresario exitoso y audaz, y a la par, con ambiciones políticas.

El dolor no estuvo alejado de la vida de Manuel Pardo, en especial con el lento sufrimiento de su padre, el literato Felipe Pardo y Aliaga por una progresiva parálisis que lo alejó de la vida pública, el dolor permanente de su madre, y luego las muertes sucesivas de su hijo Manuel (mayo de 1868), de su hermano Felipe (julio de 1868) y de su padre (diciembre de 1868). Todo ello le dio una determinación, no exenta de fatalismo y sangre fría, frente a los desafíos de la vida. Vicuña, citado

por López (1947), recordaría uno de sus últimos encuentros con Pardo, donde exhibió dichos rasgos ante una sugerencia para disimular su retorno al Perú en 1878:

Pero él rehusó perentoriamente. “Querido amigo, nos dijo, los que tenemos auestas la fatalidad de llevar el nombre de jefes de partido en las Repúblicas de América, no podemos hacer otra cosa sino levantar la bandera y pasar los primeros el puente con ella. No hay alternativa. Es como “be or not to be” de Shakespeare. Por otra parte, yo no le temo a la muerte sino a la manera de morir. Porque desaparecer de la escena de la vida ahogado por una membrana, con el pescuezo roto por un resbalón de caballo, en un tren desrielado y cubierto de aceite y de carbón, es algo que ciertamente no me gustaría. Pero morir en su puesto, cumpliendo dignamente su deber, sirviendo a su país, eso es otra cosa y eso no me espanta”. Y luego con su espiritual versatilidad de lenguaje que hacía su conversación tan amena a todos los que le escuchaban, añadió: “¡Y qué diablos! ¿No escribirá Ud. mi biografía si me matan? Pues entonces, démonos prisa, no sea que Ud. se muera antes que yo, como más viejo, y me deje Ud. mirando...” (p. 549).

Pardo inició su actuación pública como inteligente articulista en la Revista de Lima, resaltando la necesidad de promover el progreso material, la necesidad de orden e institucionalidad y la libertad cívica. Su prestigio como financista le abrió las puertas de la Secretaría de Hacienda en noviembre de 1865, en medio de la crisis generada por el conflicto con España. En tal coyuntura, su labor se caracterizó por un espíritu de honradez, de economía y por buscar el incremento de las rentas públicas, a través de un vasto plan tributario, cuyo fracaso hizo constatar que “el guano no enriquecía a la Nación ni fomentaba la industria, ni el comercio y consiguientemente el bienestar del ciudadano; y segundo, que por su causa, como lo dijo Prado, el Perú habíase convertido en una asociación de holgazanes y logreros” (Dávalos y Lisson, 1926, pp. 226-227). La lucha contra los intereses creados y por largo tiempo existentes, no podía menos de levantar formidable oposición al

Secretario de Hacienda, quien renunció en noviembre de 1866.

En diciembre de 1867, Manuel Pardo fue elegido director de la Beneficencia Pública de Lima, cumpliendo una notable labor durante la epidemia de fiebre amarilla, fundando la Caja de Ahorros e iniciando la construcción del Hospital Dos de Mayo. Su popularidad aumentó con su labor como alcalde de Lima entre 1869 y 1870, misma que fue reconocida por los vecinos con una medalla de oro en enero de 1871.

En abril de 1871, más de una centena de notables se reunieron en casa de José Antonio García y García a fin de organizar un grupo político, la Sociedad Independencia Electoral, embrión del futuro Partido Civil³. Su fundación sirvió, al mismo tiempo, para anunciar la candidatura de Pardo, objeto de especulación ya desde su gestión edil; y en efecto, Pardo preparaba activamente su candidatura presidencial, escribiendo cartas a sus amigos en provincias para sondear cuáles eran sus posibilidades. De allí que la Sociedad Independencia Electoral lograra articular una eficaz red de colaboradores en provincias⁴. Este grupo, presentado oficialmente el 2 de mayo siguiente, buscaba articular a los sectores laboriosos del país a fin de establecer una fuerza superior al de las individualidades aisladas, replanteando el sueño republicano⁵.

“Un candidato civil [...] despertó suspicacias, acrecentadas por sus ideas liberales y la propaganda de sus

opositores. Estos provenían del ejército, algunos sectores de la Iglesia y el pierolismo. Señalaban que un personaje civil, que además era un plutócrata vinculado en algún momento al guano, gobernaría siguiendo intereses de grupo, ya que no tenía, fuera de un partido que él dirigía, ningún cuerpo institucional (como, por ejemplo, el ejército) ante quién responder” (Contreras y Cueto, 2013, pp. 157 y 159).

La campaña electoral fue larga y ardorosa, marcada por la oposición de la administración del coronel Balta, quien patrocinó sucesivamente a dos candidatos en oposición a Pardo, para al final, dada la ventaja obtenida por los civilistas, preparar un golpe de estado en colaboración con su ministro de Guerra, Tomás Gutiérrez. Todo terminó en tragedia como es bien sabido⁶, y tras un breve interregno, Pardo asumió la Presidencia el 2 de agosto de 1872.

El nuevo Presidente debió afrontar un ambiente de crisis general en las instituciones y en la vida económica: la administración pública desorganizada y corrompida, la hacienda pública sin crédito, el ejército anarquizado luego de los hechos de julio de 1872, la instrucción pública abandonada casi a su suerte, la moral ciudadana quebrantada. Lejos de contar con tranquilidad, la agitación fue constante bajo el régimen de Pardo, pese a sus reiteradas invocaciones al diálogo y al consenso nacional. Alejandro Revoredo, a quien

³ “De la Sociedad de Independencia Electoral nació el Partido Civil. Para su advenimiento coincidieron tres cosas: la presencia de un leader excepcional con las características positivas de un caudillo, la formulación de un programa (cuyas notas más sencillas ante las masas fueron la reacción contra el militarismo y el anuncio de una “República práctica”) y la enérgica e inmediata aptitud para ir a los hechos dentro de los cauces de un intenso y combativo proceso electoral”. (Basadre, 2005).

⁴ Para una lista detallada de los corresponsales de Manuel Pardo en Lima y provincias, en base al Archivo Pardo de la Biblioteca Nacional, Mc Evoy (2007).

⁵ Para un estudio más detallado del ideario republicano civilista, Mc Evoy, (2016).

⁶ A último momento, Balta dio marcha atrás en el plan golpista, y Gutiérrez siguió adelante proclamándose Jefe

Supremo el 22 de julio de 1872: cinco días después, el Presidente había sido acribillado en su celda de prisionero, y Tomás Gutiérrez y dos de sus hermanos acabaron linchados por la iracunda multitud y colgados de las torres de la Catedral de Lima. “Para algunos, el populacho de los días 26 y 27 de julio de 1872 es una muchedumbre épica que con castigos ejemplares defiende la inviolabilidad del sufragio, el respeto a la opinión pública y la soberanía popular frente al despotismo cuartelario, felón con su protector Balta, presidente legal del Perú. Es para otros, en cambio, una masa delincuente, azuzada por el dinero y por el alcohol hasta los más horribles extravíos, para satisfacer pasiones e intereses ajenos” (Basadre, 2005, p. 119).

cita Basadre, hizo un recuento de nada menos que 37 conjuras y rebeliones en contra del gobierno. Sin embargo, el gran historiador tacneño consideró que tales intentos no tenían comparación con las intentonas que habían afrontado Gamarra o Castilla, pues tenían mayormente un carácter marginal o periférico (Basadre, 2005). Pero el gran rival del líder civilista sería el antiguo Ministro de Hacienda de Balta, el enemigo de los consignatarios, Nicolás de Piérola. La rivalidad entre Pardo y Piérola ocuparía medio siglo de la historia política peruana. En una sugestiva comparación, Santos Chocano, citado por Basadre (2005), decía:

“Pardo es un temperamento flemático; Piérola es un temperamento nervioso. Aquel es la robustez; éste, la agilidad. El jefe del partido civil es un hombre práctico; el jefe del partido demócrata, es un gran imaginativo. Así es como Pardo logra inspirar respeto, y Piérola cariño. El uno tiene partidarios; el otro fanáticos. Con el uno prosperan no pocos, por el otro se hacen matar muchos. Pardo es el tipo imponente del Jefe de Estado; Piérola es el tipo irradiante del caudillo romántico” (p. 140).

Y a pesar de tal agitación, Pardo se esforzó en materializar sus proyectos en el gobierno; el radical González (1938), crítico con el civilismo, escribiría con cierto respeto en 1902:

“A pesar de la incesante inquietud en que gobierna (siempre amenazado por la ambición morbosa de Piérola) Manuel Pardo inicia reformas trascendentales y concibe grandes proyectos. Funda escuelas y contrata profesores europeos, deseando infundir nuevo espíritu a la educación nacional; crea los Concejos Departamentales, queriendo avanzar un paso en la descentralización política y administrativa; establece los registros civiles, preparando el terreno para la secularización de la vida social, etc. Mucho bueno habría realizado, merced a su carácter enérgico y emprendedor, si hubiera tenido auxiliares más aptos y enemigos menos

pérfidos [...] Con todos sus defectos, mejor dicho, con todos sus errores (algunos gravísimos) Pardo se diseña como el único mandatario que, después de Santa Cruz, haya concebido un plan político y abierto uno que otro surco luminoso (...)” (pp. 135–136).

2. EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE PARDO

Evidentemente Manuel Pardo no dejó una obra sólida en el sentido de los teóricos del derecho. Hombre práctico al fin, sus ideas las plasmó en sus artículos y discursos, textos en los que proponía soluciones a los problemas del Perú decimonónico. Y en tal sentido, se puede encontrar numerosas menciones al derecho y al rol del Estado. Pardo buscó rescatar los ideales sobre los que juzgaba se fundó la República, en especial el progreso material, la necesidad de orden e institucionalidad y la libertad. Todos estos ideales los fundió en un ideario político capaz de calar en la ciudadanía, “...nada menos que la fundación de la *República Práctica*, de la *República de la Verdad*, convirtiendo en realidad las promesas de medio siglo, las palabras en hechos, las teorías en instituciones verdaderas, la aplicación intercadente y caprichosa de la ley en la posesión tranquila del derecho” (Pardo, s.f., p. 417).

Pardo no quería entonces, una aplicación casual de la ley como había sucedido hasta entonces en muchos casos, basta con recordar las ácidas burlas del *Murciélagos* Manuel Atanasio Fuentes (Ramos, 2002), sino que buscaba la organización de la vida peruana a través del derecho. O como diría uno de sus discípulos, Candamo citado por Basadre (2005), en 1901:

“El día que arraiguemos en nuestro pueblo hábitos de orden, de estricto cumplimiento de la ley y, más que todo, de moralidad política, entonces y solo entonces podremos conocer y apreciar los beneficios de la ley; pero mientras no suceda esto estaremos haciendo siempre la labor de Penélope, deshaciendo hoy lo hecho ayer y deshaciendo mañana lo que hacemos hoy y confirmando cada vez más la opinión que tenía de nosotros un célebre sabio italiano que

decía: el Perú no es un Estado constituido, sino un territorio habitado” (p. 28).

2.1. El apego a la Constitución

El medio siglo que transcurrió entre 1821, en que surgió el Estado Peruano con el Protectorado de San Martín, hasta la conformación del Partido Civil en 1871, fue un periodo de continua inestabilidad, fenómeno común en América Latina.

Los instintos y las pasiones han dirigido solos a los pueblos en la tenebrosa atmósfera, en que se ha desarrollado la primera época de nuestra vida política: en ella se han dado un combate a muerte todos los sentimientos y los intereses que animaban y sostenían esas sociedades en metamorfosis (Pardo, s.f.).

La nueva generación que seguía a la de los hombres de la Independencia tenía frente a sí el desafío de crear una nueva institucionalidad, y tal idea partía por la defensa de la Constitución como norma básica dentro de una sociedad, pero al mismo tiempo, en un país como el Perú, que había visto correr raudales de dinero por sus arcas, se debía reconocer que la panacea constitucional no era suficiente. El Congreso que elaboró la Constitución de 1860, es ilustrativo en el sentido de reformar el criticado texto constitucional de 1856, y a la par, legislar para incentivar la construcción de obras públicas, especialmente ferrocarriles. Pardo comentó al respecto, que “El Perú estaba cansado de la arbitrariedad; su más vivo deseo era verse ya constituido, marchando por una senda legal”, pero a la par,

“El Congreso de 1860 es fiel intérprete de la actual opinión del Perú. En ella, la sed de mejoras materiales lo domina todo [...] Hubo un tiempo en que el Perú creyó en la necesidad de una Constitución [...] pero tras la esperanza vino la fría lección de la práctica inexorable y no tardó la época en que los pueblos se dijeron al oído sin que nadie se atreviera a repetirlo en alta voz: ¿para qué queremos una Constitución? ¿Para qué sirve una Constitución? ¿Las Constituciones malas empeoran nuestra suerte? ¿Las Constituciones buenas alivian

nuestros males? Las Constituciones son por ahora una letra muerta... Triste verdad, verdad desoladora, pero la verdad real sentida por el Perú desde Ecuador hasta Bolivia. ¿Es laudable semejante escepticismo? No lo creemos, pero entre tanto es el resultado necesario de cuarenta años de luchas por palabras y de sangre vertida por ambiciones personales” (Pardo, s.f., p. 158).

De esta forma, Pardo expresaba lo que sigue siendo una realidad constante en nuestra cultura cívica, y más en la época de los caudillos militares: la poca valoración que se tenía por la Constitución.

2.1.1. Las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo

Pardo creía en la necesidad de un Gobierno fuerte, pero no dictatorial. El diseño de la Presidencia de la República establecido en la Constitución de 1860 había reforzado notablemente el poder presidencial, a diferencia del texto liberal de 1856. El primer Presidente civil estaba dispuesto a utilizar todas las atribuciones constitucionales en aras de su idea de una *República práctica*, pero para ello juzgaba indispensable la colaboración con el Congreso, apegando su conducta a la institucionalidad, ya que su gobierno dependía de las leyes dictadas por el Congreso:

“...mi propósito constante será conformar mi política con la opinión de la mayoría de las Cámaras, que es igualmente la opinión del país; y en mi deseo de fundar con lealtad el sistema parlamentario, os aseguro, señores, que deploro el que una disposición constitucional no me permita llevar al Gobierno a los miembros del Congreso, sin que pierdan su derecho de representar el país. Sin esa circunstancia, los Representantes de la nación llevarían periódicamente al Poder Ejecutivo el espíritu de las Cámaras, que es el espíritu del país, y debe, por lo tanto, ser el que anime constantemente la administración” (Pardo, s.f., pp. 417-418).

Y en efecto, la administración de Pardo respetó la opinión parlamentaria, sin apelar a medios como la clausura del Congreso o la supresión de los elementos opositores. Los ministros fueron responsables de sus actos ante el Congreso, destacando los debates entre el diputado Luciano Benjamín Cisneros y el ministro de Gobierno Francisco Rosas.

Años después, en 1878, ya siendo Presidente del Senado, Pardo reflexionó sobre el rol de una Cámara Alta: sus funciones requerían de una “*atmósfera serena*”, puesto que la misión de este cuerpo legislativo era “*apagar las pasiones ardientes, elevando la mente a la alta y fría esfera de las ideas*”; en otras palabras, representar la voz de la razón frente a la acción e impulso emanados de la Cámara de Diputados.

“...en medio de las disidencias políticas, que alejan a los hombres, hay siempre un lazo que los une: el del amor a su país y el vivo anhelo por su felicidad. Ocupémonos todos pues de ganar los favores de la nación en este terreno, que por dicha nuestra es bastante ancho para que todos quepan. Unámonos todos para servir las ideas que satisfagan sus necesidades y para combatir las pasiones que la conmueven: y así no sólo habremos hecho buenas leyes sino que habremos devuelto la calma a los espíritus y la paz a la sociedad” (Pardo, s.f., p. 482).

2.1.2. La irrestricta libertad de prensa

Convencido de la necesidad de la plena libertad de expresión dentro de un sistema democrático, Pardo llevó su tolerancia al extremo de permitir la circulación sin control alguno, de pasquines que llegaban a incitar a su propio asesinato⁷.

“Difícilmente se hallará en la historia nacional un hombre tan infamado, tan escarnecido, tan vilipendiado como el Jefe del Civilismo. La guerra que se le movió

para cerrarle el camino a la Presidencia se recrudesció para derribarle del poder. No hubo injuria que no se le infiriera ni abominación que no se le imputara. Una cuadrilla de mercenarios y aventureros se infiltró en las redacciones de los periódicos para derramar los insultos y forjar las calumnias. Los Neto, los Rojas y Cañas, los Jaimes, los Palma, en fin, todos los *condottieri* de la pluma trabajaban en una faena vergonzosa pero lucrativa: con una mano apuñalaban la honra de Pardo, con la otra recibían el oro de Dreyfus” (González, 1938, p. 137).

Con su accionar, Pardo instaló la idea de que más daño provocaba los excesos en reprimir la libertad de prensa, respondiendo al insulto con el razonamiento, dejando a la opinión pública con un rol regulador. Por ello, creyó conveniente despertar la responsabilidad del periodista, mediante la idea de un Tribunal de Honor de la Prensa, en aras del respeto de la moral profesional.

2.2. La reforma de la burocracia

La empleomanía era una muestra de que no se había logrado construir en medio siglo, un Estado moderno. La fragilidad de las instituciones dejaba el manejo del erario en manos de una burocracia ineficiente, cuando no corrupta, basada en buena cuenta en las relaciones de clientelismo sobre la renta del guano. Vale la pena recordar los datos de Shane Hunt en el sentido que el 29% del total del dinero que ingresó a las arcas nacionales por la venta del guano, se destinó al aumento de la burocracia civil, y otro 24,5% fue consumido por la burocracia militar (Hunt, 2011).

Desde su gestión como Secretario de Hacienda, Pardo había apreciado ese problema. Una idea que aún hoy es tema de actualidad como lo es la Ley de Servicio Civil, ya estaba presente en el ideario

⁷ Por ejemplo, el periódico satírico *La Mascarada*, el 15 de agosto de 1874, publicó una caricatura recordando la muerte de Julio César; César era, en este caso, Pardo, quien ingresaba al Senado seguido de personajes vestidos a la usanza romana, mientras ocultos detrás de la estatua del general Prado, se hallaban los conjurados. La leyenda decía:

“El último día de César. La historia es un espejo donde la humanidad halla consejo”. Una semana después, el Presidente salvó de un atentado en la Plaza Mayor de Lima; cuatro años después, la bala de Montoya mató a Pardo a la entrada del Senado.

pardista a través del intento de establecer un escalafón dentro de la administración pública a fin de organizar los ascensos y la movilidad en la burocracia estatal, dejando de lado el compadrazgo y el clientelismo típicos de los caudillos anteriores.

Sin embargo, aplicar tales ideas en el gobierno civilista fue difícil. La crisis económica desatada luego de los grandes empréstitos contratados en los años de Balta, golpeó duramente al primer gobierno civil, y más frente a una población acostumbrada a décadas de prácticas clientelistas sobre la débil base de la renta guanera.

“No habiendo industrias ni capitales, las gentes de buen abolengo acudían a las dependencias del Estado, y como éstas eran escasas, lo menos la mitad de los pretendientes, viviendo fuera del Presupuesto, se morían de hambre. Reducido en 1872 el ejército a 2,500 hombres, un setenta por ciento de los militares inscritos en el escalafón quedaron sin servicio y hambrientos, arrimados a lo que entonces se llamaba la indefinida. Si Pardo hubiera recibido y repartido los millones en la forma en que los anteriores gobiernos lo habían hecho, no hubiera tenido ni la cuarta parte de las revoluciones que pusieron en peligro la estabilidad de su gobierno. Por esos lejanos días del pasado siglo, era un crimen anunciar al pueblo que el Estado estaba en bancarrota y un motivo de censura no hipotecar o vender el país para seguir viviendo en bonanza. “Son los enriquecidos en el cuatrienio 1868 a 1872, decía Pardo cuando estaba en la Presidencia, los que más insultan nuestra miseria de hoy, y los que más mofa hacen de la estrechez en que vivimos” (Dávalos y Lisson, 1926, p. 314).

Pardo debió lidiar con el clientelismo político prácticamente desde su asunción al mando. Numerosas cartas hablan de la esperanza por parte de varios de sus partidarios en provincias por obtener un cargo público una vez asumida la Presidencia (Mücke, 2010). Sin embargo, en la

medida de sus posibilidades, el gobierno civilista se esforzó por forjar la idea de la República Práctica. La búsqueda de cuerpos administrativos y técnicos capaces de continuar el proyecto modernizador del Perú explica la fundación de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, y la de la Escuela de Ingenieros a cargo de profesionales extranjeros capaces de traer al Perú los últimos avances europeos en tales materias, profesionales como el jurista francés Paul Pradier Foderé y el ingeniero polaco Eduardo de Habich respectivamente, poniendo de manifiesto la importancia que para el régimen civilista tenía el mérito personal y el estudio frente a la improvisación de los regímenes previos (Mc Evoy, 2007).

2.3. La idea democrática

La ideología esbozada por Pardo buscó, sin perderse en complicadas elaboraciones intelectuales, movilizar las energías del pueblo en aras del desarrollo material por medio de un eslogan de fácil comprensión, que articulase los ideales republicanos aurorales: la democracia como sistema y el progreso económico como tarea urgente (Mc Evoy, 2007).

“Señores, el sistema republicano es el que concede a los ciudadanos mayores derechos, pero él les impone también, sus más graves obligaciones. La República exige de sus hijos el cumplimiento constante, austero y valeroso de los deberes públicos: abandonarlos, o desdeñarlos o avergonzarse de cumplirlos, es minar por su base la organización entera” (Pardo, s.f., p. 382).

Pardo pronunció estas palabras al fundarse la Sociedad Independencia Electoral, embrión del futuro Partido Civil, en abril de 1871, palabras que no pierden aun actualidad en el Perú, pues nos hacen preguntarnos si estamos formando a nuestra juventud en el concepto del cumplimiento de los deberes cívicos. Y los mítines de Pardo se caracterizaron por ese tipo de mensaje:

“La sociedad peruana ha demostrado esta vez, que tiene la conciencia de sus deberes, la voluntad de hacer respetar sus derechos y la inteligencia, la iniciativa necesaria para

organizarse de la manera más conducente al triunfo de sus opiniones. Tal es el programa de los pueblos republicanos; y porque hoy aparecen en nuestro estado social aquellos síntomas, es por lo que todos esperamos con razón una nueva época, en que los pueblos pesen con su propia opinión y con su propia iniciativa en la balanza de sus destinos” (Pardo, s.f., p. 390).

Es decir, el primer deber de los ciudadanos es el hacer respetar sus derechos, pero al mencionar la inteligencia y la iniciativa, Pardo recalca una idea clave hasta nuestros días: la crisis de los partidos se basa en una deficiencia del ciudadano al no interesarse en la res publica, no saber formar cuerpos civiles capaces de brindar a la sociedad el camino de la política. Por ello, urgía a la formación de partidos más que de facciones efímeras y electoreras, cuando no oficialistas.

“¿Cómo no cambiarían de marcha los partidos ante esta nueva situación, en que el gobierno protege a todos con la igualdad de la justicia, y en que el pueblo mismo, sacudida la indiferencia y educado para la asociación, viene a sostenerlos y aun a representarlos? ¿Cómo no variaría la táctica de los partidos cuando libres y organizados puedan contar sus fuerzas, aun sin necesidad de la consagración legal de su poder respectivo? Celebremos, pues, por nuestro país, más todavía que por nosotros mismos, este adelanto no sentido, pero indisputablemente realizado en nuestras costumbres políticas [...] y cuando veamos a los demás partidos organizarse, como nosotros, franca y públicamente, no los miremos airados, sino al contrario, regocijémonos en nuestro patriotismo, porque ellos vendrán a dar un nuevo testimonio del progreso nacional” (Pardo, s.f., p. 384–385).

Una de las críticas comunes al civilismo fue el hecho de ser los representantes de la oligarquía, crítica válida hasta cierto punto si hablásemos de los inicios del siglo XX, esto es, el segundo

civilismo. Los estudios recientes nos indican otra perspectiva al hablar del primer civilismo, puesto que estuvo integrado por numerosos grupos sociales: profesionales, comerciantes, artesanos y obreros. La membresía inicial de la Sociedad Independencia Electoral incluía carpinteros, tapiceros, sastres, joyeros, tipógrafos y albañiles. La manifestación popular convocada por esa asociación contra la interferencia de Balta en la campaña electoral, representa el primer movimiento social partidario de la política moderna bajo signos republicanos y liberales. Se concentraron 14 mil personas en marcha hacia la Plaza de Acho, donde se celebró el primer mitin propiamente moderno de la historia peruana, el 6 de agosto de 1871, donde Pardo lanzó su candidatura a la Presidencia de la República. Electo Presidente, la idea democrática no dejó de estar en el pensamiento de Pardo, y a lo largo de distintos medios, buscó consolidar dicho ideal.

“El Perú ha querido realizar la República, y la viene realizando hace tiempo entre la incredulidad y las pasiones, sosteniendo primero dentro del terreno de la ley, una lucha obstinada contra todos los elementos de la autoridad, coaligados para oponerse al derecho de los pueblos, defendiendo enseguida con su voluntad poderosa el edificio constitucional que él había levantado de entre ruinas y desvaneciendo con su sola actitud las tentativas para volver a derribarlo, ofreciendo así el espectáculo glorioso de un pueblo atalaya, vigilante y defensor denodado del orden constitucional, tolerando al mismo tiempo, con la tranquilidad del fuerte, los excesos de la libertad y deplorándolos únicamente por el crédito de la República” (Pardo, s.f., p. 435).

2.3.1. La descentralización, escuela de democracia

La descentralización en el Perú tuvo una historia tortuosa. Los antecedentes de 1828 y 1834 fracasaron, y con la era del guano, se agravó el centralismo, ya que sus rentas se concentraron en Lima, y se derogaron las contribuciones que recaudaban las provincias.

La visión descentralizadora fue notoria en Pardo a lo largo de su gestión hacendaria en 1865–1866,

siendo evidentes en los Decretos del 28 de julio y del 3 de septiembre de 1866, que clasificaban las rentas y gastos públicos en generales y departamentales. Según el Secretario de Hacienda, tal esquema adjudicaría a los municipios la contribución de aguardientes, y a los departamentos los servicios especiales de cada contribución, para propiciar “un ensayo de descentralización de ciertos servicios en la parte económica, a condición que no se descentralice, al menos por ahora, la administración de ciertas rentas que empiezan a recaudarse bajo un sistema nuevo que exige tiempo para arraigarse y darse a conocer” (Pardo, s.f., p. 223). Ya como alcalde de Lima, Pardo pudo apreciar los problemas que aquejaban a las Municipalidades peruanas, en especial la carencia de rentas, por lo que buscó generar rentas alternativas, además de la contratación del primer empréstito de la historia municipal limeña (Mc Evoy, 1994). Electo Presidente, Pardo (s.f.) expresaba que:

“La reorganización municipal servirá de escuela política a los ciudadanos, utilizará en provecho de cada localidad los elementos hoy latentes e inactivos que todas ellas encierran, emancipará a los pueblos de la tutela administrativa en que hoy viven, y libertará a la vez al Gobierno de conocer en ese crecido cúmulo de asuntos, que siendo ajenos de la administración general, le imponen, sin embargo, obligaciones, cuyo cumplimiento le es casi imposible, subsistiendo íntegra, por otro lado, su responsabilidad ante los pueblos” (p. 415).

Con la Ley Orgánica de Municipalidades, promulgada el 9 de abril de 1873, el régimen civilista delimitó las atribuciones de la administración local de la República, a la cual dividió en departamental, provincial y de distrito (artículo 1°). Existiría un Concejo Departamental en cada capital de los departamentos entonces existentes, además de los respectivos Concejos provinciales (este último existiría aún en la capital de departamento) y distritales (artículo 5°). La Ley de 1873 abrió las puertas de la institución

municipal a los extranjeros, pues exigía como requisitos el saber leer y escribir, tener al menos dos años de residencia en la jurisdicción del Concejo, ser mayor de edad, y ejercer una industria o pagar una contribución al Estado (artículo 10°); a la par, en aras de una independencia municipal del aparato estatal, prohibía integrar los Concejos municipales a militares y empleados públicos o judiciales en servicio (artículo 11°). Los Concejos tenían el derecho de dictar reglamentos “*cuidando de que no se opongan a las leyes vigentes*” (artículo 25°), además de votar arbitrios y levantar empréstitos sin necesidad de la aprobación del Congreso pero sí de los Concejos Departamentales (artículo 103°).

Con ello, buscó transferir a los municipios la recaudación de las contribuciones, a fin de aplicarlas para el beneficio de sus comunidades, cortando su dependencia del gobierno central para hacer de las Municipalidades entes autónomos, encargados de la administración local en todos sus ramos, excepto el judicial. El objetivo de esta progresiva independencia, consideró Mc Evoy (2007), era fortalecerlas como “escuelas políticas” (p. 271), como un tímido ensayo de las ideas federalistas del republicanismo inicial. No obstante, el proyecto pardista, lejos de impulsar el federalismo (como lo haría, al menos en su declaración de principios, el Partido Demócrata de Piérola), se esforzaba por alentar la iniciativa municipal, ya que “en el municipio es donde reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones municipales son a la libertad lo que las escuelas primarias para la ciencia: ellas son las que la ponen al alcance del pueblo, le hacen gozar de su uso pacífico y le acostumbran a servirse de ella. Sin instituciones municipales, una nación puede dotarse de un gobierno libre, pero no tiene el espíritu de la libertad” (Tocqueville, 2007, p. 95). Pardo consideraba a la Ley Orgánica de Municipalidades, junto con la Ley de Guardias Nacionales, como “las bases de la República; de esa República de la verdad, que se levantará más grande mientras más combatida”, y tenía fe “en que a pesar de las muchas dificultades con que tropezará [...], y por más que en su práctica se

desvíen o tropiecen algunos pueblos, los que por su ilustración se han colocado a la cabeza de sus hermanos, les enseñarán el modo de ejercer los amplísimos derechos que concede esa ley” (Pardo, s.f., p. 436). Este intento descentralizador duró menos de siete años, ya que en medio de la guerra con Chile, la dictadura de Piérola cesó las instituciones municipales mediante Decreto del 14 de enero de 1880 aduciendo sus “*gravísimos defectos*”, y volviendo a crear nuevas Municipalidades, únicamente provinciales y distritales.

2.4. La educación para preparar al ciudadano

La preocupación de Manuel Pardo por la educación venía de larga data. En su Memoria como Director de la Beneficencia, dedicó una sección al tema de las escuelas gratuitas para niños y niñas sostenidas por su institución con un pequeño gasto, opinando que “una buena educación popular lleva a la prosperidad de una nación y no puede menos de desearse ver ensanchado ese caudal inmenso de bien, obtenido con tan pequeños sacrificios” (Pardo, s.f., p. 352). Siendo Alcalde de Lima, dicha idea no dejó de preocuparlo, denunciando la negligencia y abuso en la educación pública; al final de su gestión municipal, Pardo, citado por Mc Evoy (2004), declaraba haber cuadruplicado el número de alumnos bajo la administración educativa municipal, además de estimular el cumplimiento de los deberes cívicos en los sectores populares. Electo Presidente, Pardo mantuvo su apuesta por el fortalecimiento de la educación, incluso a pesar de la grave crisis económica:

“Hay, sin embargo, algunos servicios públicos, como el de la instrucción popular, en los que el país debe hacer todo el gasto necesario para conseguir el resultado, porque la educación de cada ciudadano es la primera condición de la verdadera grandeza de las naciones” (Pardo, s.f., p. 417).

La educación, junto con la participación de la población organizada en las tareas del gobierno, era para el líder civilista, el único camino posible

para una transformación estructural del país. La continuidad en las políticas era, pues, elemento esencial para que estos cambios pudieran cristalizarse. Para el mandatario no eran las leyes las que debían reformarse sino los hombres “y esta reforma no se obtiene sino por la educación y por la práctica misma de la población en los asuntos de su localidad” (Mc Evoy, 2016, p. 125).

Pardo buscaba establecer un sistema estatal de educación primaria libre y universal. A través de la educación primaria, Pardo sentía que cada peruano podría desarrollar y proteger su propia dignidad, a la par que contribuir más efectivamente en el desarrollo material y cultural del país. Mientras la población fuese iletrada, el Perú no podría emerger de su atraso.

Tres medidas se complementaron en aras de la construcción de la *República Práctica* civilista. En primer lugar, la Ley Orgánica de Municipalidades de 1873, que asignaba a los Concejos respectivos responsabilidades en el desarrollo educacional. En segundo lugar, el Reglamento General de Instrucción Pública del 18 de marzo de 1876, que establecía los niveles de instrucción en primaria (bajo responsabilidad de los Concejos Provinciales y Distritales), media (a cargo de los Concejos Departamentales) y superior, bajo la dirección del Ministerio de Justicia, Instrucción, Culto y Beneficencia (asesorado por un Consejo Superior de Instrucción Pública con amplias facultades); y que establecía la obligatoriedad de la instrucción primaria y su gratuidad en el primer grado. Por último, el establecimiento de la contribución de escuelas: un sol al semestre en la sierra y dos soles en la costa a todos los ciudadanos entre 21 y 60 años. Y la población indígena no estaba fuera de la visión pardista:

“La misión civilizadora de Pardo pedía específicamente la asimilación indígena a través de un sistema estatal de escuelas primarias. Aunque jamás consiguió el respaldo para su proyecto educativo, Pardo sí le dio inicio. Él abrió una de las primeras escuelas de oficios para indios en la ciudad de Ayacucho. Allí, un selecto grupo de muchachos fue preparado para ser

carpinteros, albañiles y herreros. Diseñado a medida por el Estado, el ‘nuevo indio’ debía ser convertido en la clase obrera peruana. Con esa finalidad el Estado debía penetrar en las comunidades quechuas y aimaras, erradicando las lenguas y costumbres indígenas a nombre de la unidad nacional. En forma bastante similar a los Borbones del tardío siglo XVIII que pedían la ‘extirpación de la lengua indígena’, Pardo promovió la hispanización forzada de los pueblos nativos. Pero así como los reformadores ‘hispanistas’ se habían topado con la firme resistencia 100 años antes, el mismo Pardo tuvo que vérselas con la resistencia de las élites serranas interesadas en las formas de discriminación coloniales. De hecho, hasta bien entrado el siglo XX, muchos terratenientes provincianos de Perú y Bolivia vieron la alfabetización y la educación indígena como una amenaza al orden social. Para los hacendados era un lugar común prohibir que sus peones fueran alfabetizados. Estas duras realidades de la sierra peruana desinflaron los grandiosos planes que Pardo tenía para la regulación de las lenguas. Su misión civilizadora fue reducida a algo meramente simbólico: ¡ordenó que el Estado imprimiera mil copias de un diccionario castellano-quechua para que fueran distribuidos entre los indios! [*Gramática y Diccionario español-quechua y quechua-español* del profesor José Dionisio Anchorena] A decir verdad, esta no habría de ser una ‘revolución integradora’, pero las políticas culturales de Pardo sentaron las bases discursivas para los proyectos ‘civilizadores’ de comienzos del siglo XX” (Larson, 2002, pp. 111–112).

Sin embargo, la esperanza en que los peruanos pagasen por la educación de sus hijos o que los Municipios atendieran mejor a la educación pública quedó desvanecida: la oposición clerical⁸ y la crisis económica frustraron tales ideas; los gobiernos que siguieron a Pardo, agobiados por la crisis económica y la guerra, no hicieron mucho: basta recordar la afirmación de Piérola en el Mensaje Presidencial de 1897, “*nada eficaz he podido intentar acerca de ella*”. Sería precisamente el hijo del fundador del civilismo, José Pardo, quien en 1905 recuperase para el Gobierno central la dirección de la educación primaria, impulsando la mayor inversión en educación hasta entonces vista en nuestra historia.

2.5. El derecho penal en aras del progreso

En 1861, el Perú aún no tenía un Código Penal. En aquel momento, el Congreso dispuso la creación de una Comisión (la tercera) encargada de preparar la legislación penal y procesal penal. Pardo, siempre inquieto ante los problemas del momento, publicó un artículo titulado “*Algo sobre el proyecto de Código Penal. Vagancia*”. Pardo felicitaba como una muestra del progreso nacional la redacción de dicho proyecto, de urgente necesidad, por estar “llamado a ejercer una influencia poderosa y directa en nuestra sociedad, cuya tendencia a la licencia en todos los ramos de la moral del hombre es cada día más manifiesta” (Pardo, s.f., p. 190)⁹. Se declaraba agradablemente sorprendido al ver la firmeza y esmero con que se buscaba reprimir la sedición y la rebelión, “que han adquirido ya fuero de costumbres nacionales”, pero a la par, se lamentaba de la omisión de “otro vicio de nuestra población, rémora del progreso para el Perú”, la vagancia. Influido por las ideas penales francesas, Pardo (s.f.) definía vago como “aquel que no tiene domicilio cierto ni medios de subsistencia y que pudiendo no ejerce habitualmente oficio o profesión alguna” (p. 191). Admitiendo que no era

⁸ Pese a que el proyecto pardista consideraba la enseñanza religiosa en los cursos de primaria, muchos clérigos veían al diseño educativo más práctico que espiritual. Criticaron duramente la difusión, por parte del gobierno, del periódico *El Educador Popular*, y hubo un sacerdote en Arequipa que

incitó a quemar sus ejemplares. Además cuestionaban los planes del gobierno para la asimilación de los indígenas en aras de proteger la pureza espiritual de los indígenas frente a la civilización urbana (Pike, 1969).

⁹ Pardo (1861)

la persona idónea para entrar a discutir el punto desde una óptica jurídica, Pardo analizaba la figura de la vagancia desde la óptica social y práctica, considerando que “el político y el legislador no pueden mirar en el vago sino al ciudadano que vive degradado, al individuo útil que se mantiene la holganza del sudor de sus hermanos, al obrero que debía contribuir a la riqueza y prosperidad de la nación y que por el contrario contribuye a su miseria” (Pardo, s.f., p. 193). Superaría en mucho el tiempo que se me ha concedido si entrase a examinar en detalle el tema de la vagancia; bástenos decir que en descargo de Pardo, existían en su momento, antecedentes en la legislación ateniense y romana, además del derecho inglés, castellano y francés, en el sentido de reprimir la vagancia; que una de las banderas de la campaña electoral de 1871 fue el rescate del papel fundamental del trabajo como generador de orden, progreso, decencia y dignidad; y que en 1922, se aprobó la Ley N° 4891, Ley de Vagancia, que estuvo vigente hasta 1986.

En la ceremonia de toma de mando de 1872, Pardo no dejó de llamar la atención a los congresistas sobre “la insuficiencia de nuestra legislación penal y el peligro que envuelve para la moral pública, como para la garantía de los derechos de los ciudadanos, la lentitud que se nota frecuentemente en los procedimientos de la justicia criminal. Reformarla vigorosamente de manera que garantice con la necesaria eficacia, los derechos de los ciudadanos y el ejercicio de la autoridad, es el gran problema de la sociedad política que estáis en el deber de resolver porque no está resuelto en el Perú” (Pardo, s.f., p. 416).

2.6. El Estado y la economía

El rol del Estado en el proceso productivo fue un tema constante en el pensamiento de Pardo, siendo evidente la importancia que tenía para él, el definir con claridad dicho rol. Esta idea la evidenció desde sus artículos en la *Revista de Lima*, donde llamaba la atención al gobierno para que se adoptasen medidas antes que la producción ganadera desapareciera.

“Crear retornos que suplan el huano [sic], crear rentas fiscales que reemplacen las del huano [sic]: he aquí el problema. Fomentar la producción nacional; he aquí la resolución: ella nos dará retornos para el comercio; ella nos dará rentas para el Estado. En la producción nacional, en la riqueza pública será donde encontremos las entradas para nuestro tesoro, cuando la actual renta desaparezca. El aumento de valores en todas las ramas de la actividad nacional permitirá el aumento de las contribuciones sobre la tierra que sólo se pueden pagar cuando la tierra produce; sobre la industria que sólo se obtiene cuando la industria florece; sobre la propiedad urbana, consecuencia del aumento de la población; y por último y más que todo de las contribuciones indirectas, como la de aduanas que crece sólo donde hay movimiento industrial y comercial (Pardo, s.f., pp. 116–117).

Lejos de ser un proyecto para un desarrollo exportador orientado hacia los mercados exteriores, pareciera que el proyecto de Pardo era más un llamado al desarrollo del potencial productivo peruano, lo que en el siglo XX, habría sido llamado industrialización por sustitución de importaciones. La construcción de una red ferroviaria interna habría reducido los costos de transporte, permitiendo un surgimiento de manufacturas internas para el mercado local (Klaren, 2004).

“Y qué medio más fácil, más rápido y más poderoso de aumentar con la producción nacional a un mismo tiempo la riqueza de los particulares y del Estado ¡Qué medio más expedito y más sencillo que las vías de comunicación? [...] Ya hemos dicho: si en las naciones europeas el papel de un camino de hierro se reduce a facilitar y activar las comunicaciones entre dos puntos del territorio, en el Perú su misión es de crear esas relaciones que no existen entre lugares que están incomunicados unos de otros; en Europa ellos facilitan el tráfico y el comercio, fomentan así la industria y dan mayor valor a la propiedad; en el Perú lo crearán todo: comercio,

industria y hasta la propiedad, porque darán valor a lo que hoy no tiene” (Pardo, s.f., pp. 117-118).

Aunque Pardo fuera un liberal, no era un enemigo acérrimo de la intervención del Estado en la economía. Creía que el Estado no debía aplastar la iniciativa privada, ni comprometer su soberanía. Cuando el mercado no funcionase adecuadamente, el Estado debía actuar. No es casual que se expresase con cierta admiración del rol proteccionista jugado por la Corona española en el siglo XVIII, y compararlo con la incuria de los primeros años republicanos.

“...a pesar del estanco y de los reglamentos, se seguía entonces un sistema, con sus defectos, pero también con sus ventajas: se regulaba la producción pero se le favorecía al mismo tiempo; la autoridad local protegía al labrador y al industrial e impedía las depredaciones; fomentaba todo nuevo cultivo y toda nueva industria; hacía caminos y construía puentes, mientras que bajo el sistema económico que hoy está plantificado, llamado por algunos de libertad, y que nosotros, que respetamos demasiado esta palabra, no llamaremos sino de abandono, no se regula, es cierto, la producción ni se dirige la industria, pero tampoco se la protege ni se la fomenta; y el labrador y el artesano están a merced del salteador y del ratero; ni se favorecen las nuevas industrias o los nuevos cultivos, ni se piensa en construir puentes, ni caminos” (Pardo, s.f., p. 138).

Como Secretario de Hacienda, Pardo puso énfasis en la necesidad de revivir un sistema tributario luego de las aboliciones de contribuciones en medio del apogeo guanero. Para ello propuso contribuciones sobre la tierra, el capital y el trabajo, pero sus medidas fueron derogadas tan pronto cayó el régimen de Prado, sin hacer un adecuado análisis de la conveniencia de las reformas hechas.

Una de las mayores paradojas de la historia peruana fue que Pardo, el gran defensor de un uso

racional y previsor de la renta guanera, llegó a la Presidencia cuando la ficticia bonanza construida sobre dicho recurso, empezaba a desmoronarse. Pardo reveló la gravedad de la situación financiera del Perú en su Mensaje al Congreso en septiembre de 1872, explicando que todos los ingresos del guano debían ser aplicados a la deuda externa, que el déficit ascendía a más de 8 millones de soles, y que sólo podía salvarse en parte, aumentando los derechos de aduana y creando un impuesto a la importación del salitre (Pardo, s.f.). “No habiendo habido en el Perú en los años que terminaron en 1876 más riqueza que la del guano, y habiendo sido esta riqueza precaria, todo en el orden social y económico comenzó a desmoronarse en cuanto principiaron a faltar los recursos que el maravilloso fertilizante producía. Fuera del guano no había nada. El salitre era una promesa y nada más que una promesa, con el aditamento de que en esos años no solamente no sustituía la renta que comenzaba a faltar, sino que siendo un competidor del guano, era mucho el daño que comenzaba a hacerle. Existían la minería y la agricultura, pero la falta de capitales, de caminos, de conocimientos científicos y de garantías pusieron a la primera en deplorable estado de postración” (Dávalos y Lisson, 1926, p. 372).

Sin embargo, el gobierno de Pardo se esforzó en promover el desarrollo de las industrias nacionales, como las fábricas textiles de Garmendia en el Cuzco. Pero el gran problema era la constante baja del guano y la competencia del salitre. Entonces, ¿cómo aprovechar la nueva riqueza salitrera? Los liberales doctrinarios defendían la idea de dejar la explotación y comercio del nitrato en manos particulares, cobrando el Estado un fuerte impuesto de exportación. Pero no faltaba una corriente estatista, que reivindicaba para el Estado el manejo del negocio, prolongando el patrimonialismo fiscal heredado desde la época virreinal.

Pardo y su ministro de Hacienda Ignacio Elguera, en su doble propósito de crear rentas para salvar la bancarrota fiscal y en su deseo de limitar el consumo del salitre, intervino desde 1873 en los

asuntos hasta entonces privados de la industria del nitrato. Con calma estudió la cuestión, y convencido de la imposibilidad de contemporizar con uno y con otro abono, favoreció al guano con detrimento del salitre, el cual fue objeto del Estanco del Salitre. Solo el Estado quedaba autorizado a comercializar el producto, quedando los particulares obligados a venderle su producción. En 1875, se radicalizó la política y se procedió a ordenar la expropiación de las oficinas salitreras. El pragmatismo fue más fuerte que sus convicciones liberales, pero lo único que le faltó al Perú para hacer funcionar plenamente su política salitrera fue tener soberanía territorial sobre las salitreras, ya que existía la competencia del salitre boliviano, explotado por capitales chilenos e ingleses.

Esta competencia terminó por sentar las bases de la Guerra del Pacífico en 1879, precipitada por un conflicto entre el gobierno boliviano y una empresa salitrera de capitales chilenos; el Perú se vio envuelto en el trance debido a un Tratado Secreto de Alianza firmado en 1873 bajo el gobierno civilista. Este tratado, secreto sólo de nombre, firmado a propuesta del gobierno boliviano, y en cuyo diseño original se contemplaba la adhesión de Argentina (que al final se frustraría por las disputas argentino-bolivianas por la zona de Tarija), sirvió de pretexto al gobierno chileno para declarar la guerra al Perú. Este tema siempre ha sido, y es probable que siga siendo, materia de debate en torno de que si el gobierno de Manuel Pardo hizo lo correcto al aceptar la alianza boliviana. Sin duda la situación económica le imposibilitó la adquisición de material bélico, y lo condicionó a cimentar la seguridad nacional en base a un juego de alianzas, que como se verá trágicamente, fue sumamente imperfecto.

3. EPÍLOGO

¹⁰ Habría que mencionar el canallesco editorial del periódico pierolista "La Patria", redactado por Pedro José Calderón, el 2 de septiembre de 1878, fecha del arribo de Pardo al Callao. Este editorial concluía con una abierta invitación al asesinato

"A pesar de todo lo que pueda decirse, Pardo hizo una intensa obra de estadista [...]. Estuvo en el poder solamente cuatro años y en las más desfavorables condiciones hacendarias y económicas y dentro de incesantes zozobras políticas. No fue el gobernante intuitivo o instintivo, ni el dictador omnímodo que delega su poder en ministros capaces. Llevó a la dirección del país una visión personal, culta, reflexiva y consciente y ejerció una acción propia, susceptible de aplauso o de crítica; pero, en todo caso, impregnada de energía, audacia, voluntad de acierto, integridad y buena fe" (Basadre, 2005, p. 192).

Pero los odios hacia Pardo no se detuvieron con la entrega del mando en agosto de 1876. A los pocos días, una turba estuvo a punto de asaltar la residencia de Pardo, y a los pocos meses, debió salir al exilio en Chile, del que retornó en 1878, como Presidente del Senado. Pese a que sus familiares le aconsejaron no retornarse al Perú por un tiempo, Pardo consideró que era su deber regresar. Desde su llegada, se pudo apreciar el encono de sus enemigos, en feroces andanadas que incitaban al crimen¹⁰, como parte de una praxis política en base a la eliminación del enemigo, que influyeron en Melchor Montoya, un oscuro sargento del batallón Pichincha para cometer uno de los crímenes más abominables de la historia peruana.

La tarde del sábado 16 de noviembre de 1878, Pardo ingresó al Senado. La guardia le presentó armas, y al darse la voz de descanso, el sargento disparó por la espalda contra el ex presidente. Así, la carrera de un auténtico visionario de la política peruana se vio truncada por quienes se resistían a la necesaria reestructuración de las condiciones institucionales y económicas del Perú en crisis (Quiroz, 2013).

Cuando el cortejo volvió del cementerio, de enterrar el cadáver de Manuel Pardo, quizá el país

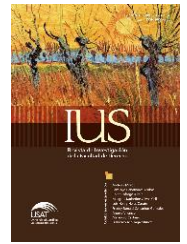
al citar una de las catilinarias de Cicerón, que al pie de la letra dice: "Yo te mataré al fin, pero lo haré cuando ninguna boca honrada deje de aprobar y aplaudir tu muerte".

no supo que muy pronto asistiría a otro entierro más doloroso y terrible: el de las esperanzas de constituirnos en una nación pujante y verdaderamente soberana. Siendo el Perú el país del “aquí no pasa nada” y del “Dios es peruano”, costumbre resignada y estéril, que no tiene fundamento ni reafirmación de propósito, nos sorprendió la guerra en el desconcierto y la impotencia (Miró Quesada, 1961, p. 111).

Bibliografía

- Basadre, J. (2005). *Historia de la República del Perú (1822–1933)*. Lima, Perú: Empresa Editora El Comercio 9na. ed.
- Cayo, P. (2004). *Enciclopedia Temática del Perú. Tomo III: República*. Lima, Perú: Empresa Editora El Comercio.
- Contreras, C.; CUETO, M. (2013). *Historia del Perú Contemporáneo*. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos 5ta. ed.
- Dávalos; Lissón, P. (1919–1926). *La primera centuria: causas geográficas, políticas y económicas que han detenido el progreso moral y material del Perú en el primer siglo de su vida independiente*. Lima, Perú: Librería e Imprenta Gil.
- Del Busto Duthurburu, J. A. (1994). (director). *Historia General del Perú*. Lima, Perú: Editorial Brasa.
- Espinosa, A. (2013). *Siembra, convicción y peripezia: el socialcristianismo en el Perú (1532–2010)*. Lima, Perú: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- González, M. (1938). *Figuras y figurones. Manuel Pardo – Piérola – Romaña – José Pardo*. París, Francia: Tipografía de Louis Bellenand et Fils.
- Hampe, T. (2000). (coordinador). *Historia del Perú*. Lima, Perú: Lexus Editores.
- Hunt, S. (2011). *La formación de la economía peruana*. Lima, Perú: Banco Central de Reserva del Perú – Instituto de Estudios Peruanos – Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Karno, H. L. (1970). *Augusto B. Leguía. The Oligarchy and the Modernization of Peru 1870–1930*. Los Ángeles, Estados Unidos: Tesis de Doctorado, Universidad de California.
- Klarén, P. F. (2004). *Nación y sociedad en la historia del Perú*. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos.
- Larson, B. (2002). *Indígenas, élites y Estado en la formación de las repúblicas andinas*. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos – Pontificia Universidad Católica del Perú.
- López, J. (1947). *Manuel Pardo*. Lima, Perú: Librería e Imprenta Gil S. A.
- Mc evoy, C. (2004). (compilación). *La huella republicana liberal en el Perú. Manuel Pardo. Escritos fundamentales*. Lima, Perú: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Mc evoy, C. (2007). *Homo politicus. Manuel Pardo, la política peruana y sus dilemas 1871–1878*. Lima, Perú: Oficina Nacional de Procesos Electorales – Instituto Riva-Agüero – Instituto de Estudios Peruanos.
- Mc Evoy, C. (2016). *La utopía republicana: ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana 1871–1919*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mc Evoy, C. (1994). *Un proyecto nacional en el siglo XIX. Manuel Pardo y su visión del Perú*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Miró Quesada, C. (1961). *Autopsia de los Partidos Políticos*. Lima, Perú: Ediciones Páginas Peruanas.
- Mücke, U. (2010). *Política y burguesía en el Perú: El Partido Civil antes de la Guerra con Chile*. Lima, Perú: Institut Français d'Études Andines.
- Paniagua, V. (2009). *Manuel Pardo y el Partido Civil. Apogeo y crisis del primer partido político en el Perú*. Lima, Perú: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Perú Ministerio de Gobierno. (1878). *El asesinato de Manuel Pardo, Presidente del Senado. 16 de noviembre de 1878*. Lima, Perú: Imprenta del Estado.
- Pike, F. B. (1969). *The Modern History of Peru*. New York, Estados Unidos: Frederick A. Praeger Publishers.
- Quiroz, A. W. (2013). *Historia de la Corrupción en el Perú*. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos.
- Ramos, C. (2002). *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. Tomo III. Los jurisconsultos: El Murciélago y Francisco García Calderón*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sobrevilla, N. (2013). *La ciudadanía corporativa. Política, constituciones y sufragio en el Perú (1821-1896)*. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos.
- Tauro del, A. (2001). *Enciclopedia ilustrada del Perú*. Lima, Perú: PEISA.
- Tocqueville, A. (2007). de. *La democracia en América*. Madrid, España. Ediciones Akal.
- Villarán, L. F. (2016). *La constitución peruana comentada*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.
- Yepes del Castillo, E. (1981) *Perú 1820-1920. ¿Un siglo de desarrollo capitalista?*. Lima, Perú: Ediciones Signo.



EL ACUERDO NACIONAL Y EL ENFOQUE DE FAMILIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Francisco Aspíllaga Muñoz¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 1 de octubre de 2017

Aceptado el 19 de marzo de 2018

Palabras claves:

Acuerdo Nacional

Política de Estado

Enfoque de Familia

Familia

RESUMEN

El Acuerdo Nacional es un documento clave en la vida republicana del Perú, pues representa la estabilización de la convulsión sociopolítica vivida en la década del 90', y que a la luz del nuevo milenio, nos permite una visión del país con las políticas del Estado que se caracteriza por su alto nivel de consenso. El enfoque de familia que se encuentra instalado en la política del Estado N° 16, en su aplicación adecuada en los distintos niveles del gobierno es de imperiosa necesidad para el fortalecimiento de la familia natural

The national agreement and the family approach in public policies

ABSTRACT

Keywords:

State Policy

Family

Family Focus

The National Accord is a key document in the republican life of Peru, because it represents the stabilization of the socio-political upheaval experienced in the 1990s, and which, in the light of the new millennium, allows us to view the country with the policies of the State that is characterized by its high level of consensus, being the family focus approach that is installed in State policy No. 16, in its proper application at different levels of government is of imperative need for strengthening the family natural.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. El Acuerdo Nacional: unidos para crecer

1.1.1 Antecedentes

El Acuerdo Nacional tiene como antecedentes inmediatos (Secretaría ejecutiva del Acuerdo

Nacional, 2004): i) El Pacto de Gobernabilidad suscrito por los partidos democráticos en noviembre de 1999 (La Nación, 1999) ; ii) La Mesa de Diálogo promovida por la Organización de Estados Americanos (OEA) en octubre de 2000 (Soria, 2014) ; iii) La Mesa de Diálogo por el Desarrollo y la Democracia convocada por el presidente del Gobierno de Transición, Valentín Paniagua, en mayo de 2001 (Ugaz y Zúñiga, 2001)

¹ Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

; y iv) Los compromisos de todos los candidatos democráticos durante los procesos electorales de 2001 y 2002.

Contexto sociopolítico para la suscripción del Acuerdo Nacional

El año 2000 representó un período sui generis en la historia de la política peruana, debido a la victoria presidencial a la República del Perú de Alberto Fujimori por tercera vez consecutiva, pisoteando lo estipulado en la Constitución y bajo la mirada desaprobatoria de los organismos internacionales. Más adelante, se develó una red de corrupción mediatizada y sin precedentes al ser expuesto el video Kouri-Montesinos (14 de setiembre del 2000). Luego, el entonces presidente viajó a Brunéi, en el sudeste asiático, con motivo de celebrarse la cumbre de APEC (Asia Pacific Economic Cooperation). Días después se desplazó a Japón, expidiendo vía fax una carta de dimisión, en la que alegaba que su retiro contribuiría a “abrir paso a una etapa de definitiva distensión política que permita una transición ordenada y, algo no menos importante, preservar la solidez de nuestra economía” (19 de noviembre del 2000) (Grajeda, 2010).

El Congreso de la República acuerda no aceptar la renuncia y destituir al presidente por “permanente incapacidad moral”. Al producirse la destitución del Jefe de Estado y en concordancia con el artículo 115° de la Constitución de 1993, le correspondería acceder a dicho cargo al primer vicepresidente, Francisco Tudela, pero éste había renunciado semanas antes, correspondiéndole entonces asumir el cargo al segundo vicepresidente Ricardo Márquez, quien también había renunciado (Ferrero, 2001). Por tanto, en línea de sucesión, el 22 de noviembre del 2000 asumió la presidencia de la República el Presidente del Congreso, el abogado y político peruano Valentín Demetrio Paniagua Corazao, recibiendo de la actual congresista Luz Salgado la banda presidencial en la ceremonia de juramentación.

Es importante tener en cuenta que este gobierno de transición llegó al poder en un contexto de carencia moral y profundo escepticismo, pues su

llegada denotaba por un lado, el fin de un régimen autoritario que pisoteó el sistema democrático nacional, y por el otro lado, este gobierno de transición representó el inicio de una nueva era política, de reinstauración democrática y de recuperación moral (Ford, 2004): “Nace hoy un nuevo tiempo” es la frase con la que inició Valentín Paniagua su primer discurso como presidente del Perú. Luego, en abril de 2001, realizó un proceso electoral libre y transparente en el cual resultó electo Alejandro Toledo (2001–2006), obteniendo 36.51% de votos en primera vuelta y 53.08% en segunda vuelta, ganándole a Alan García, quien obtuvo 46.92% votos.

1.1.2. Definición del Acuerdo Nacional

Con el retorno de la democracia en el 2001, la transición peruana hacia estándares más amplios de vida democrática pasó a ser el horizonte de la preocupación política. Sin embargo, la posibilidad de hacer confluir las líneas de acción del Estado con una participación de la sociedad que le diera legitimidad al proceso debía enfrentar –en un contexto de exclusiones postergadas, demandas sociales y un débil sistema de partidos– las altas expectativas de cambio de la población (Hernández, 2004).

Por tanto, en la búsqueda de lograr la vuelta al diálogo (y otorgarle legitimidad a esa iniciativa), se realizó la suscripción del Acuerdo Nacional –luego de los consensos alcanzados con los actores de gobierno, políticos y civiles– en un acto solemne en Palacio de Gobierno, el 22 de julio de 2002, con la participación del entonces Presidente de la República, Alejandro Toledo, el Presidente del Consejo de Ministros, Roberto Dañino, y los principales representantes de las organizaciones políticas y de la sociedad civil.

Siendo esto necesario para mostrar a la ciudadanía y agentes internacionales un nuevo rostro basado en el sistema democrático, el cual presupone la confrontación pacífica de criterios e intereses diversos a menudo contrapuestos y en conflicto entre distintos actores políticos y sociales a través del diálogo, que es la práctica esencial de la democracia; pues la deliberación constituye el

corazón mismo del quehacer democrático, y es el supuesto esencial de este sistema (Hernández, 2004, p. 11) –núcleo central de su filosofía– que se ve reflejado en la definición del Acuerdo Nacional como:

“El conjunto de políticas de Estado elaboradas y aprobadas sobre la base del diálogo y del consenso, luego de un proceso de talleres y consultas a nivel nacional, con el fin de definir un rumbo para el desarrollo sostenible del país y afirmar su gobernabilidad democrática” (Acuerdo Nacional, 2014).

Actualmente, los Foros del Acuerdo Nacional se siguen realizando, y es en este espacio en el cual se sientan –en una misma mesa– partidos políticos con representación parlamentaria, algunas de las principales organizaciones de la sociedad civil y el Gobierno para tratar políticas de Estado.

Desde una visión tridimensional, podemos afirmar que el Acuerdo Nacional (Secretaría Ejecutiva del Acuerdo Nacional, 2004):

- Es un compromiso, suscrito por siete partidos políticos con representación parlamentaria, siete organizaciones sociales y el Gobierno. Por primera vez en nuestra historia, los partidos políticos y el Gobierno dejan de lado sus legítimas diferencias para definir, de manera consensuada y con participación de la sociedad civil, cómo queremos que sea nuestro país de acá a veinte años;
- Es un proyecto nacional, en el que las políticas de Estado que lo integran enrumbarán al Perú hasta el año 2021, asegurando que haya políticas que no se abandonen con cada cambio de Gobierno, evitando así la pérdida de tiempo y de recursos; y
- Es un foro de concertación, donde sus participantes se reúnen de manera periódica, gratuita y lejos de las cámaras, para afrontar juntos los grandes problemas del país.

Todos los acuerdos son adoptados por unanimidad.

1.1.3. Objetivos del Acuerdo Nacional

El Acuerdo Nacional es un mecanismo de concertación y diálogo conformado tripartitamente (Gobierno, partidos políticos con representación en el Congreso de la República y organizaciones representativas de la sociedad civil a nivel nacional) para darle seguimiento y promoción al cumplimiento de las políticas de Estado suscritas (Acuerdo Nacional, 2014), para esto, se realizan foros con cierta periodicidad desde el año 2002, teniendo como objetivo principal definir un rumbo sostenible afirmando la gobernabilidad democrática del país a través del diálogo y un proceso de consultas a nivel nacional.

Para la suscripción del Acuerdo Nacional se elaboró un documento de síntesis de las políticas de Estado, que a su vez fueron agrupadas en cuatro grandes objetivos: i) Fortalecimiento de la Democracia y Estado de Derecho; ii) Desarrollo con Equidad y Justicia Social; iii) Promoción de la Competitividad del País y iv) Afirmación de un Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado.

Contenido del Acuerdo Nacional

El Acuerdo Nacional busca cumplir todas las políticas de Estado, estimulando el diálogo y la concertación entre todos sus asistentes para lograr el bien común a través de consensos como eje fundamental del desarrollo. Sus políticas de Estado son (Ceplan, 2016):

Políticas de Estado del Acuerdo Nacional			
Democracia y Estado de Derecho	Equidad y Justicia social	Competitividad del país	Estado eficiente, transparente y descentralizado
Régimen democrático y estado de derecho	Reducción de la pobreza	afirmación de la economía de mercado	Estado eficiente y transparente
Democratización y fortalecimiento del sistema de partidos	Igualdad de oportunidades sin discriminación	competitividad, productividad y	Institucionalidad de las fuerzas armadas

		formalización económica	
Afirmación de la identidad nacional	Acceso universal a la educación y promoción de la cultura y el deporte	desarrollo sostenible y gestión ambiental	Ética, transparencia y erradicación de la corrupción
Institucionalización del diálogo y la concertación	Acceso universal a los servicios de salud y seguridad social	desarrollo de la ciencia y tecnología	Erradicación del narcotráfico
Planeamiento estratégico y transparencia	Acceso al empleo pleno, digno y productivo	desarrollo en infraestructura y vivienda	Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos
Política exterior para la democracia y el desarrollo	Promoción de la seguridad alimentaria y la nutrición	ampliación de mercado con reciprocidad	Acceso a la información y libertad de expresión
Seguridad ciudadana y erradicación de la violencia	Fortalecimiento de la familia y protección de la niñez	Desarrollo agrario y rural	Eliminación del terrorismo y reconciliación nacional
Descentralización política económica y administrativa			Sostenibilidad fiscal y reducción de la deuda pública
Seguridad Nacional			

En suma, el Acuerdo Nacional, al ser un documento base que busca la interacción entre actores públicos y privados, políticos y civiles, en base a lineamientos que cumplan las políticas de estado y teniendo incorporada en su contenido la política N° 16 respecto al Fortalecimiento de la familia y protección de la niñez, genera un directriz habilitante para el accionar de los actores antes mencionados en función de la familia y protección de la misma. Por tanto, es necesaria la aplicación de políticas públicas siguiendo los lineamientos antes mencionados para dar cumplimiento al Acuerdo Nacional.

2. EL ENFOQUE DE FAMILIA EN LAS POLÍTICAS DE ESTADO, PÚBLICAS Y DE GOBIERNO

Según García Toma, “El Acuerdo Nacional es una institución que si bien no forma parte de la Constitución de la República, fue incorporado a través de una ley al sistema político peruano. Por sus finalidades y consecuencias está enormemente vinculado con el destino que la Carta Magna le ha señalado al Perú” (Salcedo, 2016), lo cual se vio ratificado mediante Decreto Supremo N° 105–2002–PCM del 17 de Octubre del año 2002. Y es que el Acuerdo Nacional es un compromiso de actuación de las fuerzas vivas que la integran (gobierno, políticos y sociedad civil) con la intención de enmarcar un derrotero hacia el bien común siguiendo un enfoque de desarrollo sostenible a través de políticas de Estado con un adecuado planeamiento estratégico (Sanchez, 2003) (Hernandez, 2006) con metas tangibles y cuantificables que se puedan medir en el tiempo y ser evaluadas.

2.1. Política de gobierno, pública y de Estado

Una política está constituida por un conjunto de medidas concretas que constituyen su contenido visible: Decisiones, medidas y acciones –planes, proyectos– e instrumentos de acción pública –normatividad, contratos, subsidios, etc. – (Jiménez y Ramírez, 2008). Por ejemplo, una política pro familia (Mimp, 2017). Sin embargo, existe confusión conceptual entre política de Estado, política pública y política de gobierno, en consecuencia, es necesaria la distinción (Jiménez y Ramírez, 2008, 55).

Una política de gobierno es aquella que se circunscribe a una gestión en particular y responde a los intereses y criterios de esta. Por tanto, dura mientras esté vigente el gobierno que la concibió; es decir, son políticas que normalmente no tienen continuidad más allá del propio gobierno que la formuló y la sostuvo ; tampoco busca consensos extendidos, sino que refleja el pensamiento de la mayoría que durante un período determinado sustenta a ese gobierno . Es decir, este tipo de política inicia con la llegada al poder de un partido político y culmina con su salida.

La política pública se entiende como el proceso mediante el cual el Estado diseña y ejecuta una política dirigida a una problemática y un segmento específico de la población; involucrando no sólo acciones, sino también omisiones respecto de asuntos de interés para determinados actores (Satriano, 2006); y es que las políticas públicas en su conjunto son un cristal a través del cual pueden visualizarse transformaciones de las relaciones entre el Estado y la Sociedad consecuencia de los diferentes contextos socio-económicos, políticos, jurídicos, filosóficos, ideológicos, éticos y culturales (Díaz, 2017, 3) que han conducido a poner los acentos en la Sociedad o el Estado para pensar y analizar las políticas públicas y que implícitamente poseen distintas ideas acerca de lo que es el Estado (Mendíaz, 2004).

Fuente: Instituto para la democracia y la asistencia electoral y Asociación Civil Transparencia. Estado: Funcionamiento,



organización, 2008

El proceso de políticas públicas en términos muy sintéticos, inicia con la integración de la agenda a partir de las demandas sociales, las cuales son transmitidas al aparato gubernamental a través de los actores políticos de los diferentes partidos políticos y del propio aparato administrativo (Gomez, 2015, 34), luego de la primera fase (agenda política), pasamos a la formulación (identificar el problema, definir objetivos y metas relevantes, buscar alternativas de solución y compararlas). Un tercer momento es el proceso de decisión (luego de una discusión e interacción con actores relevantes consecuencia de una articulación técnico-política) de una solución al problema con su respectiva asignación de recursos; luego viene la implementación de la opción seleccionada y la última etapa es la

evaluación de cumplimiento de los objetivos trazados. Lo explicado se puede entender mejor con el siguiente esquema:

La política pública hay que comprenderla como el resultado de una acción colectiva que se desarrolla en lo público y de una serie de transacciones políticas, en donde el gobierno ya no tiene como único objetivo ejecutar lo planeado, sino también garantizar la coordinación y la cooperación de los actores clave. Lo anterior recalca dos elementos fundamentales del concepto: Lo político y lo público (Torres, Santander, 2013).

El concepto de políticas de Estado (Arancibi, 2012) se refiere a ciertos campos de las políticas públicas en torno a las cuales se genera un alto nivel de acuerdo entre todas las fuerzas políticas y sociales, tanto en relación a las metas propiamente dichas, como en cuanto a las formas más adecuadas de llevarlas a cabo; su existencia asegura la continuidad en el tiempo y a través de los diferentes gobiernos— de las acciones y definiciones que permiten avanzar en la preservación o en el desarrollo de ciertas metas e instrumentos en una problemática determinada. En otros términos, este tipo de política responde a intereses más generalizados, valores que son menos cuestionables por la mayoría de la sociedad y que además son de suma importancia para el desarrollo del país.

2.2. El enfoque de familia

Incidimos en que debido a la importancia que la familia tiene en la sociedad se debe aplicar un enfoque de familia en todas las políticas que hemos descrito, en las plataformas de los partidos políticos, en los programas de trabajo de las empresas y de las organizaciones de la sociedad civil, en el contenido de los programas de televisión y de los demás medios de comunicación, entre otras muchas opciones (Pliego, 2013, 60), y es que, cuando se entiende la importancia de la familia para la sociedad y el Estado —que justifica su protección— se entiende la necesidad de delinear los elementos básicos que debe contener una adecuada política familiar.

Entonces, al hablar de políticas familiares nos referimos a aquello que aglutina los esfuerzos y convierte una política aislada, en una política integral, multiplicando sus efectos en favor de la familia. Conviene entonces hablar de políticas públicas con perspectiva de familia (Coreifam, 2017, 14). Por tanto, coincidimos con Pliego (2013) al afirmar que sería un grave error no incidir con una perspectiva de familia natural y no tomar en cuenta el rol central que juegan las familias en el desarrollo de la sociedad y el Estado, pues toda la literatura analizada —basada en encuestas representativas y datos de tipo censal— muestra sistemáticamente que las estructuras y dinámicas de funcionamiento de las familias influyen de manera significativa en el bienestar y en los problemas de bienestar de la población; y sobre todo, que la familia natural genera un mayor grado de bienestar en comparación con otras estructuras familiares. Por lo anterior, el autor precitado considera necesario asumir y promover una perspectiva de familia, definiéndola como:

“El enfoque de las políticas públicas y privadas, como también de los programas de trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, que considera que las estructuras y dinámicas de funcionamiento de las familias son fundamentales para el desarrollo y el bienestar de los individuos y de la sociedad.”

Esto significa que la perspectiva de familia o enfoque de familia presupone comprender la gran importancia que esta tiene en la sociedad; es decir, no solo verla como un instrumento que se vale el Estado para atender a sus ciudadanos, ni como el interlocutor entre el Estado y sus miembros; sino como la institución natural más importante de todas las sociedades (sobre todo las democráticas). Entonces, sí y solo sí estaremos hablando realmente de una política familiar (pública o privado) si poseen la perspectiva de familia que hemos descrito líneas arriba, de lo contrario solo tendremos programas sociales sectorizados que no abarcan la amplia realidad de la familia. Siendo necesario que las verdaderas políticas de familia no solo tengan una perspectiva de familia, sino que se sean multisectoriales (y por

tanto, estén inmiscuidas en todas las áreas del gobierno: Un dato interesante es que según los economistas, cualquier medida que beneficie a la familia reduce el gasto público).

Además, debemos reconocer que la perspectiva de familia también se puede incorporar en el sector privado a través de políticas empresariales que reconozcan el impacto que tiene la situación familiar en la productividad de sus colaboradores, por tanto, es importante que se apliquen y difundan estas políticas de familia en favor de los individuos y de la colectividad en general (Coreifam, 2017, 15).

Y es que la persona humana es un ser-familiar. Esto quiere decir que la vida social emerge en la vida de la persona como una dimensión constitutiva de ella gracias a su estructura y consistencia “familiar”. La dimensión social primariamente se vive, se comprende y se expande en el interior de la experiencia humana gracias a la constitución “familiar” de la persona. La familia, a diferencia de muchas otras formas de vida social, es inevitable. Los seres humanos, desde nuestro origen, somos y actuamos en-relación, es decir, de modo intersubjetivo. Esta visión antropológica descubre que el ser humano es esencialmente un ser-en-relación (propio de su ser familiar). El ser humano, como ser en relación, alcanza en la familia la primera expresión personalizadora, pues es en esta donde logra por su relación intersubjetiva, su propio reconocimiento y con ello su identidad (Santamaría, 2013, 294).

En este sentido, la familia debe ser entendida como un “sujeto social”, es decir, como una realidad que amerita una atención particular y específica, que supera la atención individual de sus miembros y por ello se puede justificar que el Estado tenga interés en incluir a la familia en sus políticas públicas, siempre bajo el principio de subsidiariedad. Y para evitar errores en su aplicación, es necesario contar con un elemento que reoriente los esfuerzos y convierta una política aislada, en una política integral, multiplicando sus efectos en favor de la familia, con un adecuado Enfoque de Familia (Valdivieso-López, 2017), el

cual establece (siguiendo la misma línea de PLIEGO) que:

“Tanto las políticas públicas y privadas, como de los programas de trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, deben considerar que las estructuras y dinámicas de funcionamiento de las familias son fundamentales para el desarrollo y el bienestar de los individuos y de la sociedad. En otras palabras, se entiende el papel de la familia en su real dimensión. No solo como medio del que se vale el Estado para atender a sus ciudadanos, ni como el interlocutor entre el Estado y sus miembros; sino como la institución natural más importante de las sociedades democráticas”. (Coreifam, 2017, 19).

Lo que da a entender que se necesita un trabajo articulado (multisectorial) y que no solo sea sectorial. De allí la referencia a la Perspectiva o Enfoque de Familia, que más que un eslogan resulta la manera sintética y efectiva de promocionar, trabajar y defender a la familia tanto a nivel privado como público, vista esta desde su fundamento antropológico, su juridicidad institucional inherente y su subjetividad social (Santamaría, 2013, 298). Y es que la familia tiene una importancia tan grande en el entramado social que es necesario “contar con políticas familiares – públicas y privadas – adecuadas, que le permitan a la familia cumplir con sus funciones” (Valdivieso-López, 2017).

En definitiva, se hace necesario entender que las nuevas orientaciones en políticas familiares exigen que se considere la familia como un sujeto social, y no solo como una realidad que aglutina individuos. Cuando se incorpore el Enfoque de Familia en las políticas públicas, se podrá contribuir –al entenderla como un sujeto de relaciones sociales– al cumplimiento de sus fines y funciones dentro de la sociedad y veremos realmente a la Familia como protagonista del cambio social (Valdivieso-López, 2017).

Para Timaná (2017), las políticas públicas (en nuestro caso sería la Política de Estado 16 del Acuerdo Nacional) son el hacer del Estado y su enfoque o perspectiva es el modo de hacer. Un

enfoque familiar podría llegar a tener cabida en la formulación e implementación de políticas públicas, tal como ya se puede observar en los programas sociales de transferencias monetarias condicionadas, entonces: ¿Puede implementarse un enfoque de familia para otros tipos de política pública? La respuesta es sí, lo que generaría una visión integradora de la gestión pública, con la condición de ofrecer la suficiente flexibilidad para adaptar los programas a las realidades particulares (Familias extensas o monoparentales, que habitan en el ámbito urbano o rural, los aspectos culturales y étnicos del contexto) y de cada uno de sus integrantes (Las particularidades generacionales, si se presentan discapacidades, entre otros), y que en el marco de una ecología humana, de lo que es natural y que debe preservarse en la familia humana, podría abrir posibilidades inexploradas a las políticas públicas.

2.3. El reto de las políticas de familia

Hablar de políticas públicas de familia implica desentrañar las concepciones que los actores gubernamentales, institucionales y sociales tienen sobre familia y sobre las situaciones y problemáticas familiares a ser atendidas e incluidas en la agenda pública. Debemos recordar que la familia ha sido objeto de debates y consideraciones que están permeados por concepciones respecto a lo que es y a lo que se espera de este grupo social; para que en base a lo que se entiende como familia se lleve a cabo la acción gubernamental, institucional y académica (Franco y Sánchez, 2008, 92).

Es necesario tener presente que en cuanto a las políticas públicas de familia los retos son aún más complejos. Por un lado, el proyecto moderno del Estado Social de Derecho todavía no se instaura en el imaginario y en las prácticas sociales de gobiernos, instituciones y sociedad en general, lo que dificulta el que se asuman las familias como sujeto de derechos en lo individual y en lo colectivo. Por otro lado, permanece en el Estado y los entes responsables de la planeación, ejecución y evaluación de políticas, la concepción convencional de familia desde la cual se formulan

acciones asistencialistas, fragmentadas, funcionalistas, de corte sectorial y poblacional (Franco y Sánchez, 2008, 105); esto último se refleja de la siguiente forma:

“A pesar de que existe normativas y políticas que vislumbra líneas de acción a realizar en favor de las familias, estas no son cumplidas y/o adoptadas adecuadamente por las instituciones del Estado responsables de atender las necesidades de las familias del país. Esto se evidencia principalmente en el accionar de los niveles de gobierno que tiene más llegada a la población como son los Gobiernos Regionales y Locales, donde el tema de familias se reconoce como importante, pero no se sabe cómo abordarlas, dando prioridad a otros temas, postergando el qué y cómo hacer para implementar políticas de fortalecimiento de las familias del trabajo de las autoridades regionales y locales”. (Valdivieso-López, 2017)

Este aspecto obstaculiza la consideración de las familias como sujetos y agentes de desarrollo, con una historicidad y singularidad, capaces de hacer frente a los cambios que demanda la sociedad, pero a su vez, generadoras de cambios y transformaciones que validan su papel en la configuración de procesos que contribuyan al bienestar y desarrollo de las sociedades. Por tanto, para saltar este obstáculo, la formulación de políticas públicas sobre familia, desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos debe superar la dicotomía público / privado, al reconocer que la vida de las personas transcurre en estos espacios imbricados entre sí, que se influyen mutuamente; que los asuntos relacionados con la vida familiar trascienden el ámbito íntimo hacia otras esferas, redes sociales más amplias en las cuales transcurre parte importante de la vida de los seres humanos (Franco y Sánchez, 2008, 106).

Por ello, debe existir integración entre derechos y deberes, lo público y lo privado, responsabilidad individual y social como elementos constitutivos de un sistema que es inherente a todo proceso de formulación de políticas públicas y sobre todo en políticas de Estado. Queremos resaltar que estas políticas deben estar dirigidas a fortalecer el

núcleo familiar e incentivar la complementariedad entre ambos sexos (varón y mujer).

Pues, es importante que en este proceso no se excluya a la figura masculina, sino por el contrario promover un enfoque de familia reconciliador, amistoso, que equilibre la complementariedad dentro los ámbitos domésticos, políticos y laborales, además de incluir la protección infantil con una mirada hacia el futuro; pues dependerá de la atención del hoy para conseguir mañana los seres humanos capaces de desenvolverse con respecto e integridad frente al otro. En esa misma línea, se debe otorgar fundamental atención a las necesidades de función procreativa en la familia, en tal sentido se debe promover la seguridad y estabilidad laboral de la mujer gestante, para desterrar el paradigma de que la maternidad es una limitante. En conclusión promover la complementariedad de roles domésticos, laborales, políticos, sociales y culturales mediante políticas públicas deben incluir a ambos sexos, varones y mujeres (Chirinos, 2017).

Por tanto, proponemos la transversalidad e integralidad de un adecuado Enfoque o Perspectiva de Familia en la Política de Estado 16 del Acuerdo Nacional para que de esta se irradian correctas políticas públicas y de gobierno en favor de la familia; y así evitar que se apliquen planes cortoplacistas del gobierno de turno que suelen responder a coyunturas, y no a una visión de estadista que debe estar enfocada al desarrollo sostenible para satisfacer las necesidades de la familia peruana (Familia, desarrollo y población, 2016).

No queremos cerrar este apartado sin antes traer a colación la interesante argumentación de Valdivieso-López (2017) sobre la necesidad de crear un Ministerio de la Familia. En la misma línea de pensamiento se encuentra el decano del Colegio de Psicólogos del Perú, Elmer Amado Salas (2017). Es preciso señalar que el congresista Juan Carlos Gonzales Ardiles presentó el 16 de Agosto del 2017 el Proyecto de Ley N° 1782/2017-CR para que se declare de necesidad pública la creación del Ministerio de la Familia e Inclusión Social (MUFADIS), a partir de la fusión de los despachos

de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) y de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS). El documento, presentado ante el área de trámite documentario del Congreso, lleva las firmas adherentes de varios legisladores como Luis Galarreta, Daniel Salaverry, Nelly Cuadros, Percy Alcalá y Sonia Echevarría.

Para Gonzales (2017), el proyecto de ley pre citado se sustenta en que los dos sectores aludidos en el proyecto realizan funciones muy similares que perfectamente podrían trabajar de forma conjunta en un solo sector, con la finalidad de ahorrar costos al Estado peruano; además, la propuesta no busca dejar de lado la protección a la mujer, por el contrario busca que dicha protección se extienda a otras poblaciones vulnerables como los niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad. También expresa que la creación del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social fue netamente política, pues el gobierno de turno (Humala) vio necesaria su creación con la finalidad de administrar sus programas sociales.

Tengamos en cuenta que la corriente de crear un Ministerio de la Familia tiene arraigo a nivel internacional, y la evidencia lo corrobora: Alemania cuenta con un Ministerio de Familia, Ancianidad, Mujer y Juventud; Rumanía con el Ministerio de Trabajo, Familia, Protección Social y Ancianidad; Austria, el Ministerio de Familia y Juventud; Luxemburgo, el Ministerio de la Familia y de la Integración; Bélgica, el Ministerio de Asuntos Sociales, Sanidad, Instituciones Culturales Federales, Familias; Francia, la Secretaria de Estado de Familia, Mayores y Autonomía (Peraita, 2014). A nivel latinoamericano tenemos que en Colombia se propuso, mediante un proyecto de ley, la creación del Ministerio de la Familia; mientras que Nicaragua cuenta con el Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez. Esto demuestra que la importancia y el impacto de la familia en la sociedad y el Estado son tan grandes, que se hace de imperiosa necesidad la creación de una entidad pública especializada y de gran alcance para promover, fortalecer y proteger a la familia.

3. POLÍTICA DE ESTADO 16 DEL ACUERDO NACIONAL: FORTALECIMIENTO DE LA FAMILIA,

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ, LA ADOLESCENCIA Y LA JUVENTUD

Uno de los compromisos asumidos en el Acuerdo Nacional es fortalecer la célula básica de la sociedad:

“Nos comprometemos a fortalecer la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas, promoviendo el matrimonio y una comunidad familiar respetuosa de la dignidad y de los derechos de todos sus integrantes. Es política de Estado prevenir, sancionar y erradicar las diversas manifestaciones de violencia que se producen en las relaciones familiares. Nos proponemos, asimismo, garantizar el bienestar, el desarrollo integral y una vida digna para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, en especial de aquellos que se encuentran en situación de riesgo, pobreza y exclusión. Promoveremos espacios institucionales y entornos barriales que permitan la convivencia pacífica y la seguridad personal, así como una cultura de respeto a los valores morales, culturales y sociales.”

La razón de este compromiso es el reconocimiento de la importancia de la familia natural para el avance económico y social, para esto, el Estado:

- a) Garantizará programas educativos orientados a la formación y al desarrollo de familias estables, basados en el respeto entre todos sus integrantes;
- b) Promoverá la paternidad y la maternidad responsables;
- c) Fortalecerá la participación y el liderazgo de las niñas, niños y adolescentes en sus centros educativos y otros espacios de interacción;
- d) Garantizará el acceso de las niñas, niños y adolescentes a una educación y salud integrales, al enriquecimiento cultural, la recreación y la formación en valores, a fin de fortalecer su autoestima, personalidad y el desarrollo de sus habilidades;
- e) Prevedrá todas las formas de violencia familiar, así como de maltrato y explotación contra niños, niñas y adolescentes, aportando a su erradicación;
- f) Prevedrá el pandillaje y la violencia en los jóvenes y promoverá programas de reinserción de los adolescentes infractores;

- g) Desarrollará programas especiales de atención a niños, niñas, adolescentes y jóvenes que sufren las secuelas del terrorismo,
- h) Fortalecerá el ente rector del sistema de atención a la niñez y a la adolescencia, las redes de Defensorías del Niño y Adolescente en municipalidades y escuelas, y los servicios integrados para la denuncia, atención especializada y sanción de casos de violencia y explotación contra aquéllos;
- i) Fomentará programas especiales de recreación, creación y educación productiva y emprendedora de los más jóvenes;
- j) Implementará servicios de atención integral para adolescentes embarazadas, jefas de hogares menores de edad y parejas jóvenes;
- k) Fortalecerá sistemas de cuidado infantil diurno desde una perspectiva multisectorial;
- l) Apoyará la inversión privada y pública en la creación de espacios de recreación, deporte y cultura para los jóvenes, en especial de zonas alejadas y pobres;
- m) Promoverá que los medios de comunicación difundan imágenes positivas de la niñez, adolescencia y juventud, así como contenidos adecuados para su edad;
- n) Promoverá la educación sexual respetando el derecho de los padres de brindar la educación particular que crean más conveniente para sus hijos;
- o) Implementará programas de becas, capacitación u otras formas de apoyo que ayuden a una mejor formación intelectual y profesional de la juventud;
- p) Institucionalizar políticas multisectoriales para la reducción de la violencia familiar y juvenil; y
- q) Promoverá la institucionalización de foros juveniles sobre los asuntos de Estado.

De una rápida lectura nos damos cuenta que las acciones a tomar por el Estado son positivas, pues buscan fortalecer a la familia y a sus miembros y como ciudadanos es nuestro derecho y deber tomar iniciativa y participar en el proceso de formulación de las políticas públicas (Pease, 2009) y sobre todo en aquellas destinadas a la familia, y que debido a su transversalidad, debemos

fomentar que los programas y las políticas que se apliquen sean coordinadas multisectorialmente, cuestión que muchas veces no se hace (Arriagada, 2007).

Esto significa que dentro del sistema de democracia participativa debemos tomar acción y que no podemos ser inertes, de la ciudadanía depende que la autoridad pública respete la institución natural de la familia; también, desde la sociedad civil, podemos lograr que los candidatos políticos articulen en sus planes de gobierno, políticas que sean acordes a fomentar y proteger la familia natural, y lograr filtrar a los actores políticos que vayan en contra del núcleo de la sociedad. Y esto lo podemos lograr en consonancia del Acuerdo Nacional, el cual constituye un importante conjunto de insumos para la definición de propuestas electorales que pueden convertirse en una política de gobierno a favor de la familia natural.

3.1. Avances en la Política de Estado 16 del Acuerdo Nacional

La política 16, Fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la adolescencia y la juventud, compromete al Estado con el fortalecimiento de la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas; con la prevención, sanción y erradicación de las diversas formas de violencia en las relaciones familiares; a garantizar el desarrollo integral y una vida digna para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes; y a la promoción de espacios que propicien la convivencia pacífica y la seguridad personal, así como una cultura de respeto a los valores morales, culturales y sociales (arroyo, 2014); siendo uno de los indicadores prioritarios del Foro del Acuerdo Nacional el fortalecimiento de las familias (Hernández, 2004). Por tanto, consciente de la necesidad de sostener en el tiempo estos compromisos, y de cara a la crisis profunda que afecta a la familia peruana, es importante destacar las acciones que, motivadas por esta política de Estado del Acuerdo Nacional, se han puesto en marcha para el fortalecimiento de las familias:

1. Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004 – 2011: Impulsó la creación de la Dirección General de la Familia y la Comunidad del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables como órgano de línea encargado de la promoción, diseño, articulación, seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos a nivel nacional.
2. Ley 26260, de Protección frente a la Violencia Familiar: Por la presente Ley, se establece la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar, así como las medidas de protección que corresponden.
3. Ley 28542, de Fortalecimiento de la Familia: La presente Ley tiene como objeto promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros y velando especialmente por aquellas familias que se encuentran en situación de extrema pobreza, pobreza o riesgo social.
4. Ley 28970, que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos: Se crea en el Órgano de Gobierno del Poder Judicial el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, donde son inscritas de conformidad con el procedimiento establecido en la presente Ley, aquellas personas que adeuden tres (3) cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas, o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. También son inscritas aquellas personas que no cumplan con pagar pensiones devengadas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un período de tres (3) meses desde que son exigibles.
5. Ley 29409, que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores: La presente Ley tiene el objeto de establecer el derecho del trabajador de la actividad pública y privada, incluidas las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, en armonía con sus leyes especiales, a una licencia remunerada por paternidad, en caso de alumbramiento de su cónyuge o conviviente, a fin de promover y fortalecer el desarrollo de la familia.
6. Decreto Supremo 009–2006–MIMDES y Ley 29896: Que establecen la implementación de lactarios en instituciones del sector público y del sector privado en las que laboren veinte o más mujeres en edad fértil, esto con la finalidad de promover la lactancia materna.
7. Decreto Supremo 002–2007–MIMDES: Que dispone la implementación y funcionamiento de servicios de cuidado diurno a través de las Cunas o Wawa Wasi Institucional en el sector público.
8. Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021: Con este documento, el Estado formula e implementa normas, políticas, programas y servicios para promover, proteger y fortalecer a las familias, respetando la diversidad de su organización y el desarrollo de sus miembros en igualdad, con la participación de la Sociedad para que en el 2021 las familias estén fortalecidas como instituciones que promueven relaciones democráticas, igualitarias, equitativas e inclusivas con calidad de vida, a través de la formación, socialización, cuidado, seguridad económica y afecto, que contribuyen al desarrollo integral de sus miembros.

Las acciones que ha tomado el Estado en base a la política 16 del Acuerdo Nacional son beneficiosas para la institución natural de la familia, y es que se tiene claro que la familia tiene un impacto tridimensional (social, económico y jurídico) en el desarrollo de la sociedad y del Estado. Como bien dijo Aristóteles en su obra “La Política”: “El Estado se compone de familias” (Aristóteles, 2012); por tanto, sería interesante analizar –en un próximo artículo– el impacto de esta composición desde un enfoque de desarrollo humano.

4. CONCLUSIÓN

Luego del régimen fujimorista se tuvo un periodo de transición liderado por Valentín Paniagua quien

luego convocó a elecciones presidenciales, siendo elegido Alejandro Toledo. Es así que el Acuerdo Nacional surge en un ambiente sociopolítico de esperanza en la democracia y es fruto del consenso de todas las fuerzas políticas vigentes del momento y la sociedad civil. Siendo que el contenido del Acuerdo Nacional son treinta y cinco Políticas de Estado, cuya característica –como ya hemos explicado– principal es el consenso general en base al diálogo con una visión de país a futuro. Así tenemos que la Política de Estado 16 del Acuerdo Nacional se denomina “Fortalecimiento de la Familia, Promoción y Protección de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud”, y esto generaría que las políticas públicas y de gobierno tengan en cuenta el desarrollo de la familia.

La familia es una institución tan antigua como la existencia del hombre, pues fue, es y seguirá siendo el primer espacio de convivencia y socialización de todo ser humano; y de esta situación se desprende su carácter natural, ya que la existencia de la familia nunca estuvo supeditada a la mano del legislador o a la autoridad del momento, sino que es pre existente a todo ordenamiento jurídico; por tanto, los Estados lo único que hacen es declarar y reconocer el carácter esencial de la familia. Tengamos presente que el Estado supedita parcialmente (afirmamos que la supeditación de los ciudadanos al Estado no es total porqué existen mecanismos de censura cuando vulneran los derechos fundamentales y la dignidad humana) a sus ciudadanos a las decisiones que tome, mediante sus representantes elegidos por voto popular (sistema de gobierno democrático), respecto a las políticas públicas que se ejecutan para lograr el bien común de sus habitantes, siendo –en este contexto– muy importante la aplicación del enfoque o perspectiva de familia en sus acciones, pues como está la familia está la sociedad y por ende el Estado.

Debemos tener en cuenta que actualmente en nuestro país existen políticas y programas que se implementan desde el Estado en favor de la familia. Sin embargo, aún falta consolidar la

perspectiva de familia de la que hemos hablado, en la visión general del Estado (Coreifam, 2017, 20). Entonces, es momento de valorizar y tutelar la familia, pues si entendemos que no solo es la célula básica de la sociedad, sino también el primer lugar donde forjamos nuestras relaciones interpersonales, donde nace, crece y desarrolla la personalidad, aquella que permite a los seres humanos ser posteriormente buenos ciudadanos, veremos su importancia para ser considerada un bien invaluable; que aunque en papel se considera así, no se refleja en las políticas públicas (Chirinos, 2017, 132).

Para cambiar esta situación, la ciudadanía debe tomar acción y buscar la manera de participar activamente en la elaboración de políticas públicas e iniciativas de alcance local o regional, y es que debemos entender que como están las familias está la sociedad.

Bibliografía

- Acuerdo Nacional (2014). *Definición*. Recuperado de <http://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/definicion/>
- Acuerdo Nacional (2009). *Informe de seguimiento 2006–2008. Objetivo II: Equidad y Justicia Social*. Recuperado de <http://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2014/06/Objetivo2.pdf>
- Alarco Tosoni (2017). *Avances y límites del Acuerdo Nacional y el Plan Perú 2021*, Congreso de la República del Perú, 77–96. Recuperado de (2017, 13 de setiembre) [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CB1DB69FEC88EC3A05257C7C006577FC/\\$FILE/avancesylimitesluegodelacuerdonacional.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CB1DB69FEC88EC3A05257C7C006577FC/$FILE/avancesylimitesluegodelacuerdonacional.pdf)
- Aquino, C. (1998). “¿Qué es el APEC y qué significa para el Perú?”, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNMSM, N° 233. Recuperado (2017, 06 de setiembre)

- Arámbulo, C. (2013), *Luces y sombras en torno al Programa Articulado Nutricional. Analizando la política pública desde la relación Estado-Sociedad Civil en el Perú, durante el periodo 2000-2012*. (Tesis maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado (2017, 11 de setiembre) http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/am/handle/123456789/5046/ARAMBULO_QUIROZ_CARLOS_MARTIN_LUCES.pdf?sequence=1
- Aristóteles (2012). *La Política*. Lima, Perú: Editores IC.
- Arriagada, I. (2007) *Transformaciones familiares y políticas de bienestar en América Latina. Familias y políticas públicas en América Latina. Una historia de desencuentros, Santiago de Chile, Chile*: CEPAL. Recuperado (2007, 14 de setiembre) http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2504/S0700488_es.pdf
- Asia-Pacific economic cooperation (2017) *What is Asia-Pacific Economic Cooperation?* Recuperado (2017, 06 de setiembre) <https://www.apec.org/About-Us/About-APEC>
- CEPLAN (2017). *Las políticas de estado del acuerdo nacional*. Recuperado de (2017, 07 de setiembre) https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/files/plan_bicentenario/9_-_las_politicas_de_estado.pdf
- Chirinos, A. (2017). *El enfoque de "género" y su injerencia en el ordenamiento jurídico peruano y sus políticas públicas*. (Tesis grado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2010). *El ciclo de las Políticas Públicas*, Recuperado de (2017, 11 de setiembre) <https://drive.google.com/open?id=0Bz7i8PimoolHRU5ldkVPRWYweHM>
- Congreso de la República del Perú (2011). *La construcción de la democracia en el Perú durante el siglo XXI y la revocatoria de las autoridades como mecanismo de participación ciudadana*. Recuperado de (2017, 06 de setiembre) [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/25968313C7BEBBC105257BE1005245C7/\\$FILE/La_Construcci%C3%B3n_de_la_Democracia.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/25968313C7BEBBC105257BE1005245C7/$FILE/La_Construcci%C3%B3n_de_la_Democracia.pdf)
- Consejo Regional de Identidad y Familia del Gobierno Regional de Lambayeque - Coreifam (2017). *Plan regional de fortalecimiento a las familias 2017-2021*.
- Cueto, W.; Guardamanga, M. (2013). *Políticas de Estado en democracia: la relación Estado/sociedad como ámbito de construcción de la política*. Recuperado de (2017, 07 de setiembre) http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-09482013000200004
- Destacan metas y agenda del foro del Acuerdo Nacional, (07.09.2017). Diario Oficial El Peruano. Recuperado de <http://www.elperuano.pe/noticia-destacan-metas-y-agenda-del-foro-del-acuerdo-nacional-49728.aspx>
- Díaz, Leopoldo (2017) *Nuevos temas en el análisis de políticas públicas*. Universidad de Salamanca. Recuperado de (2017, 11 de setiembre) <https://campus.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/6.3.nuevasperspectivas.pdf>
- El Espectador (2017) *Proponen crear el Ministerio de la Familia*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/pol>

- [itica/proponen-crear-el-ministerio-de-familia-articulo-474725](#)
- Familia, Desarrollo, Población (2016). *Políticas públicas con enfoque de familia*. Recuperado de <http://fadep.org/principal/familia/politicas-publicas-con-enfoque-de-familia/>
- Ferrero, R. (2001). *Defendiendo la Democracia*, Lima, Perú: Grijley.
- Ford, E. (2004). El proceso de transición democrática en el Perú y el liderazgo de Toledo. *Revista Enfoques*, N° 2, pp. 143-156. Recuperado de http://www.ucentral.cl/prontus_ucentral2012/site/artic/20131229/asocfile/20131229014955/articulo11r2.pdf
- Franco, S.; Sanchez, G. (2008). Las familias ¿Un asunto de políticas públicas?, *Sociedad y Economía*, N° 14, pp. 85-107. Recuperado de <https://drive.google.com/open?id=0Bz7i8PimoolHUUJabWpqSnF3cDQ>
- Gómez, C. (2015). Sistema político y formas de gobierno. *Ciencia Política: Perspectiva multidisciplinaria*, México. Recuperado de http://eprints.uanl.mx/8760/1/Documento_1.pdf
- González, J. (2017). *Proyecto de Ley N° 1782/2017-CR: proyecto de ley que declara de necesidad pública y preferente interés nacional la creación del ministerio de la familia e inclusión social*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/356486482/Proyecto-de-Ley-N-1782-2017-CR>
- Grajeda, T. *Valentín Paniagua, un peruano de los grandes*, 2010 [ubicado el 06.IX.2017]. Obtenido en <http://elcomercio.pe/blog/huellasdigitales/2010/11/valentin-paniagua-un-peruano-d>
- Hernández, M. (2004). *Acuerdo Nacional: Pasado, presente y futuro*. Lima, Perú: IDEA. Recuperado de http://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2014/06/Pasado_Presente_Futuro-MH_10_04.pdf
- Hernández, M. (2006). *Un Centro de Planeamiento Estratégico Nacional podría ofrecer líneas maestras del desarrollo*. Recuperado de http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/11825/centro_planeamiento_estrategico_Hernandez.pdf?sequence=1
- Instituto para la democracia y la asistencia electoral y Asociación Civil Transparencia (2017). *Estado: funcionamiento, organización*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/A435FCFDD1E11B34052579490056BF87/\\$FILE/Estado_Funcionamiento_Organizaci%C3%B3n.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/A435FCFDD1E11B34052579490056BF87/$FILE/Estado_Funcionamiento_Organizaci%C3%B3n.pdf)
- Jiménez, W.; Ramírez, C. (2008). *Gobierno y Políticas Públicas. Programa Administración Pública Territorial*. Bogotá, Colombia: Escuela Superior de Administración Pública. Recuperado de http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/1_gobierno_y_politica_publica.pdf
- La Nación (1999) Acuerdan en Perú un frente contra Fujimori. Recuperado (2017, 06 de setiembre) <http://www.lanacion.com.ar/162692-acuerdan-en-peru-un-frente-contrafujimori>
- Lira, J. (2017) ¿Es útil el Acuerdo Nacional? Recuperado de <http://blogs.gestion.pe/palabradegestion/2017/03/es-util-el-acuerdo-nacional.html>

- Mejía, M. (2017). *Presentan proyecto de ley para crear el ministerio de la familia e inclusión social*. Diario El Comercio Recuperado de <http://elcomercio.pe/politica/presentan-proyecto-ley-crear-ministerio-familia-inclusion-social-noticia-noticia-450843>
- Mendíaz, M. (2004). *El estado y las políticas públicas. Las visiones desde el neoinstitucionalismo*. Universidad Nacional de Rosario. Recuperado de http://rehip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/847/Mend%C3%ADaz_%20El%20Estado%20y%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas_A1a.pdf?sequence=1
- Ministerio de desarrollo e inclusión social (2017) *Programa Juntos*. Recuperado de <http://www.juntos.gob.pe/index.php/quien-es-somos/vision-y-mision>
- Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables (2017). Dirección de Fortalecimiento de las Familias. Recuperado de <http://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/diff/pagina-diff.php>
- O' Donnerll, G. (2008). *Hacia un Estado de y para la Democracia. Democracia/Estado/Ciudadanía: Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*, Vol. III, Lima, Perú: PNUD, pp. 25-65. Recuperado de http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHSeguridad/12_2010/be846c2a-a0e6-44d0-9fae-5d9d637df9ff.pdf
- Olano, A. (2001). *El renacer de la democracia en el Perú*. Reflexión Política, N°6(Vol. 3) pp. 1-10. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/110/11000605.pdf>
- Ortegón, E. (2008). *Guía sobre diseño y gestión de la política pública*. Universidad de Alcalá. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/0Bz7i8PimoolHT1RoUGZlUkd5c0U/view>
- Paramio, L. (2002). *Perú: Crisis de los partidos y transición a la democracia. Seminario sobre Transición y Consolidación Democráticas 2001-2002*, Madrid, FRIDE, pp. 7-19. Recuperado de http://fride.org/download/CR_peru_esp_fe_b02.pdf
- Pease, H. (2009). *Régimen democrático y políticas públicas. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas*, Lima, PUCP, pp. 23-27. Recuperado de <http://www.escuela.pucp.edu.pe/gobierno/images/documentos/publicaciones/reforma2009.pdf>
- Peraita, L. (2017). *España necesita urgente un Ministerio de Familia*. Recuperado de <http://www.abc.es/familia-padres-hijos/20141203/abci-ministerio-familia-201412021742.html>
- Pliengo, F. (2013). *Tipos de familia y bienestar de niños y adultos. El debate cultural del siglo XXI en 13 países democráticos*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Salas, E. (2017). *Estado debe crear un Ministerio de Familia*. Recuperado de <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=183318642231577&set=a.120243181872457.1073741828.100016603274287&type=3&theater>
- Sánchez, F. (2003). *Constitución política, acuerdo nacional y planeamiento estratégico en el Perú*. Santiago de Chile, Chile: CEPAL-ONU. Recuperado (2017, 07 de setiembre) <https://books.google.com.pe/books?id=hpiNghOzKf0C&pg=PA8&lpg=PA8&dq=para+que+si+rve+el+acuerdo+nacional&source=bl&ots=>

[kd_u78x8D9&sig=gggHulzjBGQH7gVPqH8XuQSXKa0&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwix4bYypPWAhWMRSYKHd0GBHw4ChDoAQg6MAY#v=snippet&q=acuerdo%20nacional&f=false](http://www.facsosocial.cl/publicaciones/mad/15/satriano.pdf)

Santamaría, R. (2013). Del género a la perspectiva de familia: elementos para una nueva propuesta, *Revista DÍKAIÓN*, Año 27(Vol. 22) N° 2, pp. 273–302. Recuperado de (2017, 21 de setiembre) <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/3303/3457>

Satriano, C. (2006). Pobreza, Políticas Públicas y Políticas Sociales. *Revista Mad*, N° 15. Recuperado (2017, 11 de setiembre) <http://www.facsosocial.cl/publicaciones/mad/15/satriano.pdf>

Secretaría Ejecutiva del Acuerdo Nacional (2004). ¿Para qué sirve el Acuerdo Nacional? Recuperado en (2017, 06 de setiembre) <http://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2014/06/Suplemento-ParaquesirveelAN-junio2004.pdf>

Secretaría Ejecutiva del Acuerdo Nacional (2016). Acuerdo Nacional: Consensos para arrumbar el Perú. Recuperado (2017, 178 de setiembre) http://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2014/07/LibroV2014_1.pdf

Secretaría Ejecutiva del Acuerdo Nacional (2016). *Políticas de Estado y Planes de Gobierno 2016–2021*. Recuperado (2017, 14 de setiembre) http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2504/S0700488_es.pdfhttp://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2016/03/Políticas-de-Estado-y-Planes-de-Gobierno-2016_2021.pdf

Soria, D. (2014). La defensa de la democracia dentro y fuera de las fronteras. El proceso político de la Mesa de Diálogo de la OEA del año 2000. *Revista de Ciencia Política y Gobierno*, N° 1 (Vol. 1) pp. 55–76. Recuperado en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/cien-ciapolitica/article/view/11892/12461>

Tanaka, M. (2005). *Democracia sin partidos Perú 2000–2005: Los problemas de representación y las propuestas de reforma política*, Lima, Perú: IEP. Recuperado de (2017, 06 de setiembre) http://repositorio.iep.org.pe/bitstream/IEP/67/1/tanaka_democraciasinpartidos.pdf

Timaná, C. (2017). *¿Es posible una perspectiva familiar en las políticas públicas?* Recuperado de (2017, 18 de setiembre) <http://ucsp.edu.pe/imf/investigacion/articulos/es-posible-una-perspectiva-familiar-en-las-politicas-publicas/>

Torres–Melo, J.; Santander, J. (2013). *Introducción a las políticas públicas. Conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*, Bogotá, Colombia: IEMP. Recuperado de http://www.funcionpublica.gov.co/eva/adm-on/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/imgproductos/1450056996_ce38e6d218235ac89d6c8a14907a5a9c.pdf

Ugaz, M.; Zúñiga, M. (2001). Dejemos crecer la democracia. Entrevista a Valentín Paniagua Corazao. *Revista Ius Et Veritas*, N° 22, (pp. 319–325). Recuperado de <https://drive.google.com/open?id=0Bz7i8PimoolHazhhSkJrYjNYNWM>

Valdez, M. (2015). *¿Política Pública o Política de Gobierno? Políticas de Gobierno para el Estado de México*. Recuperado (2017, 11 de setiembre)

<http://iapem.mx/Libros/POLITICAS-DE-GOBIERNO.pdf>

Valdivieso-López, E. (2017) *¿Por qué es necesario un Ministerio de la Familia?* Recuperado (2017, 21 de setiembre)

<http://cosasquedecirejvl.blogspot.pe/2017/08/politicas-publicas.html>

Valdivieso-López, E. (2017). *El enfoque de familia en las políticas públicas. Reflexiones a propósito del Día Nacional de la Familia.* Recuperado (2017, 21 de setiembre) <http://cosasquedecirejvl.blogspot.pe/2017/09/enfoque-de-familia.html>

Valdivieso-López, E. (2016). Familia y democracia: El debate en torno a las políticas familiares en las elecciones presidenciales peruanas. Recuperado 2017, 21 de setiembre)

<http://cosasquedecirejvl.blogspot.pe/2016/04/elecciones-y-politicas-familiares.html>

Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*, N° 20. Recuperado (2017, 11 de setiembre)

<https://drive.google.com/open?id=0Bz7i8PimoolHZXY2QVhqODZMNVU>