



**foro
académico**
Asociación Civil

A-foro jurídico

Boletín editado por la Asociación Civil Foro Académico

Publicación Gratuita

Nº2 - Abril, 2011 - Año II

ESPECIAL: Caso Quimper Sentencia 0655-2010 - HC/TC

**OEA vs. UNASUR: la carrera por la defensa
de la institucionalidad democrática**
Gattas/Abugattás y Virna Ruiz

El proceso de cooperación entre Sudamérica y el Mundo Árabe
Oscar Vidarte

Entrevista sobre la sentencia 0655-3020-PHC/TC (Caso Quimper)
Abraham García Chávarri

**Análisis de la sentencia 0655-2010-HC/TC que prohíbe la difusión de
interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas**
Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico

La fusión entre la CONASEV y la SBS
Alexander Müller

El procedimiento de cobranza coactiva contra clubes deportivos
Armando Mendoza

**La obligación de adecuación al Convenio 169:
Un caso más de desidia ejecutiva**
Richard O`Diana Rocca



**foro
académico**
Asociación Civil

<<ASOCIACIÓN CIVIL FORO ACADÉMICO>> INSTITUCIÓN INTEGRADA POR ESTUDIANTES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, DEDICADA A LA INVESTIGACIÓN Y DIFUSIÓN DEL DERECHO DE LA REVISTA ESPECIALIZADA "FORO JURÍDICO", EL BOLETÍN "A - FORO" Y LA ORGANIZACIÓN DE EVENTOS ACADÉMICOS.

EDITORIAL

Diez años de discusión

Las largas distancias entre las palabras y los hechos nos hacen descubrir que existirían dos mundos: por un lado, el de las personas que trazan el mundo con argumentos o declaraciones que parecen englobar la realidad y, por otro, el de las personas que se desenvuelven con el actuar.

Recordemos, que el Derecho es una “*construcción social*” que tiene una importante influencia en la realidad que, no obstante tal dimensión, a veces parece separarse de la realidad, distanciándose y dando las espaldas a lo que acontece en la sociedad. En tal sentido, a efectos de la presente, podríamos decir que el Derecho se encuentra constituida en dos niveles: (i) el nivel o dimensión jurídica, compuesta por las construcciones teórico - doctrinarias y (ii) el nivel o dimensión social, compuesta por la realidad social de la que se nutre y a la que intenta servir.

Pues bien, la presente edición no constituye muestra de lo uno ni lo otro. Por el contrario, este boletín es una expresión de una extraña composición de un decir y un actuar: de un lado, en el se expresan importantes aportes de nivel académico que nos ayudan a descubrir o reconstruir el mundo jurídico a la vez que contribuye a la discusión académica y, por otro, se convierte en un hacer en el aporte mismo que significa la edición de un boletín, el mismo que se realiza con la finalidad de contribuir a esa realidad siempre “tocada” por el Derecho.

Se trata de una edición más –y no por eso una publicación cualquiera, sino un nuevo aporte adicional– de una Asociación que, lejos de ser una “*entelequia jurídica*”, se encuentra llena del espíritu de sus asociados y ex-asociados, así como, de sus colaboradores. Una Asociación que, a través de su Revista Foro Jurídico, la organización de distintos seminarios, y las distintas ediciones del presente boletín, cumple 10 años en brindar un aporte desde un enfoque interdisciplinario del Derecho y desde el análisis multitemático al adentrarse en las diversas ramas del Derecho.

Así, en esta edición del boletín de Foro Académico, encontraremos artículos de diversa temática, como por ejemplo la tributaria, con el tan polémico caso de los procesos de cobranza coactiva a los clubes deportivos que tienen millonarias deudas con la SUNAT; financiera, con el debate que se tuvo (y aún se mantiene) sobre la posible fusión de la SBS con la CONASEV; derecho de los pueblos indígenas, con la adecuación de la legislación y jurisprudencia interna al Convenio 169 de la OIT sobre el derecho a la consulta previa; e internacional, con los imprescindibles aportes de dos destacados académicos de nuestra casa como lo son el Dr. Gattas Abugattas, quien se pronuncia sobre el conflicto entre la OEA y la UNASUR a propósito del intento de Golpe de Estado que se dio el año pasado en Ecuador, y el Dr. Oscar Vidarte, quien hace hincapié en los intereses compartidos que tiene Sudamérica con los Países Árabes a propósito del cancelado Foro ASPA ante los conflictos que se producen en aquella parte del mundo.

Finalmente vale destacar el tema central de este boletín: la libertad de expresión en la Sentencia 0655-2010 del Tribunal Constitucional a propósito del caso de Alberto Quimper y los tristemente célebres “petroaudios”. Con el valioso aporte de un hombre de la casa como Abraham García Chávarri y el esfuerzo de la Comisión de Investigaciones de Foro Académico, máximo responsable de la publicación de este boletín, quienes asumiendo el compromiso en Foro de que sean los propios alumnos los que investiguen y escriban, han logrado un importante artículo sobre los alcances de la mencionada sentencia.

Estos 10 años nos han dado una visión más clara y madura, nos han ayudado a consolidarnos más, lo cual se ve traducido en las páginas siguientes.

Luis Enrique Landauri Paredes
Presidente de la Asociación Civil Foro Académico

OEA VS. UNASUR: LA CARRERA POR LA DEFENSA DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA*

El pasado jueves 30 de septiembre, cuando el presidente ecuatoriano Rafael Correa denunciara un intento de golpe de Estado en su contra, promovido por parte de sus tropas policiales y algunos pocos militares, se inició una inusual carrera por la defensa de la institucionalidad democrática en América. Los actores de esta contienda fueron, de una parte, la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) y, de la otra, la Unión de Naciones Suramericanas (en adelante, UNASUR).

En efecto, tan pronto como se tuvo conocimiento de la crisis desatada en Ecuador, ambas condenaron los hechos y respaldaron al gobierno del presidente Correa. Sin embargo, la primera, entrada en años y acusada por algunos de ser un “brazo diplomático” de los Estados Unidos de América, perdió la carrera por mucho frente a la joven UNASUR que, sin tener un tratado constitutivo en vigor, sorprendió a todos tanto por su gran velocidad de acción, como por la unión de sus líderes, pese a sus diferencias ideológicas.

En el marco de la OEA, el Consejo Permanente de dicha organización se reunió el mismo 30 de setiembre en una sesión extraordinaria en la que aprobó la Resolución CP/RES.977 (1772/10) corr.1(1). Esta rápida acción, no obstante, se vio opacada por limitarse principalmente a repudiar cualquier intento de alterar la institucionalidad democrática en Ecuador y respaldar al gobierno del presidente Correa en su deber de preservar el orden institucional, democrático y el Estado de Derecho.

Paralelamente, en esa misma fecha, se convocó a una reunión extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR en Buenos Aires, Argentina, que finalizó en la madrugada del 1 de octubre con la “Declaración de Buenos Aires sobre la situación en Ecuador”(2). A través de esta declaración, emitida horas después de la citada resolución del Consejo Permanente de la OEA, UNASUR no solo condenó el intento de golpe de Estado y el posterior secuestro del presidente Correa, instando a que los responsables sean juzgados y condenados, sino que además rechazó enérgicamente cualquier nuevo intento de golpe al poder civil legítimamente elegido, bajo advertencia de adoptar medidas concretas e inmediatas tales como el cierre de fronteras y la suspensión del comercio, entre otras.

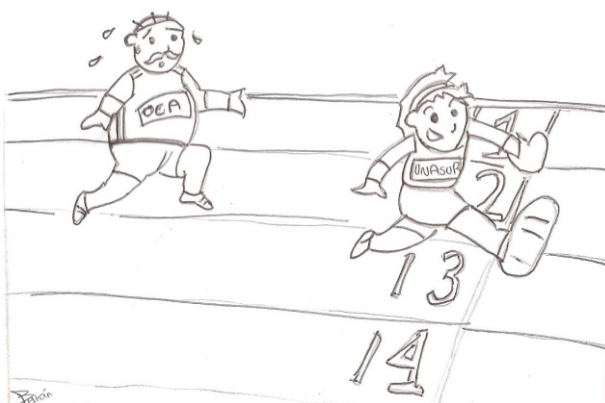
Esta advertencia, a diferencia de las acciones concretas que eventualmente pudiera haber adoptado la OEA, se percibió como más eficaz, ya que Colombia y Perú, Estados que han suscrito el tratado constitutivo de UNASUR, habían ya cerrado sus fronteras y,

adicionalmente, Perú había suspendido el comercio bilateral(3).

A raíz de esta situación, en el diario El País se publicó el día miércoles 6 de octubre una columna titulada: “Sudamérica deja fuera de juego a la OEA”(4). Según cita dicha columna, José Antonio García Belaunde, Canciller de la República del Perú, precisó: “La OEA cumple sus funciones, pero UNASUR ha demostrado que puede actuar más eficazmente”(5).

Esta situación ha demostrado, así, la poca efectividad de los mecanismos de acción de la OEA, pese a ser es una organización internacional asentada en el ámbito internacional, con antecedentes que se remontan a 1889 y 1890 (Unión Internacional de Repúblicas Americanas), que congrega a 35 Estados y que tiene un amplio desarrollo referido a la defensa y consolidación de la democracia representativa.

Por otro lado, UNASUR ha quedado “en buen pie”, considerando que su antecedente más remoto es la Comunidad Sudamericana de Naciones, establecida por la Declaración del Cusco del 8 de diciembre de 2004 y que, sin tener siquiera un tratado constitutivo en vigor, se había limitado a ser un espacio de integración y unión entre los pueblos que la integran, en lo cultural, social, económico y político, otorgando prioridad al diálogo político y al fortalecimiento de la democracia, entre otros.



Terminado, aparentemente, este episodio en Ecuador, se constata que UNASUR no se ha quedado “de brazos cruzados”, sino que, motivada por lo sucedido, propuso la creación de una “Cláusula Democrática” –hoy en elaboración– que regularía las sanciones contra golpes de Estado y establecería medidas concretas e inmediatas, tales como el cierre de fronteras o la suspensión del comercio, del tráfico aéreo y de la provisión de energía, servicios y otros suministros. Se tiene pensado acordar dicha cláusula, a través de un protocolo adicional al tratado constitutivo, en la IV Reunión Cumbre Ordinaria de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión de Naciones Suramericanas, a celebrarse el 26 de noviembre de 2010 en Guyana.

En conclusión, se puede afirmar que si bien el desarrollo del tema de la democracia en la OEA ha sido vasto, no ha demostrado ser eficaz. Por otro lado, sin mayor respaldo normativo, UNASUR ha demostrado ser directa y efectiva en su respuesta a problemas propios de la región.

* Artículo redactado el 29 de octubre del 2010.
 1 Disponible en: <http://www.oas.org/consejo/sp/resoluciones/res977.asp>.
 2 Disponible en: <http://www.pptunatur.com/contenidos.php?id=1089&tipo=5&idiom=1>.
 3 Para mayores detalles: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Moratinos/toleraremos/golpe/Estado/Ecuador/elpepint/20100930/elpepint_8/Tes.
 4 Tomado de: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Sudamerica/deja/fuera/juego/OEA/elpepint/20101006/elpepint_1/Tes.
 5 Ibidem.

EL PROCESO DE COOPERACIÓN ENTRE SUDAMÉRICA Y EL MUNDO ÁRABE

Introducción: la III Cumbre ASPA y la cooperación sur-sur

Lamentablemente, la III Cumbre América del Sur y Países Árabes – ASPA, programada para el 16 de febrero del año en curso en nuestro país, tuvo que ser suspendida. La crisis social y la inestabilidad política que se vive en el Magreb y Medio Oriente, regiones donde se ubican la mayor parte de los estados que conforman la Liga Árabe, hacen imposible la celebración de un evento que implica el desplazamiento de los mandatarios de estos países a una región alejada del mundo y, aunque si bien se busca propiciar una importante relación, todavía de poco interés.

Actualmente se está trabajando una fecha tentativa entre el 15 y el 30 de abril. Sin embargo, al coincidir con el proceso electoral peruano, el evento podría pasar a un segundo plano, lo cual no es lo más indicado; asimismo, la tensión en el mundo árabe no parece acabar, por el contrario, luego de la caída de los gobiernos de Túnez y Egipto, la guerra civil en Libia y las protestas en toda la región, hacen poco probable que la tranquilidad haya vuelto en abril.

A pesar de la coyuntura desfavorable para llevar adelante esta Cumbre, es innegable señalar la importancia que significa para nuestra región fortalecer una relación a todas luces hoy insignificante, pero que se nutre de una herencia que data desde la misma presencia árabe en la Península Ibérica.

Es así que el Foro ASPA busca servir para consolidar los vínculos culturales y sociales ya existentes entre nuestros pueblos siglos atrás, y como un mecanismo de cooperación sur-sur, aspecto bastante desarrollado hace unas décadas con poco éxito (recordar la Organización de los Países No Alineados), pero que hoy adquiere un matiz diferente. No solo la asistencia sur-sur es cada vez más importante frente a la tradicional asistencia norte-sur, sino también la inversión extranjera directa y el intercambio técnico sur-sur se encuentra en aumento. En esta línea, Ngozi Okonjo-Iweala, ex Ministra de Nigeria, señala que “la cooperación sur-sur está impulsada por dos hechos simples. Los países en desarrollo cuentan con un enorme bagaje de conocimientos técnicos para compartir con sus pares y buscan soluciones en las experiencias de los demás. (...) Las soluciones para los problemas del desarrollo

dan buenos resultados cuando son diseñadas y ejecutadas con la ayuda de quienes han enfrentado dificultades similares”(1).

De esta forma queda en evidencia la importancia que genera en un mundo cada vez más interdependiente, el desarrollo de mecanismos de integración entre sociedades con intereses comunes, y aunque la distancia y la cultura pueden significar dificultades en el proceso, los efectos propios de la globalización pueden facilitar la difícil tarea de brindar, en virtud de la acción conjunta, un mejor nivel de vida para la población de ambas regiones.

Intereses regionales del Foro ASPA

Formalmente, el ASPA es un foro político y de negociación entre los gobiernos de los países que conforman la Unión de Naciones Sudamericanas – UNASUR y la Liga de Estados Árabes, y supone una serie de reuniones, siendo la más importante la de Jefes de Estado cada tres años, habiéndose realizado las dos primeras en Brasilia (2005) y Doha (2009). En ambas citas, hemos visto el intento de trabajar una serie de temas de importancia inter-regional.

En el plano político se ha tratado de intensificar el diálogo entre ambos mundos, haciéndose

énfasis en la discusión en torno a la reforma de la institucionalidad internacional (especialmente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), así como en el apoyo a una serie de causas prioritarias para el mundo árabe, tales como el derecho a la independencia de Palestina, la soberanía iraquí, las crisis de Sudán y Somalia, entre las más importantes. A pesar de la preponderancia de estos temas por obvias razones, más aun después del 11-S, también se han dado declaraciones conjuntas a favor de causas de interés sudamericano, como por ejemplo, el apoyo a la cuestión de las Islas Malvinas.

En la actual coyuntura, teniendo en cuenta las razones de la crisis que vive actualmente el mundo árabe, es muy seguro que la próxima Cumbre ASPA obligue a los países parte tratar temas sensibles pero de gran relevancia como los procesos de democratización y el respeto a las libertades y derechos de las personas, los cuales también provocan mucha discusión entre algunos países de nuestro continente.



Habría que señalar que, frente a este nuevo escenario político, la respuesta israelí no se hizo esperar. Meses después de la II Cumbre ASPA, el gobierno de Israel envió a Sudamérica a Avigdor Lieberman, Ministro de Relaciones Exteriores, con la finalidad de acercarse a un continente que no recibía una visita de esta magnitud en más de dos décadas. La importancia de esta visita radica no solo en los vínculos que Sudamérica comienza a construir con el mundo árabe, sino básicamente por el papel que puede jugar esta alianza en los principales foros internacionales, lo cual obliga a Israel a buscar mecanismos políticos y económicos que logren minimizar esta influencia árabe en la región, claramente contraria a sus intereses. Para Israel sería lamentable que otros países del subcontinente, como es el caso de Venezuela y Bolivia, terminen rompiendo relaciones diplomáticas con ellos.

Por otro lado, el Foro ASPA también busca tener relevancia a nivel económico, aspecto fundamental en cualquier proceso de integración, más aun tratándose de dos bloques que ofrecen tantas oportunidades. De ahí que no solo sea su preocupación buscar resultados concretos a nivel de la Ronda de Doha, sino potenciar los intereses económicos existentes en cada región. De esta forma, para Sudamérica es fundamental incrementar los flujos comerciales hacia un sector del mundo que importa grandes cantidades de carne, granos, leche, para citar algunos productos, y acrecentar la inversión del mundo árabe en nuestro subcontinente, proveniente especialmente de los países petroleros.

El Foro ASPA y el Perú

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, para nuestro país este foro representa una fuente importante de inversiones, más aun teniendo en cuenta la positiva imagen que el Perú ha venido construyendo la última década en los principales círculos económicos internacionales. Esto ha permitido una inversión árabe aproximadamente de mil millones de dólares en el país, básicamente producto de la presencia de Dubai Ports en el Muelle Sur del Callao y Sonatrach en Camisea. Como bien lo han señalado diversos representantes del sector empresarial, estamos hablando de posibilidades de inversión en una serie de ámbitos, además de nuevos mercados para nuestras exportaciones, especialmente alimenticias.

Asimismo, llevar a cabo esta III Cumbre ASPA significa un reconocimiento al posicionamiento del Perú en la escena internacional, el cual se viene gestando a partir de la firma de una serie de acuerdos comerciales con las principales potencias económicas y la realización de reuniones internacionales de relevancia mundial, como lo fue la Cumbre del Foro de Cooperación Económica del Asia Pacífico – APEC y la V Cumbre América Latina Unión Europea – ALCUE. En este sentido, y exagerando de sobremanera, el presidente García expreso lo

siguiente: “...el Perú es un Estado, es un país civilización, es un país madre, como lo es Egipto, como China, y estamos recuperando la fuerza de Estado civilización, de país madre de la historia...”(2).

Epílogo

Finalmente, y a pesar de lo desarrollado los últimos 6 años, todavía existe mucho por avanzar no solo en materia inter-regional, sino también intra-regional. Evidente es la presencia de una serie de temas de interés común para ambas regiones que posibilitan el acercamiento, sin embargo, también se deben superar una serie de diferencias existentes en cada bloque que no colaboran con los objetivos planteados. En Sudamérica los celos por el liderazgo brasileño (tan necesario en la actualidad, más aun ante el cambio de mando en el gigante regional de Lula da Silva a Dilma Rousseff) y las divergencias entre un grupo de países encabezados por Venezuela y otro más cercano a los EE.UU., no deben servir de obstáculos en el proceso de integración entre nuestro continente y el mundo árabe. Este aspecto será fundamental para poder referirnos en unos años, en relación al Foro ASPA, como un exitoso mecanismo de cooperación sur-sur, de gran impacto en la política mundial.



ENTREVISTA SOBRE LA SENTENCIA 0655-3020-PHC/TC (CASO QUIMPER)

1) La sentencia se origina a partir de una demanda de habeas corpus presentado por la esposa de Alberto Quimper. ¿Cree usted que le correspondía al TC pronunciarse sobre la difusión de interceptaciones telefónicas por parte de la prensa o en realidad se está excediendo en sus funciones?

Como ha quedado evidenciado con la resolución aclaratoria de dicha sentencia -que atenúa hasta casi su absoluta difuminación el cuestionado fundamento 23-, no era necesario en estricto abordar ese aspecto para declarar finalmente la improcedencia de la demanda de habeas corpus. No existía esa necesidad para ofrecer una argumentación suficiente que, además, iba por otro camino. Sin embargo, no son pocos los casos en los cuales el Tribunal Constitucional cae en la tentación de la omnisciencia.

2) ¿Es realmente este un caso de represión a la libertad de expresión y de censura previa?

Considero que no, pero por el feliz retroceso, o rápido reflejo, de algunos de sus magistrados. La intención inicial -la del magistrado ponente, por lo menos- sí era la de establecer una limitación, acaso desproporcionada, en el ejercicio del derecho a la libertad de información de los medios de comunicación. Pero esta finalidad no pudo concretarse. Antes bien, fuimos testigos de un recorrido algo pintoresco en el cual cuatro magistrados que habían firmado la sentencia formulaban después -uno a uno, al difundirse periódicamente esta resolución- votos singulares en los que se apartaban de los fundamentos que habían ya suscrito; y que finalmente dio como resultado una resolución aclaratoria firmada por cinco magistrados donde reformulan y se repliegan. Y frente a ello uno puede preguntarse cómo es que puede aparecer un determinado fundamento jurídico respecto del cual la mayoría de los miembros del colegiado firmante no está de acuerdo. Sin duda, la respuesta viene de la llamada de atención a la opinión pública que se hizo sobre la citada sentencia cuando ella comenzó a circular. Estimo que todo esto no debiera entenderse como una presión, siempre inaceptable en las labores de impartición de justicia, pero sí como el recurso a algunos criterios de interpretación constitucional como los de unidad, concordancia práctica y previsión de consecuencias.

3) Junto con la sentencia, 4 magistrados emitieron sus respectivos “fundamentos de voto” en los que rechazaban o se apartaban de lo dispuesto en el fundamento 23 sobre la prohibición de difusión de estos audios. ¿Por qué cree que se aprobó en la sentencia dicho fundamento?

Eso podemos dejarlo en el plano del misterio. Ahora bien, estimo que esto ya se ha respondido en la respuesta a la pregunta anterior.

4) ¿Nuestra Constitución ampara o condena la difusión de audios obtenidos de manera ilícita pero que tengan un contenido de interés público?

Como sabemos, según el artículo 2, inciso 4, de la Constitución “Toda persona tiene derecho: (...) 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”. Como sabemos también, los derechos fundamentales suelen tener límites en su ejercicio, por lo que no pueden desplegarse en forma arbitraria ni abusiva. En el caso de la libertad de información, es mayoritario sostener que la estimación del interés público suele atenuar otras consideraciones involucradas con ella (intimidad, secreto de las comunicaciones, entre otras).

5) ¿Cómo se pondera el interés público con el derecho a la intimidad y a la no interceptación de las comunicaciones que tenemos todas las personas?

En términos generales, ningún derecho debe ejercerse en forma arbitraria o irrazonable. Ahora bien, el grado de satisfacción de un derecho o principio, versus el grado de sacrificio de otro deberá ser apreciado por el juez constitucional en cada caso en concreto (para utilizar la pauta que nos es bastante común desde la tesis de Alexy, aun cuando no aplicada con el rigor que ella exige).

6) Muchos penalistas entienden que esta parte de la sentencia referida a la difusión de audios sería simbólica ya que el Código Penal solo establece sanciones para aquellos que interceptan las comunicaciones o conversaciones telefónicas, mas no para quienes las difunden. ¿Qué opina usted sobre esto?

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

7) El TC emitió una aclaración de la sentencia ¿Cree usted que esta aclaración cumplió su objetivo de rectificar la postura previa del TC o simplemente ha sido un pronunciamiento vacío?

Estimo que la sentencia había sido ya rectificada en los hechos con los votos singulares que fueron apareciendo, uno tras otro, con ocasión de la difusión de la sentencia en los medios de prensa, y que sumaron al final una mayoría de cuatro contra tres (no obstante haber firmado los siete ese texto colectivo). La resolución aclaratoria asume la posición de esa mayoría y no dice nada que en doctrina sea nuevo (esto es, que la consideración del interés público, visto caso por caso, puede relajar otras consideraciones como la de la intimidad y el secreto de las comunicaciones; y que el exceso, como es obvio, acarreará la responsabilidad jurídica que corresponda, de ser el caso).

"[...] todas las dictaduras, de derechas y de izquierdas, practican la censura y usan el chantaje, la intimidación o el soborno para controlar el flujo de información. Se puede medir la salud democrática de un país evaluando la diversidad de opiniones, la libertad de expresión y el espíritu crítico de sus diversos medios de comunicación."

Mario Vargas Llosa

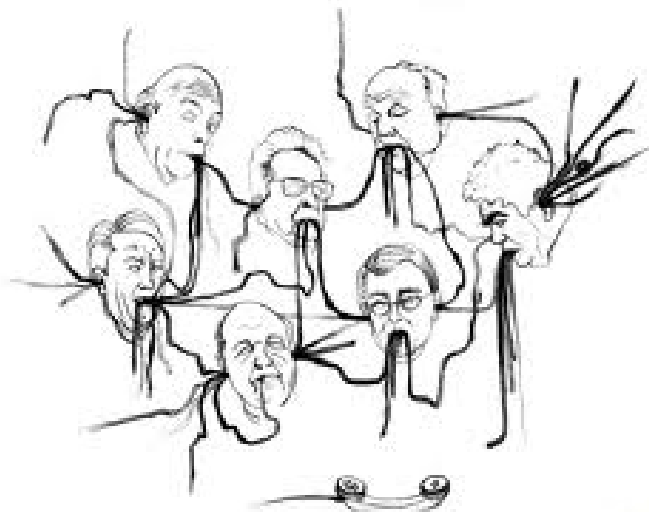
(Premio Nobel de Literatura 2010. Periodista, político y escritor peruano)

1. Introducción

Si sorprendemos a un ladrón con las manos en la masa - en flagrante delito- la Constitución ampara su detención inmediata. Es así que, al ser el hecho delictivo evidente, lo único que se requiere es la actuación rápida de la policía para evitar que el ladrón huya, mas no se necesita prueba adicional del ilícito cometido, pues la conducta delictiva es en sí misma prueba suficiente. Pero, supongamos que la fechoría del delincuente ya se consumó, el ladrón ya actuó, ya robó; en este caso, no estamos ante un delito flagrante, por ello, sí es necesaria una prueba que comprometa al supuesto implicado como autor o cómplice del delito; sólo así, éste podrá ser detenido y juzgado bajo un debido proceso.

En este sentido, la prueba que comprometa al delincuente debe ser convincente, es decir, debe formar convicción en el pronunciamiento del juez de que efectivamente el procesado sí es el autor del ilícito. Sin embargo, qué pasaría si esta prueba convincente y por más, relevante para que el juez tome su decisión fundamentada en derecho, es obtenida a través de medios ilícitos; por ejemplo, la presentación de videos de seguridad que muestran la cara del ladrón, pero que han sido sustraídos ilícitamente –robados- del lugar; otro por más conocido y de gran importancia en el país fue el caso de las grabaciones efectuadas de las numerosas entrevistas que tuvieron lugar en los locales del Servicio de Inteligencia Nacional: los denominados “vladivideos”, que fueron usados, en su momento, para investigar y procesar a los implicados; y de esta forma, luchar contra la corrupción del país.

Sabemos claramente que esta prueba viola derechos fundamentales, y por ello, es ilícita, pero también, caemos en la cuenta que esta prueba es crucial para conocer a los sujetos responsables del delito. ¿Qué hacer? ¿El juez debe negar de plano la valoración de este tipo de pruebas? O ¿Debe ponderar los derechos involucrados en el delito: el derecho violado por el delincuente al cometer el ilícito, y el derecho violado al obtener las pruebas ilícitamente? ¿También puede el juez, penalizar la difusión de este tipo de pruebas?



linga

La redacción de este artículo está motivada por la sentencia 0655-2010 del Tribunal Constitucional que, al resolver el Habeas Corpus planteado por la esposa de Alberto Quimper, implicado en delitos de corrupción en la concesión de lotes petroleros a la empresa Discover Petroleum, no sólo niega total y absolutamente la valoración de este tipo de pruebas obtenidas ilícitamente, (llámese interceptaciones telefónicas o chuponeo, en este caso, los que dieron lugar a los famosos “petroaudios”), sino que también prohíbe y penaliza la difusión de las mismas por parte de la prensa.

Ante este escenario, nos quedan las siguientes dudas: ¿Qué hubiera pasado si los medios de comunicación jamás hubiesen difundido los petroaudios? ¿Nos hubiéramos enterado de lo que estaba ocurriendo en el país? Quizás nos habrían quedado dos caminos: 1. El camino de la impunidad, el no saber nunca lo que estaba ocurriendo o 2. El camino de la “justicia” lenta; el habernos enterado, pero tarde, tan tarde como para seguir preguntándonos hasta ahora ¿Dónde están los ladrones?

2. Antecedentes

El domingo cinco de octubre del 2008, el programa televisivo “Cuarto Poder” emitió unos audios que evidenciaban la adjudicación ilícita de cinco lotes petroleros a la empresa noruega Discover Petroleum. Días después, otros audios salieron a la luz en distintos medios de comunicación, como el diario “La República”, señalando nuevos implicados.

Sin embargo, ya era conocido que los principales actores de este caso de corrupción fueron Rómulo León Alegría y Alberto Quimper. El primero, ex ministro aprista; y el segundo, director de Perupetro, que le daría facilidades a Discover Petroleum para la concesión de los lotes petroleros. Al parecer, la empresa noruega carecía de la calificación necesaria para acceder a los lotes. Por ello, buscaba hacer un consorcio con

Petroperú, empresa estatal con la que consigue el calificativo requerido para poder explorar los lotes.

Las acciones legales empezaron con la denuncia emitida por Fernando Rospigliosi ante la Segunda Fiscalía Anticorrupción, a la que hizo entrega de los audios para la investigación respectiva. Días después, Alberto Quimper fue detenido y conducido a la sede de Requisitorias de la Policía. No obstante, su cómplice, Rómulo León, estaba prófugo.

Mientras Quimper fue ordenado, por el Juez Anticorrupción, seguir el proceso bajo arresto domiciliario, el Congreso aprobaba la formación de una comisión investigadora de una presunta red de interceptación telefónica. Al ser un delito, dichas intervenciones telefónicas que probaban el negocio turbio de los lotes petroleros, fueron cuestionadas con respecto a su eficacia en el juicio, pues no se realizaron con autorización judicial.

Cerca de un año después, el 25 de junio del 2009, la esposa de Alberto Quimper, Carmen Luisa Castro Barrera, interpuso una demanda de Hábeas Corpus a favor de su esposo, solicitando la nulidad del auto de apertura de instrucción, alegando la ilicitud de las pruebas (audios) que fundamentaban esta medida, y la vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, el 21 de setiembre del mismo año, la demanda fue declarada infundada.

Ante dicha respuesta del Quincuagésimo Segundo Juzgado Penal de Lima, el 12 de enero del 2010, doña Carmen Castro interpuso una demanda de agravio constitucional, ante la cual, el Tribunal Constitucional (TC) emitió una sentencia, el 12 de Enero del 2010, declarándola improcedente. No obstante, dicha sentencia causó revuelo inmediato en la prensa, ya que la misma prohíbe la divulgación de interceptaciones de conversaciones telefónicas obtenidas ilícitamente, bajo responsabilidad penal.

3. Análisis de la Sentencia

Al pasar las páginas de la sentencia, hemos podido corroborar que ésta adolece de algunos inconvenientes, y a su vez advertimos que los fundamentos esgrimidos por el TC en nada enriquecen nuestro saber y entender, todo lo contrario, no es la primera vez que empezamos a leer un pronunciamiento del TC y terminamos más confundidos que al inicio, y con la ligera sospecha o impresión que además, terminamos con menos derechos tutelados de los que inicialmente teníamos antes de leer la resolución.

Por ello, para razones expositivas, nos vemos en la necesidad de enumerar la serie de inconvenientes o problemas que encontramos en la sentencia:

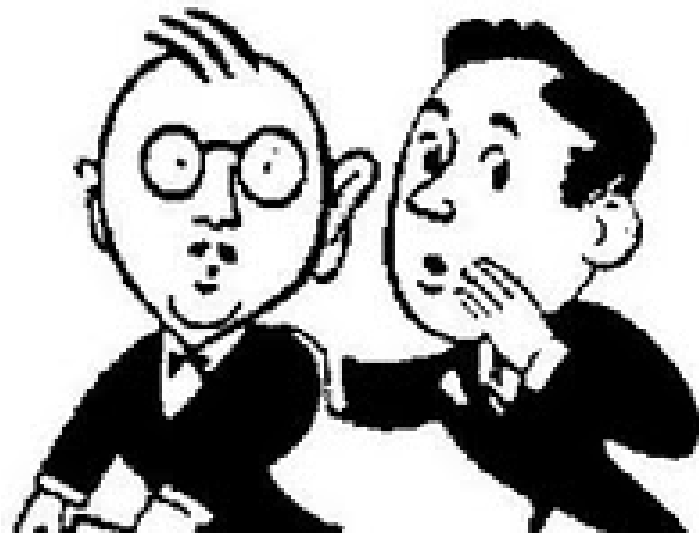
a. ¿Debía determinar el TC cuándo era ilícito y cuándo no difundir audios interceptados?

El TC es un juez constitucional, por ello, sólo debe pronunciarse ante la posible vulneración de un derecho fundamental, debe decidir si, en el caso concreto, éste ha sido vulnerado o no. Sin embargo, en este caso, de manera superflua y excediéndose en sus facultades, el TC realiza un análisis de fondo acerca de la calificación de la prueba prohibida y concluye que ésta carece de efectos por transgredir el derecho a la vida privada.

A nuestro criterio, el único que podría calificar a los petroaudios como prueba ilícita sería el Juez Penal, al interior del proceso penal, en la etapa de valoración de los medios probatorios, pues éste es el juez especializado en la materia que conoce del caso. Creemos que, como efectivamente procedió el TC, bastaba poner que el proceso seguía su curso en la vía penal y por ello no era oportuno un pronunciamiento constitucional; de esta forma sería excesivo por parte del TC determinar cuándo la difusión de grabaciones telefónicas es ilícito y cuándo no o las consecuencias de aquellas acciones sobre la prensa.

b. ¿Derechos irrestrictos en nuestra Constitución?

El TC considera a la prohibición del uso de pruebas ilícitas como un “derecho fundamental” que garantiza que este tipo de pruebas sean excluidas de cualquier clase de proceso. Lo sorprendente es que en la sentencia, no se fijan límites ni excepciones a este derecho, sobre todo, en caso medie un interés público, como en el caso que nos atañe: delitos de corrupción. Ello obedece a que, para el TC, el principal fundamento de la prueba prohibida es el derecho a la vida privada; aún así, no entendemos por qué este derecho es defendido como si fuese absoluto y se olvidan de ponderar los otros derechos involucrados en el caso como el derecho de los periodistas a informar o el derecho de los ciudadanos a ser informados transparentemente.



c. Un precedente que no viene al caso...

Para sustentar la posición que la interceptación de conversaciones telefónicas es un ilícito que atenta contra el derecho a la vida privada, el TC cita una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Caso Escher y otros vs. Brasil, del 6 de julio de 2009. Dicha sentencia sanciona al estado brasileño por interceptar ilícitamente las comunicaciones de dos organizaciones campesinas y por haberlas divulgado ilegítimamente a la prensa, vulnerando la reserva judicial. En ninguna parte, la CIDH se pronuncia por la ilicitud de la actuación de la prensa al haber difundido estas conversaciones. Además que, como sabemos, la CIDH sólo juzga la conducta de los Estados, y no podría haber sancionado de ninguna manera a los medios de comunicación, ¿Y por qué sí lo hace el TC?

d. Autorización de interlocutores para ser expuestos

El TC impone la prohibición a los medios de comunicación de divulgar interceptaciones y grabaciones telefónicas sin la autorización de los interlocutores grabados. Consideramos esta medida poco feliz pues ello significaría que para poder difundir una conversación que evidencia la planificación de un delito se tendría que pedir autorización a los mismos delincuentes (interlocutores) para exponer su delito. Tenemos serias dudas acerca de la posibilidad de que un delincuente quiera colaborar con su propia captura.

e. ¿Mandato judicial motivado o censura previa encubierta?

El mandato judicial motivado que en la sentencia se exige como requisito para poder difundir una grabación telefónica supone que para el TC no existe el artículo 2 inciso 4 de la Constitución Política del Perú, que consagra el derecho de toda persona a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (...) por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimentos algunos, (el subrayado es nuestro). A nuestro parecer, el ponernos una traba, exigencia o requisito para poder ejercer libremente este derecho, termina siendo de alguna manera una especie de censura previa, que encubre y apoya en cierta forma la impunidad.

f. El “nuevo delito” de difusión de conversaciones telefónicas privadas

Además de prohibir a los medios de comunicación social difundir las conversaciones telefónicas privadas sin autorización ni mandato judicial, el TC, al final, agrega a esta prohibición la frase: “bajo responsabilidad de ser

denunciados penalmente”. Ello genera mucha extrañeza, pues sabemos que en el Código Penal peruano no existe el tipo penal de difusión de conversaciones telefónicas a través de medios de comunicación, el TC no podría, por propia iniciativa, “crear” un tipo penal en el Código.

h. Aclaratoria ¿logró su cometido?

La tan esperada aclaratoria de la sentencia en cuestión no parece ilustrarnos con nada nuevo, más que aclarar, la misma no hace sino resumir la sentencia; con la única salvedad que según ésta, la responsabilidad del periodista, los editores y/o los propietarios de los medios de comunicación, se limitará a los posibles “excesos” que éstos realicen. Lo único claro es que el TC sigue responsabilizando a los medios de comunicación, pero lo que no se precisa es a qué se refiere el TC con “excesos”.

i. A manera de conclusión

Creemos que todo Estado Constitucional de Derecho debe garantizar plenamente el ejercicio de la libertad a todos sus ciudadanos. Y con esta sentencia no solo se pone en juego la libertad de todos los periodistas por informar, sino también, y en consecuencia, la libertad de todos nosotros por ser informados. Es un hecho que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental y humano que todos debemos respetar, mas tampoco debe servir de óbice para archivar casos de corrupción o sencillamente “voltear la cara” ante estos actos que no hacen otra cosa que destruir poco a poco a nuestra sociedad. Creemos que el Tribunal Constitucional, como baluarte de la defensa de los derechos y libertades de la sociedad peruana, seguirá en el camino justo de defensa de los valores y principios que rigen nuestro ordenamiento, sin marcar pautas o poner condicionamientos que puedan perjudicar a un sector de la población, más si es uno de vital importancia como lo es la prensa.



LA FUSIÓN ENTRE LA CONASEV Y LA SBS*

El año pasado el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) anunció que iniciaría una reforma integral del mercado de capitales.

Uno de los pilares de esta reforma sería fortalecer el rol regulador de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), lo que ha causado polémica en torno a sus implicancias y cuál sería la mejor forma de hacerlo.

El MEF maneja tres opciones para modificar la estructura de CONASEV:

- 1) Fusionar la CONASEV con la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) de manera que la última absorba las funciones actuales de la primera, pasando a regular y supervisar no solamente los mercados financiero, de seguros y AFP, sino también el mercado de valores.
- 2) Convertir la CONASEV en una superintendencia de valores – tal y como existe en otros países (Estados Unidos, Alemania, España, Brasil, Chile, entre otros) – con autonomía constitucional similar a la que gozan la SBS y el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).
- 3) Mantener la CONASEV como ente regulador y supervisor del mercado de valores, los emisores, los estructuradores y los intermediarios (SAB, SAFI, SAFM, sociedades tituladoras), pero dotándola de autonomía presupuestaria y funcional.

Antes de renunciar, la ex-ministra Mercedes Aráoz había aprobado la fusión de ambas instituciones. Sin embargo, el vigente Ministro de Economía, Ismael Benavides, pidió analizar los pros y contras con mayor cautela.

Pros y contras de las alternativas

La primera alternativa, fusionar la CONASEV con la SBS, claramente generaría una mejor coordinación entre ambas instituciones, evitando la superposición o duplicación de funciones. Esto no sólo significaría un ahorro para el estado sino también para los agentes privados, quienes se beneficiarían de la simplificación del marco regulatorio (por ejemplo, evitando la duplicidad en la presentación de información a los reguladores).

Asimismo, al centralizar la información en una sola institución se fortalecería la regulación y la transparencia, con lo cual se podría sancionar más fácilmente las prácticas ilegales y llevar un control consolidado de los grandes conglomerados financieros en línea con lo establecido por el Acuerdo de Basilea.

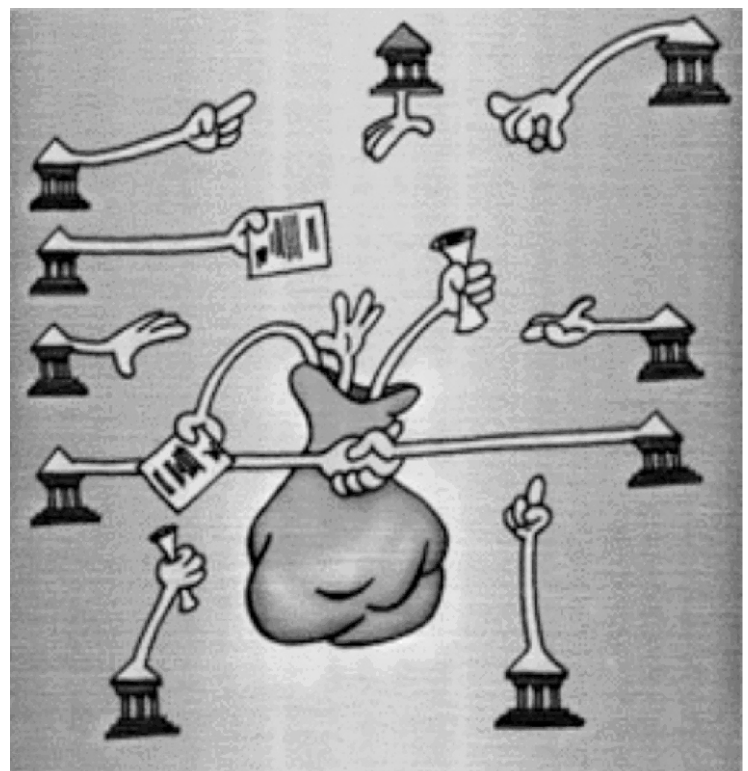
Por otro lado, una eventual fusión también conllevaría ciertos riesgos.

El más evidente probablemente sería el riesgo de que la regulación del mercado de capitales pase a un segundo plano cuando la SBS absorba a la CONASEV como una intendencia adjunta. Debe considerarse que el mercado de capitales y el sistema financiero compiten entre sí, lo cual podría originar conflictos de interés y que se le dé mayor prioridad al sistema financiero (dada su relevancia).

Muchos también cuestionan la gigantesca dimensión que adquiriría el ámbito de supervisión de una hipotética SBS ampliada (que actualmente ya abarca varios mercados: banca, seguros, AFP y lavado de activos), además del problema cultural que podría surgir al fusionar dos instituciones disímiles como la SBS que tiene un sesgo supervisor y la CONASEV que cumple un papel más promotor.

Con respecto a la segunda alternativa, convertir la CONASEV en una superintendencia de valores, sus principales beneficios serían el fortalecimiento de la capacidad de decisión (blindaje ante situaciones de juicios o denuncias) y la autonomía presupuestaria para contratar funcionarios mejor capacitados.

Así, se establecería un regulador fuerte, políticamente autónomo y con los recursos necesarios para cumplir su labor de manera efectiva. De hecho, en el almuerzo institucional de AmCham de enero el Ministro Benavides manifestó a los asociados que ésta sería la mejor opción. El problema es que para elevar la CONASEV al rango de superintendencia es necesario modificar la Constitución Política del Perú, lo cual es bastante



complicado.

Finalmente, la tercera opción, mantener la CONASEV como ente regulador pero confiriéndole autonomía presupuestaria y funcional, tiene la ventaja de ser la más fácil de implementar a corto plazo.

Ofrece cierto margen para contratar funcionarios más calificados y mejorar la eficiencia operativa de la organización, pero no resuelve el principal problema de CONASEV que es su falta de peso como institución.

Es por eso que esta opción está prácticamente descartada.

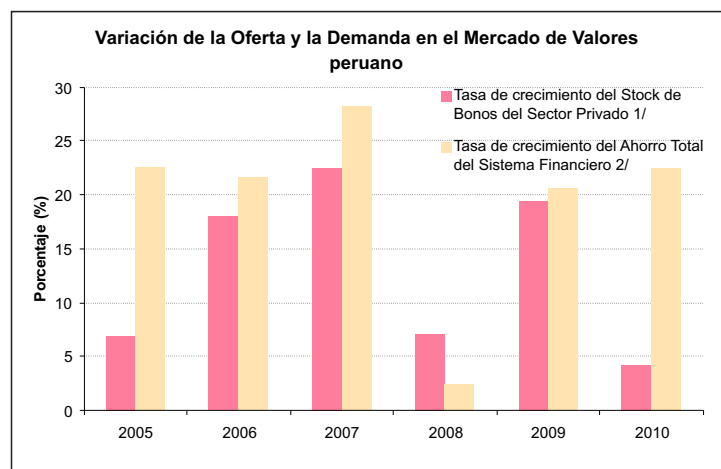
Necesario pero no suficiente

Actualmente, la CONASEV funciona con varias limitaciones. Cambiar su estructura es necesario, eso nadie lo discute.

Sin embargo, de poco servirá implementar dicha medida si ésta no se acompaña con otras reformas que ataquen el problema de fondo del mercado de capitales peruano: su subdesarrollo.

En el siguiente gráfico puede observarse cómo la demanda de valores (representada por el ahorro total del sistema financiero que comprende depósitos bancarios, fondos mutuos y ahorro previsional) viene creciendo más rápido que la oferta (representada por el stock de bonos del sector privado, dado que en Perú las emisiones primarias de acciones son insignificantes).

En otras palabras, cada vez hay menos valores para invertir en relación a la cantidad demandada, lo que explica por qué gran parte del ahorro se invierte en el extranjero.



1/ Incluye solamente ofertas públicas realizadas en el mercado interno conforme a los términos contemplados en la Ley del Mercado de Valores.

2/ El ahorro total del sistema financiero comprende depósitos bancarios, fondos mutuos y ahorro previsional.
Fuente: Banco Central de Reserva del Perú (BCRP)

Y es que las empresas prefieren largamente emitir sus valores en mercados de capitales vecinos más líquidos y profundos. Ciertamente, países como Chile, cuyo ratio

de capitalización bursátil/PBI es casi tres veces el peruano, y Colombia, que tiene un ratio de volumen negociado en bolsa/PBI equivalente a 30 veces el peruano, representan plazas mucho más atractivas.

A esto hay que sumarle los altos costos de emisión y procedimientos engorrosos.

Además de la absurda imposición de un impuesto a las ganancias de capital a partir del 2010 que ha agravado el problema como se observa en el gráfico.

No obstante, debe aplaudirse la voluntad del gobierno de emprender una reforma integral del mercado de capitales. Una reforma que supuestamente abarcará todos los ámbitos (oferta, demanda, transparencia y supervisión) y para la cual el MEF viene trabajando diversos proyectos de ley que serán presentados al Congreso para su aprobación y le servirán como base a la siguiente administración.

En ese sentido, sólo queda apoyar y esperar.



EL PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA CONTRA CLUBES DEPORTIVOS

1. Introducción

El procedimiento de cobranza coactiva seguido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante SUNAT) en contra de un club de fútbol profesional y la posterior promulgación de la Ley N° 29504, Ley que promueve la transformación de clubes deportivos en Sociedades Anónimas Abiertas, motiva efectuar un breve análisis del caso y de los medios legales de defensa con los que cuenta un administrado

Como sabemos, la SUNAT inició un procedimiento de cobranza coactiva en contra de un club de fútbol profesional, razón por la cual embargó un inmueble de su propiedad y ordenó su remate.

En dicho contexto, la ejecutada interpuso un recurso de queja, el cual fue resuelto mediante Resolución del Tribunal Fiscal (en adelante RTF).

Con posterioridad, se promulgó la Ley N° 29504, Ley que promueve la transformación de clubes deportivos en Sociedades Anónimas Abiertas, norma legal que permite a los clubs fraccionar su deuda tributaria en un plazo mayor al previsto en las normas sobre la materia.

2. Análisis del caso.

En principio, debe recordarse que el procedimiento de cobranza coactiva es un instrumento procesal que le permite a la Administración Tributaria satisfacer directamente su crédito tributario mediante la afectación y realización forzada de los bienes del deudor para, con su producto, cancelar la deuda puesta a cobro.

Por ello, el procedimiento de cobranza coactiva no prepara la voluntad de la Administración; antes bien, la ejecuta, la lleva a la práctica.

Ninguna verdad, ni formal ni material, debe hallarse dentro de un procedimiento de cobranza coactiva y tampoco existe punto controvertido sobre el cual discutir.

Y esto es así porque se entiende que toda discusión respecto de la legalidad y conformidad a Derecho de una decisión administrativa se realiza con anterioridad al inicio de un procedimiento de ejecución.

Es con motivo de la puesta a conocimiento al administrado del contenido de un acto administrativo que se le permite cuestionar dicha decisión e iniciar con ello un procedimiento recursal.

Solo concluida la vía administrativa o no habiéndose iniciado ella por no existir impugnación, corresponde iniciar un procedimiento de cobranza coactiva y, en tal caso, toda discusión de fondo debe cesar, restando cuestionar la ejecución únicamente por las específicas causales de suspensión previstas en el Código

Tributario.

En el presente caso, no existiendo posibilidad de discutir la determinación de la deuda, la ejecutada interpuso un recurso de queja ante el Tribunal Fiscal, recurso que fue resuelto mediante RTF N° 12348-7-2009.

Es sobre dicho pronunciamiento que corresponde hacer algunos comentarios:

- a) La queja es un remedio procesal y no un recurso. Es decir, no tiene por objeto discutir el fondo del asunto sino la legalidad del procedimiento; en este caso, que el procedimiento de ejecución coactiva se haya iniciado y tramitado con observancia de las normas procesales contenidas en el Código Tributario.

Por ello, si un recurso de queja se declara fundado su principal efecto será reencauzar el procedimiento, pero en modo alguno extinguir la deuda puesta a cobro.

- b) El Tribunal declaró infundado en parte el recurso de queja al determinar que la mayoría de actos administrativos fueron debidamente notificados

Sin embargo, en algunos casos determinó que se había realizado una indebida notificación.

La notificación, como se sabe, consiste en comunicar de manera formal una decisión de la Administración que se encuentra contenida en un acto administrativo; y, habiendo acogido nuestro ordenamiento legal la teoría de la recepción y no la del conocimiento, una notificación de actos administrativos de contenido tributario solo será válida si cumple con los requisitos establecidos en el Código Tributario.

- c) La RTF motivo de comentario ratificó también una regla constitucional ya incorporada a la jurisprudencia del Tribunal Fiscal: la prohibición legal de notificar simultáneamente una orden de pago con una resolución de ejecución coactiva.



Si bien es cierto que con motivo de interponer una reclamación en contra de una orden de pago resulta de aplicación la regla *solve et repete* (paga primero y luego reclama); se afecta el debido proceso si se exige de manera coactiva el cumplimiento de una orden de pago sin aguardar a que la misma se convierta en exigible.

- d) En el presente caso la Administración trabó embargo sobre un inmueble de propiedad de la ejecutada; es decir, afectó un bien concreto del patrimonio del club, disponiendo con posterioridad su enajenación forzada mediante remate.

Este acto procesal fue cuestionado de forma parcial por la ejecutada en lo referente a la tasación, ya que consideraba que el precio del bien era mucho mayor debido a un eventual cambio de zonificación que incrementaría el valor del predio.

Al respecto el Tribunal Fiscal reconoció como una facultad exclusiva del ejecutor coactivo el designar peritos y aprobar o desaprobar la tasación efectuada por éstos, recordando a tal efecto la RTF N° 11659-4-2008, la cual establece que el Tribunal Fiscal no puede revisar dichos aspectos.

3. Conclusión.

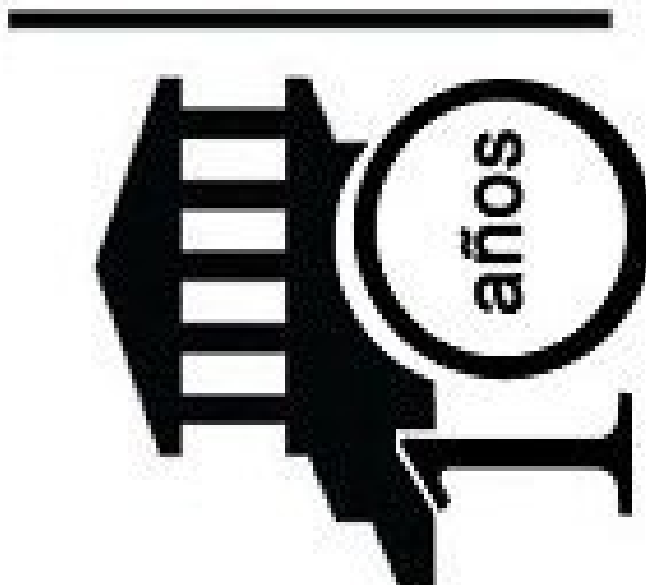
Finalmente, el Tribunal Fiscal declaró fundada la queja respecto de algunas órdenes de pago, pero infundada la queja respecto de la mayoría de órdenes de pago puestas a cobro, con lo cual la Administración se encuentra facultada para continuar el procedimiento de cobranza coactiva, salvo que se configure otra causal de suspensión del procedimiento, como en efecto afirmó posteriormente la ejecutada al indicar que cuenta con una medida cautelar a su favor.

De ser así, corresponde suspender la ejecución del embargo hasta que dicha decisión sea revocada o el Poder Judicial emita pronunciamiento definitivo.

Otra solución, esta vez definitiva, la otorga la Ley N° 29504, Ley que promueve la transformación de clubes deportivos en Sociedades Anónimas Abiertas, que permite a todo club de fútbol profesional acogerse al Régimen Especial de Fraccionamiento Tributario y fraccionar su deuda tributaria hasta por un plazo máximo de veinte años, siempre y cuando se haya transformado en sociedad anónima abierta o adoptado cualquier otra modalidad de organización dentro del plazo de un año contado a partir de la vigencia de la ley, plazo que venció el dos de febrero del presente año.

Sin embargo, en la actualidad se discute en el Congreso la posibilidad de ampliar dicho plazo.

foro académico



LA OBLIGACIÓN DE ADECUACIÓN AL CONVENIO 169: UN CASO MÁS DE DESIDIA EJECUTIVA

En tiempos de alta conflictividad social y desigualdad en nuestro país, no podemos dejar de lado un debate que ha sido desplazado por asuntos igual de importantes pero con una carga mediática y conflictiva mayor. No por ser actores relegados por el espectro social, como lo son los pueblos indígenas, la controversia sobre la efectividad del Convenio 169 en el ámbito nacional debe desvanecerse. Lo peor de todo es que no estamos frente a una controversia, sino que simplemente se discute sobre regular algo que ya es parte de nuestro ordenamiento y que solamente necesita ser recepcionado en la legislación nacional.

basando su argumento en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena(1).

Esta indiferencia con la que el Estado trata lo concerniente a las comunidades parecía estar llegando a su fin. Y es que el Congreso propuso en mayo del 2010 un modelo de ley que parecía acercarse a un consenso sobre este tema y que respetaba cabalmente los derechos de los pueblos indígenas así como los pasos a seguir para realizar los procesos de consulta. Pero dicha autógrafa fue observada por el Ejecutivo, situación que derivó en una serie de críticas por sectores que consideraban estas observaciones como mecanismos para mitigar los efectos protectores del Convenio y reducir los beneficios regulados en el mismo.

Así, se criticaron las posiciones del Ejecutivo que disponían la no injerencia de los pueblos indígenas en planes, programas y proyectos (observación 3), la exclusión de las comunidades campesinas y costeñas como pueblos indígenas (observación 6), o la exclusión de organizaciones “no representativas de forma electoral” a la hora de las conversaciones (observación 7). Dichas observaciones han producido, finalmente, que el proyecto se vea estancado hasta el momento, mientras que múltiples casos de conflictos socio-ambientales (Inambari, Majez Siguan II, y un largo etc.) se siguen produciendo en nuestro territorio. Lo más probable es que alguno de ellos llegue a instancias internacionales antes incluso que se dé una primera votación sobre la tristemente postpuesta “ley de consulta”.

Es aquí donde observamos el problema en dos niveles que traen a reflexión la aplicación del Convenio 169 de la OIT, ya que no solo habría que considerar un acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado a la hora de plantear alguna medida que afecte a los primeros, sino que un segundo nivel nos lleva a meditar sobre lo que sucede cuando no se llega a un acuerdo y se tiene que tomar una decisión definitiva sobre el caso. Aquí, con toda la potestad constitucional que se le brinda, el Estado podría proceder a accionar de la manera que crea conveniente, incluso si implica una desprotección de los pueblos indígenas. Como vemos, es este segundo nivel el que más dificultades generaría. Por ello, el gran primer paso que se busca es el del acercamiento de dos pueblos, de dos culturas distintas que se sienten a dialogar sobre las desventajas y beneficios que pueda traer determinado proyecto. Este es el objetivo inmediato que busca el Convenio 169: el considerar ya, en pleno siglo 21, que vivimos en un mundo multicultural que para sobrevivir tiene que estar abierto al diálogo y a la colaboración conjunta en pos de un beneficio común.

Pero así como un gran avance sería el de concientizar y legitimar esta obligación de ejercitar la consulta, el



Debemos ceñirnos al principio de “*Pacta sunt servanda*”, o en otras palabras, “Los pactos son para cumplirse”. El Convenio 169 de la OIT fue suscrito por el Estado peruano en 1994 y entró en vigencia en 1995. Dicho Convenio establece una serie de medidas protectoras para con los pueblos tribales e indígenas, teniendo como base un principio de discriminación positiva en el cual se reconoce que los sujetos de este Convenio deben recibir una protección especial dado la “desprotección histórica” que han sufrido en las sociedades en las que tratan de desarrollarse. Por ello es que fue totalmente positivo, aunque tardío, que un país multicultural y multiétnico como el Perú se adhiera por fin a dicho acuerdo internacional. Este derecho, básico para el crecimiento de estas comunidades, tiene como punto de partida los derechos fundamentales a la identidad y a la libre determinación, por lo que no se podría utilizar como excusa para no respetar las obligaciones dispuestas para con estos pueblos el hecho que hasta ahora esta situación no ha sido reglamentada en la legislación nacional. Bien lo dijo el TC en el Fundamento 12 de la sentencia 0022-2009-PI/TC, por el cual indica que no podríamos basarnos en una “omisión normativa” para dejar de aplicar los lineamientos de un tratado del cual somos parte,

126. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

buscar una solución para un posible disenso sería un logro más grande aún. Como indica el Dictamen de Allamamiento del Poder Legislativo respecto a las observaciones del Poder Ejecutivo, será el Estado quien finalmente decida la ejecución de la medida respectiva “privilegiando el interés general y de la Nación”. De esta forma, cualquier no-acuerdo podrá inclinar la balanza a favor del Estado (y de las empresas consecuentemente), permitiéndole proseguir con el proyecto en aras del tan mentado “desarrollo” que se busca para nuestro país. Por ello es que el tema del derecho a veto es tan debatido, ya que le da una doble fortaleza a la postura que puede tomar un pueblo indígena al garantizarle que la medida no le será eventualmente impuesta.

En realidad, la solución jurídica está establecida ya que el mismo Convenio 169 no ampara el derecho de los pueblos indígenas de truncar cualquier medida o proyecto que pueda afectarlos, a pesar de haber sido correctamente consultados. Es decir, lo que hace este tratado es imponer la obligación de que una parte se sienta con su opuesta y dialogue para tratar de lograr una solución. Que efectivamente la consigan o no escapa de lo estipulado en el tratado.

Por ello no encontraremos el derecho a veto en dicha norma convencional, pero tal vez sí podamos encontrar alguna disposición parecida o similar en otras fuentes del derecho internacional como la jurisprudencia. Y bien sabemos que lo acordado por tribunales internacionales es parte del derecho nacional, según lo recogido en el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional(2). Esta figura jurídica que no es un derecho a veto pero sí recoge algo de su estructura la encontramos en la sentencia del 2007 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDH), Surinam vs. Saramaka.

En esta sentencia de la CDH podemos apreciar la relevancia de una participación del Estado adecuada y con buena fe a la hora de propiciar la ejecución de un proyecto que afecte el status quo de los pueblos indígenas, por lo que le corresponde cumplir con tres garantías(3): primero, la participación de los miembros del pueblo indígena en lo concerniente al plan de desarrollo o inversión; segundo, garantizar que los miembros de dicho pueblo se beneficien a partir de dicho proyecto; y tercero, no otorgar la concesión antes de que se haya realizado en la zona un estudio de impacto ambiental y social (punto que parece haber sido olvidados por los promotores de los polémicos decretos de urgencia 001 y 002 del 2011). Como vemos, acertadamente la CDH pone condiciones mínimas para que el Estado no vulnere los derechos de los pueblos indígenas que se vean afectados, quienes de manera

legítima tendrán la posibilidad de ser consultados y tomar provecho de una inversión que se lleva a cabo en territorios donde han desarrollado toda su historia e

idiosincrasia, además de garantizar que las medidas a implementarse respeten el medio ambiente y no cause estragos que lamentar en el futuro.

Pero la CDH va más allá y también se pronuncia sobre el segundo nivel (disenso) que indicamos líneas arriba. Se indica en esta jurisprudencia que en caso nos encontremos frente a planes de desarrollo o inversión “a gran escala” que generen un “mayor impacto” en la sociedad, el Estado tendría la obligación no solo de consultar con el pueblo indígena, sino además debería obtener su consentimiento “libre, informado y previo”(4). Es decir, ya no solo hay un deber de consulta, sino además un deber de obtener el consentimiento cuando el proyecto en cuestión sea de una magnitud tal que traiga consecuencias totalmente radicales para con el estilo de vida que se mantenía en la zona. Además se recoge la posición del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) de hacer de la obtención del consentimiento un encargo mandatorio cuando los planes de desarrollo tengan un impacto significativo en el “derecho al uso y goce” de los territorios ancestrales.

La CDH terminó fallando a favor de Saramaka por violación de sus derechos a la propiedad, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la protección judicial, además de compeler a Surinam a abstenerse de realizar actos que afecten el territorio de Saramaka, a menos que cumplan con la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado de

COMO QUIERES QUE TENGA IDENTIDAD

S
I
M
A
T
A
S



MI PASADO

2 Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales
El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.3 Caso Surinam vs. Saramaka, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 129.
4 Caso Surinam vs. Saramaka, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 129.

5 Caso Surinam vs. Saramaka, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 134.

dicho pueblo.

Entonces, ¿el derecho al veto es reconocido en el ámbito internacional? Y por lo tanto, ¿Debería ejercitarse en el Perú? Pues si bien el derecho a veto es una figura no reconocida aún, ya esta sentencia del caso Saramaka elevó el estándar de protección de los Estados al obligarlos a obtener el consentimiento del pueblo o comunidad cuando determinado proyecto de grandes proporciones genere un impacto mayúsculo en ellos. Es aquí donde una ley o reglamento sobre el tema puede ser necesario, para delimitar los parámetros claros de cuándo se les afecte de una manera tal que sea necesario dar el segundo paso y obtener su consentimiento, que al igual que la consulta, tiene que ser libre y sin mediar presiones ni engaños. Esta disposición, al encontrarse en tal elemento jurisprudencial, ya es parte del ordenamiento nacional, a pesar de que algunas entidades como el Tribunal Constitucional descalifiquen cualquier reconocimiento del derecho a veto o sus similares(5). A pesar de todo esto, creemos que por el momento la obligación de obtener el consentimiento no viene a ser una solución plausible, tanto en lo teórico como en lo práctico, debido a que ni siquiera nuestros gobernantes se ponen de acuerdo sobre el primer nivel: la consulta.

Lo que sucede en el Perú es un estado de inacción y aletargamiento total, tal vez el más grave de nuestros defectos. Somos Estado parte del Convenio 169 ya casi 17 años y aún no hemos producido la regulación interna necesaria que complementa dicho Convenio y haga plausible su aplicación en nuestro país. A mediados del año pasado, el Tribunal Constitucional en la sentencia 05427-2009-PC/TC ordenó al Ministerio de Energía y Minas implementar, de una vez por todas, el reglamento para ejercitar este derecho de consulta(6).

A pesar de este directo apoyo al derecho de consulta, meses más tarde el TC volvió a dar un paso en falso(7) al reconocer que la obligatoriedad del derecho de consulta se considera vinculante desde la publicación de la ya mencionada sentencia STC 0022-2009-PI, a pesar de que el Perú se hizo Estado parte del Convenio 169 de la OIT en 1994, estando vigente el conjunto de derechos de este tratado desde 1995. Un pronunciamiento de este tipo de parte de nuestro garante de derechos constitucionales nos preocupa al haberse subordinado la efectividad de una obligación internacional del estado, y que parte del derecho humano a la libre determinación, al mero pronunciamiento (una aclaratoria) de un organismo, ni siquiera ya a una ley sobre el tema. Así llegamos a la reflexión de que el Estado peruano, gobierno tras gobierno, ha volteado la cara ante esta norma internacional, y recién ahora se preocupa por los derechos de los pueblos indígenas, situación que debe darse paso a paso, de manera paulatina para evitar conflictos socio-ambientales de costo terrible.

⁵ En el fundamento 37 de la sentencia 0022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional reconoce como derechos de los pueblos indígenas solamente el acceso a la consulta, el respeto a las características esenciales de la consulta y la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados.

⁶ En el fundamento 25 de la sentencia 05427-2009-PC/TC se le ordena al MINERGMIN reglamentar el procedimiento de consulta, de lo contrario incurriría en una omisión normativa inconstitucional indirecta.

⁷ Posición encontrada en el fundamento 8 de la Aclaratoria de la Sentencia 06316-2008-PA/TC

El problema debe ser atacado de raíz, acudiendo a las zonas de conflicto e informando, no solo sobre los proyectos, sino otorgando el elemento clave ausente en esas y casi todas las secciones del país afectadas por problemas sociales: la educación. Así como se reclama la “soberanía del Gobierno” o “el respeto al Estado Constitucional de Derecho”, también debe asumirse el desafío de educar a todos los peruanos y de esta forma otorgarles la información necesaria para que puedan desarrollar todo el potencial que poseen pero desconocen. Pero además se hace necesario un trabajo a conciencia ex ante del Gobierno (y no con su caracterizado atropello ex post) y que el sector privado trate de ceder, al menos un poco, sus a veces desmedidas ambiciones. Porque la inversión no es mala, todo lo contrario, es lo que nos ha permitido avanzar como país. Pero la codicia, a falta de una palabra mejor, puede no ser tan buena compañera en algunas situaciones. Pensemos un poco más como país.



Comisión de Investigaciones:

Richard André O'Diana Rocca
Dana Centeno Llanos
Thalía Zúñiga Medina
Alberto Azarán Vargas
Ronald Andrés Malquiheyro Ildefonso
Brenda Rosalí Reyes Yábar
Mirtha Montoya López
Elizabeth Córdova Alvarado
Mónica Rubio Salazar
José Barba Radanovich
Pamela Cabeza Jó
Julio Castro Rojas
Robinson Olivera Mendieta
Laura Milagros Navarro Luis

"IV Curso de Derecho Tributario: El Impuesto a la Renta Empresarial, y sus implicancias"

Fechas: 30 de abril y de 7, 14 y 21 mayo de 2011
Lugar : Campus PUCP
Hora : Sábados 10:00am. a 1:30pm.

30 de Abril
1.- El Sistema Tributario Peruano y el Impuesto a la Renta. Naturaleza y Regímenes
Dr. José del Castillo Simón
Abogado Asociado del Estudio Osterling Abogados

2.- Ingresos Gravados. Ganancias de Capital
Dr. Ivan Montoya Torres
Especialista del Tribunal Fiscal* (por confirmar)

3.- Principio Jurisdiccional en el Impuesto a la Renta: Rentas de Fuente Peruana y Rentas de Fuente Extranjera
Dra. Carmen Robles Moreno
Profesora de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica del Perú

14 de mayo:
1.- Deducción de gastos financieros (intereses por préstamos a vinculadas, intereses vinculados con la adquisición de acciones). Diferencia de cambio.
Dr. Pablo Sotomayor Hernández *(por confirmar)
Abogado Asociado del Estudio Miranda & Amado Abogados

2.- Depreciación en situaciones especiales. Los gastos de demolición. Depreciación de activos en leasing
Dr. Walker Villanueva Gutiérrez
Socio del Estudio Ferrero Abogados

3.- Gastos no Deducibles. Multas y penalidades. Gastos en paraísos fiscales.
Dr. Jorge Moreno García
Abogado Asociado del Estudio Hernández & Cia. Abogados

4.- Agentes de Percepción y de Retención.
Dra. Vanessa Watanabe Sisniegas
Abogada Asociada del Estudio Miranda & Amado Abogados

7 de mayo:
1.- Principio de Causalidad. Principales reparos de la SUNAT vinculados con la causalidad de los gastos en las fiscalizaciones. La contabilización y acreditación del Gasto.
Dr. Dante Sanguinetti Marroquín
Abogado Asociado Senior del Estudio Ferrero Abogados

2.- Gastos Deducibles I: Gastos y costos de Producción. Principio del devengado.
Dr. Guillermo Ruiz Secada
Socio Senior del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez – Taiman & Olaya Abogados

3.- Gastos Deducibles II: Provisiones (estimaciones) admitidas. Requisitos para su deducibilidad. Pérdidas. Mermas y desmedros.
Dr. Jose Talledo Vincés
Abogado Asociado Principal del Estudio Echeopar Abogados

4.- Gastos Deducibles III: Deducción de gastos a favor del personal. Utilidades, liberalidades, beneficios sociales, condiciones de trabajo. Gastos del inciso v) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta.
Dr. Lorgio Moreno de la Cruz
Abogado Asociado del Estudio Zuzunaga & Assereto Abogados

21 de mayo:
1.- Modificaciones a la Ley del Impuesto a la Renta. Ley 29645: a) Rentas exoneradas b) Costo computable de acciones.
Dr. Luis Durán Rojo
Director de Análisis Tributario - AELE

2.- Deducción de Gastos Comunes: D.S. N° 281-2010-EF
Dra. Mariana Moreno Vera
Senior de Impuestos de Ernst & Young

3.- Retenciones del Impuesto a Sujetos Domiciliados y No Domiciliados.
Dr. Daniel Arana Yances
Jefe Corporativo de Impuestos de Hoteles Casa Andina

Certificado - Materiales - Coffee Break

VENTA DE ENTRADAS:

- PreGrado : S/. 70.00
- Tarifa Corporativa : S/. 100.00
- Publico en General: S/. 120.00

* Grupo mínimo de 3 personas de la misma institución

Auspiciado por:



INFORMES Y CONSULTAS:

9899 31447 / 9850 21155
9859 03014 / 9888 70057

RESERVAS E INSCRIPCIONES

- Exclusivamente vía correo electrónico: forojuridico@pucp.edu.pe
Banco Continental Cta. Ahorros en Soles
N° 0011-0120-33-0200097621
con los siguientes datos:

- Nombres y Apellidos
- Número de Documento de Identidad
- Número del voucher de depósito
- Adjuntar copia de carnet universitario (sólo para entradas pregrado)

FACULTAD DE DERECHO





foro académico

Asociados

Presidencia

Landauri Paredes, Luis Enrique

Dirección Administrativa

D'Ambrosio Núñez, Stéfano Giancarlo

Comisión de Publicaciones

Murillo Chávez, Javier André (director)
Gushiken Doy, Juan Diego
Luna García, Javier
Paredes Miranda, Brando Javier
Lazo Prado, Maralí Milagros
Castro Barnechea, Claudia Lucía
Linares Ormeño, Glendy Mishell
Rojas Lucanas, Eler Antonio
Salas Aguado, Alfredo Antonio

Comisión de Investigaciones

O' Diana Rocca, Richard André (director)
Reyes Yábar, Brenda Rosalí
Aznarán Vargas, Alberto
Malquiheyro Ildefonso, Ronald Andrés
Montoya López, Mirtha
Barba Radanovich, José Miguel
Centeno Llanos, Dana Harumi
Rubio Salazar, Mónica
Córdova Alvarado, Elizabeth
Castro Rojas, Julio
Navarro Luis, Laura Milagros
Zuñiga Medina, Thalía
Cabeza Jo, Pamela
Olivera Mendieta, Robinson

Comisión de Eventos

Llerena Ccasani, Nohelia Milagros (directora)
Guzman Palomino, Marco Guillermo
Verme Villantoy, Saida Esther
Requena Canchán, Ashley Katherin
Morales Ramírez, Daniela
Rojas Muñoz, Mercedes Victoria
Matos Vicuña, Dante Jimmy
Sánchez Urdanivia, Fiorella Stephanie
Carbajal Montes, Katherine Lisett
Medina Ramos, Julissa Milagros
Espinoza Izaguirre, Natalia Ángela
Moreno Millán, Marco Antonio

Comisión de Imagen

Villasante Meza, Patricia Iliushka (directora)
Escalante Velarde, Giovanna Elizabeth
Vite Vigo, Vanesa Valeria
Loyaga Reyes, Dámaris Esther
Valencia Puma, Raúl Gustavo
Aliaga Tejeda, Andrea Gabriela
Pinao Elera, Alejandra Micaela
Marcos Balabarca, Andrés Gustavo
Celis Cano, Yadira Melissa
Villegas Fudino, Grace
Tuesta Bartra, Stefany Brigitte
Diaz Farfán, Golbert Arturo Miguel
Valdivia, José Luis
Quiróz Rodríguez, José Luis

Comisión de Economía

Delgado Pacheco, Vanessa Valentina (directora)
Ardiles López, Ana Luisa
Colán Félix, Mayra Cristina
Paredes Espinoza, José Julián
Flores Mariños, Manuel Martín
Diaz Puma, Raysa Mónica
Magán Ramón, Jorge Emilio
Alegria Vivanco, Pammela Lissette
Gomez Flores, Priscilla Muriel
Concha Takeshita, Alexandra del Carmen
Lara Medina, Eder Armando
Tafur Calle, Roxana Jackeline
Meza Rodríguez, Mariel Roxana



foro académico

Una década difundiendo cultura jurídica



**foro
jurídico**

Revista de Derecho
editada por estudiantes
de la Pontificia Universidad
Católica del Perú

12

Próximamente