

# LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Treinta años de la maestría  
en derecho constitucional  
de la Pontificia Universidad  
Católica del Perú





**LA CONSTITUCIÓN  
FRETE A LA SOCIEDAD  
CONTEMPORÁNEA  
TREINTA AÑOS DE LA  
MAESTRÍA EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**



# LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA TREINTA AÑOS DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE  
**POSGRADO**  
*Maestría en Derecho  
Constitucional*

DEPARTAMENTO  
ACADÉMICO DE  
**DERECHO**

CENTRO DE  
**INVESTIGACIÓN,  
CAPACITACIÓN Y  
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



**PUCP**

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

**Jefe del DAD**

David Lovatón Palacios

**Director del CICAJ-DAD**

Betzabé Marciani Burgos

**Consejo Directivo del CICAJ**

Renzo Cavani Brain

Erika García-Cobián Castro

Gilberto Mendoza del Maestro

**Equipo de Trabajo**

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Alexia Gaitán Meléndez

Larissa Donayre Serpa

Enrique Pimentel Palomino

Genesis Mendoza Lazo

*La Constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*

Coordinadora: Elena Alvites Alvites

Imagen de cubierta: Héctor Jara / Punto Edu

Primera edición digital: abril de 2021

© Pontificia Universidad Católica del Perú  
Departamento Académico de Derecho  
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú  
Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901  
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Mercedes Dioses Villanueva  
Diseño y diagramación: Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña

*Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.*

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-04605

ISBN: 978-612-48287-3-7

Los textos de esta publicación han pasado  
satisfactoriamente por un proceso de arbitraje doble ciego  
por pares externos internacionales



# CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b>	11
<b>LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS</b>	19
<b>PRIMERA SECCIÓN: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA</b>	
Apuntes históricos, conceptuales y jurisprudenciales sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales <i>José Enrique Sotomayor</i>	23
La relación entre el Derecho y la violencia como una paradoja teleológica <i>Aaron Verona Bajadoz</i>	53
<b>SEGUNDA SECCIÓN: DERECHOS FUNDAMENTALES</b>	
El interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el Perú: el camino hacia su efectiva aplicación y hacia el real reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos <i>Carolina Garcés Peralta</i>	75
«Los animales me importan»: una aproximación del constitucionalismo de la naturaleza al contexto peruano <i>Néstor Loyola Ríos</i>	119
¿Hogar, dulce hogar?: La privación de libertad de personas con discapacidad en casas particulares a partir de la sentencia Guillén Domínguez del Tribunal Constitucional peruano <i>Renato Antonio Constantino Caycho</i>	147
El reconocimiento constitucional del ejercicio público de la libertad de cultos en el Perú (1915) <i>Daniel Soria Luján</i>	177

### **TERCERA SECCIÓN: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS**

El proceso constitucional de acción popular contra la inclusión del enfoque de género en la educación escolar <i>Luis Huerta Guerrero</i>	205
El control constitucional de las políticas públicas como correlato de la exigibilidad de los derechos sociales <i>Lily Ku Yanasupo</i>	233
El Tribunal Constitucional y su importancia en el Estado Constitucional De Derecho peruano <i>Luis Roel Alva</i>	253

## PRESENTACIÓN

«De tiempo somos  
Somos sus pies y sus bocas  
Los pies del tiempo caminan en nuestros pies  
A la corta o a la larga, ya se sabe, los vientos del tiempo  
borrarán las huellas.  
¿Travesía de la nada, pasos de nadie? Las bocas del tiempo  
cuentan el viaje»<sup>1</sup>.

Las constituciones son los acuerdos jurídico-políticos más importantes de una comunidad, son sus normas básicas donde, aceptando la igual dignidad de sus integrantes y otros seres humanos, se reconocen derechos fundamentales y, con la finalidad de garantizar la plena satisfacción de estos, se establecen las reglas de organización del poder político, disponiendo cuál es el modelo de Estado y el régimen de gobierno. La base democrática de las constituciones, así como el ser la norma que acoge tanto los cimientos axiológicos del ordenamiento jurídico, cuanto las reglas para la producción de las demás normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico de la comunidad justifican su consideración como norma suprema del ordenamiento jurídico.

De otro lado, la afirmación del principio de supremacía brinda la máxima protección jurídica a los derechos fundamentales y a otros principios, como, por ejemplo, el principio democrático, el principio de balance y equilibrio de poder o el principio de dignidad humana. Estos derechos y principios, además, dan cuenta del sustrato axiológico que tienen las Constituciones de los Estados constitucionales y democráticos, en los que la validez y legitimidad de las acciones de los poderes públicos —y de los privados— se supedita al cumplimiento de los cánones constitucionales<sup>2</sup>. De esta forma, la constitución, como norma suprema del Estado y la comunidad, institucionaliza o limita la acción pública y, por la fuerza expansiva de sus dispositivos, también tiene eficacia en las relaciones que se entablan entre particulares.

Asimismo, como norma suprema que reúne el consenso político-normativo básico de una comunidad política, las Constituciones son normas que germinan para brindar estabilidad y permanecer en el tiempo; en esa medida, no expresan el consenso del pasado ni solo el actual, sino que deben considerarse verdaderos acuerdos intergeneracionales abiertos a realidades cambiantes. Eso justifica

---

1 Galeano, E. (2005). *Bocas del tiempo*. 2.ª ed., p. 1.

2 Aguiló, J. (2004). *La constitución del Estado constitucional*. Palestra, p. 52.

que sus dispositivos no estén acabados y, generalmente, sean formulados con estructura de normas principio para responder a realidades que cambian de forma permanente, porque como señala el profesor Konrad Hesse: «Si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente “abierto al tiempo”»<sup>3</sup>. En este escenario, la interpretación constitucional es esencial para aplicar y actualizar la Constitución, en un proceso abierto al tiempo y a los múltiples intérpretes, que la sitúa entre «la adaptación y la resistencia»<sup>4</sup>. Vale decir, a través de la interpretación se adapta a las exigencias de las nuevas realidades para seguir cumpliendo sus fines, pero, a la vez, los contenidos constitucionales son límites al abuso de poder, la arbitrariedad y la injusticia.

La Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), nació en el año 1990 para dar cuenta, precisamente, de la importancia, las características y los fines de las Constituciones; así como, para el estudio de la evolución del pensamiento constitucional, las diversas instituciones y categorías constitucionales, y para aportar al desarrollo del derecho constitucional peruano. Han transcurrido treinta años y dos textos constitucionales —Constitución de 1979 y Constitución de 1993—, cuyo estudio e interpretación han sido parte del trabajo y el debate académico que se despliega en las aulas y en las investigaciones de docentes y estudiantes de la maestría en Derecho Constitucional más antigua en América Latina.

En efecto, el plan de estudios de la Maestría en Derecho Constitucional, como la Constitución, se ha ido adaptando para incorporar nuevos temas y atender los retos actuales del derecho constitucional; así, además del estudio del pensamiento constitucional, la teoría del Estado y organización del poder, la teoría de la Constitución y la jurisdicción constitucional, se ha profundizado en la reflexión sobre la estructura, interpretación y protección nacional y convencional de los derechos fundamentales. De igual modo, se ha establecido un puente necesario entre la Teoría del Derecho, la argumentación jurídica y la interpretación de la Constitución, y se ha prestado especial atención a la labor que realizan los tribunales constitucionales. Se ha buscado también responder a los retos que el siglo XXI plantea a los textos constitucionales, pero también a aquellos que provienen de nuestra realidad, latinoamericana y nacional, marcada por la desigualdad estructural, la fragmentación política, la fragilidad institucional y por fenómenos perniciosos como la pobreza y la corrupción que se ensaña con grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, los adultos mayores, entre otros.

De esa forma, a lo largo de treinta años, la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP se ha ido configurando como un programa líder en la reflexión constitucional, principista y siempre abierta al tiempo, como la Constitución. En este programa confluyen sus docentes fundadores, y diversas generaciones de

3 Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho constitucional*. 2d.ª, Centro de Estudios Constitucionales, p. 18.

4 Häberle, P. (2017). *Tiempo y constitución. Ambito público y jurisdicción constitucional*. Palestra, p. 29.

docentes que son magísteres, doctores y doctoras comprometidos/as con el quehacer constitucional y con los principios constitucionales y democráticos. Diversos libros publicados y las veinticuatro ediciones de la revista *Pensamiento Constitucional* también son testimonio del trabajo realizado en este lapso temporal, al que ahora se suma *La Constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, publicación arbitrada en la que convergen docentes y egresados/as destacados/as de la Maestría en Derecho Constitucional.

Esta publicación se ha organizado en tres partes, que se corresponden con tres de las cinco líneas de investigación que adoptó la Maestría en Derecho Constitucional; estas son: i) interpretación constitucional y argumentación jurídica; ii) derechos fundamentales, y; iii) jurisdicción constitucional y protección multinivel de los derechos.

En ese marco, en la primera de la parte del libro encontramos los trabajos de los profesores José Enrique Sotomayor y Aarón Verona Badajoz. El primero, con su texto denominado «Apuntes históricos, conceptuales y jurisprudenciales sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales», nos acerca a tres formas de aproximarnos al deber de motivación de las resoluciones judiciales: la primera, de carácter histórico y en clave del derecho comparado, en la que se da cuenta de sus orígenes e incorporación al derecho constitucional peruano desde 1828; la segunda aproximación vincula el deber de motivación con los desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica, en la que se destaca su enfoque justificativo y el modo en que la motivación responde a análisis complejos que conjugan la estructura de los dispositivos, aplicable a cada caso concreto. Finalmente, la tercera aproximación que realiza Sotomayor es un examen crítico de los desarrollos del Tribunal Constitucional peruano sobre el deber de motivación de resoluciones judiciales, en el cual se valora el esfuerzo desplegado por este colegiado, pero se propone un modelo más sencillo para el análisis de las motivaciones constitucionalmente deficientes.

A su turno, el profesor Verona Badajoz, en el aporte denominado «La relación entre el derecho y la violencia como una paradoja teleológica», busca presentar alternativas de explicación a la paradójica relación entre derecho y violencia, surgida en el escenario del Estado-nación moderno. Como se desarrolla en el texto de Verona, esta alternativa, que busca superar una tensión de suma cero entre derecho y violencia, presenta al primero de estos como el anfitrión de la violencia, para legitimarla y regularla, aceptando su necesidad para el Derecho.

La segunda parte de nuestro libro está dedicada a los derechos fundamentales, incluye trabajos que, precisamente, buscan responder a los retos contemporáneos que estos derechos enfrentan. Así, la contribución de la profesora Carolina Garcés, denominada «El interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el Perú: el camino hacia su efectiva aplicación y hacia el real reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos», presenta y analiza el marco normativo y el desarrollo jurisprudencial, nacional e internacional, sobre el principio del interés superior del niño, como elemento central de la doctrina

de protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, a partir de este análisis propone criterios, para una adecuada interpretación y aplicación de dicho principio, considerando, por ejemplo, que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, pero aún permanecen en un contexto de vulnerabilidad y discriminación estructural.

A su turno, nuestro magíster Néstor Loyola, en su artículo «Los animales me importan: una aproximación del constitucionalismo de la naturaleza al contexto peruano», aborda la persistente relación que existe entre los seres humanos y los demás seres vivos, particularmente, los animales. El texto explora los argumentos a favor y en contra del reconocimiento de los animales como sujetos de derecho, para finalmente encuadrar su protección constitucional, como seres vivos sintientes, en el denominado constitucionalismo de la naturaleza, presente en las Constituciones latinoamericanas e, incluso, en las europeas. Desde esa perspectiva, se presenta y analiza la jurisprudencia constitucional comparada, y se establece un parámetro para estudiar el edificio constitucional peruano que, sin contener ninguna disposición específica referida a los animales, a partir de la interpretación conjunta del derecho al medio ambiente, la biodiversidad y la propiedad en su dimensión ecológica, sí acoge la obligación constitucional de protegerlos. Esta exigencia constitucional de protección a los animales, finalmente, de manera crítica, el autor la contrasta con los avances y retrocesos de nuestro Tribunal Constitucional.

El profesor Renato Constantino, por su parte, en su artículo denominado «¿Hogar, dulce hogar?: La privación de libertad de personas con discapacidad en casas particulares a partir de la sentencia Guillén Domínguez del Tribunal Constitucional peruano», nos sitúa frente a las afectaciones de la libertad personal que, de forma extendida, han padecido y padecen las personas con discapacidad en diversos espacios, como los centros psiquiátricos, las residencias especiales, los asilos o, incluso, en la casa familiar. En ese contexto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituye la piedra de toque a partir de la cual se cuestiona dichas prácticas de privación de la libertad; de esa forma, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reta a los ordenamientos jurídicos de los Estados Constitucionales a determinar en qué circunstancias se permitirán o prohibirán las intervenciones a la libertad personal dentro de los hogares y, de ser el caso, cómo el Estado puede cumplir con su papel de garante de los derechos a través de la supervisión. Ese es el marco en el que Constantino examina, de manera detallada y crítica, la sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el caso de Juan José Guillén Guevara Domínguez (STC 00194-2014-PHC/TC), una persona con discapacidad intelectual que se encontraba siendo privado de libertad en casa de su madre. Tal examen, como queda plasmado en el texto, permite al autor identificar los aspectos positivos de la sentencia, pero también destacar las omisiones en el razonamiento del Tribunal Constitucional, como, por ejemplo, aquella relacionada con el alcance de la privación de la libertad personal de una persona con discapacidad y, también, con la necesaria inclusión de la voluntad de la persona con discapacidad en el análisis de cada caso.

Finalmente, en esta segunda parte del libro, el profesor Daniel Soria, en su contribución «El reconocimiento constitucional del ejercicio público de la libertad de cultos en el Perú (1915)», nos ofrece una sistemática presentación y análisis de la reforma constitucional que reconoció, hace 105 años, la libertad de culto en el Perú, como una de las posiciones *iusfundamentales* garantizada por el derecho a la libertad religiosa. Antes de esta reforma, desde la Constitución de 1823 hasta la de 1862, la religión oficial era la católica, apostólica y romana, por lo que se prohibía el ejercicio de otras religiones, primero de manera absoluta y, posteriormente, solo en el ámbito público; en consecuencia, tal reforma constitucional supuso, como señala el autor, una manifestación del perfeccionamiento de los textos constitucionales en materia de protección a los seres humanos y sus derechos fundamentales. Para llegar a tal conclusión, en el artículo se presenta cómo estaba regulada la religión en las Constituciones peruanas antes de la reforma, así como el contexto social e ideológico que la propició; pero el centro del trabajo se verifica en la presentación de los elementos del proceso y debate parlamentario iniciado en 1913, y que llevó a la aprobación y posterior promulgación, en 1915, de la reforma a favor de la libertad de culto.

La tercera y última parte de este libro homenaje se refiere a la jurisdicción constitucional y la protección multinivel de los derechos. En esta última parte del libro, encontramos el aporte del profesor Luis Huerta que, en su artículo «El proceso constitucional de acción popular contra la inclusión del enfoque de género en la educación escolar», nos propone el examen del proceso de acción popular contra la inclusión del enfoque de igualdad de género en el Currículo Nacional de Educación Básica (CNEB), llevado a cabo entre enero de 2017 y abril de 2019. A partir del expediente judicial se exponen las etapas procesales y los principales argumentos de las sentencias emitidas en las diferentes instancias del proceso, hasta el pronunciamiento de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Este despliegue permite a Huerta dar cuenta de los principales aspectos teóricos del proceso constitucional de acción popular y también de cómo el enfoque de igualdad de género, en el CNEB, constituye una exigencia constitucional y convencional vinculada con la política educativa sobre el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

A su turno, nuestra magíster Lily Ku en su contribución denominada «El control constitucional de las políticas públicas como correlato de la exigibilidad de los derechos sociales», parte de evidenciar la necesidad de dar a las políticas públicas una dimensión constitucional; en particular, de aquellas políticas públicas cuyo ciclo —diseño, implementación y evaluación— se orienta a la protección y defensa de los derechos fundamentales, como es el caso de los derechos sociales. Así, en el artículo se desarrollan relevantes argumentos sobre la conexión entre las políticas públicas como instrumento de gestión de los Estados, y la realización de los derechos sociales. Asimismo, a través del análisis de jurisprudencia nacional y comparada, identifica cuál es el papel —limitado y no exceptos de riesgos— de los jueces constitucionales en las políticas públicas, considerando que

el control constitucional de las mismas puede inscribirse en la tesis que afirma la justiciabilidad de los derechos sociales.

Cierra el libro el aporte de nuestro magíster Luis Roel Alva, denominado «El Tribunal Constitucional y su importancia en el Estado Constitucional de Derecho peruano». En este artículo se identifican los elementos del diseño constitucional que hacen del Estado peruano un Estado constitucional y democrático, cuya supremacía debe ser garantizada por el Tribunal Constitucional. El papel relevante que cumple el Tribunal Constitucional, en la conservación del Estado Constitucional peruano, evidencia la importancia del proceso de selección y elección de sus integrantes, que debe obedecer a los principios de meritocracia, publicidad y transparencia; precisamente, ese es el marco en el que el autor analiza los contenidos de la Ley 31031 que reformó el procedimiento parlamentario para la elección de los y las integrantes del Tribunal Constitucional.

Todos los trabajos que forman parte de este volumen constituyen reflexiones académicas rigurosas, que han pasado la revisión de dos árbitros/as, en la modalidad de doble ciego, pero son, sobre todo, aportes al derecho constitucional peruano que deben celebrarse y agradecerse. De igual modo, quiero manifestar mi agradecimiento al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CI-CAJ) del Departamento Académico de Derecho de la PUCP, porque sin su apoyo esta publicación arbitrada, en homenaje a la Maestría en Derecho Constitucional, no hubiese sido posible.

También, en esa línea de agradecimiento, quiero manifestar mi reconocimiento y gratitud a mis predecesores en la conducción de la Maestría en Derecho Constitucional, mis queridos profesores y colegas César Landa Arroyo y Francisco Eguiguren Praeli, quienes han trabajado sostenidamente para hacer de la Maestría un programa de excelencia académica, comprometido con los principios y valores constitucionales, que contribuye desde hace 30 años a la formación de nuevas generaciones de abogados y abogadas dedicados, desde la academia y la práctica profesional, al desarrollo del Derecho Constitucional en el Perú. De igual modo, extendiendo este agradecimiento, por su labor de consejo y apoyo, a los docentes que acompañaron a los doctores Landa y Eguiguren en sus respectivos comités directivos, como ahora ambos acompañan, a la doctora Betzabé Marciani y a mí, en el actual comité directivo de la Maestría en Derecho Constitucional.

No quiero concluir esta presentación sin manifestar mis sentimientos de pesar por la grave situación que atraviesa nuestro país en relación con la pandemia del COVID-19, y el impacto que esta ha tenido en nuestra institucionalidad constitucional; desde marzo de 2020 hemos visto partir a más de 47 mil peruanos y peruanas, víctimas de la enfermedad y también de un sistema de salud olvidado desde hace más de treinta años. Asimismo, hemos visto restringidos, de manera severa, derechos fundamentales como la libertad personal, la libertad religiosa o el derecho a la educación, y también, en la conducta de nuestras autoridades, hemos contemplado, de manera absorta, el quebrantamiento de reglas y principios constitucionales que forman parte del régimen político previsto en la Constitución, particularmente, el principio del equilibrio de poderes. En esa medida, de

la actual incertidumbre y sufrimiento que este hecho causa en la vida social y el impacto devastador que está teniendo en los derechos de las personas —particularmente, de aquellas que antes de la pandemia afrontaban situaciones de vulnerabilidad—, vienen surgiendo los nuevos retos al constitucionalismo peruano, los mismos que deben ser afrontados con propuestas de dogmáticas constitucionales, que observen nuestra realidad y permitan, al cabo de doscientos años de vida republicana, la construcción de nuestro Estado constitucional, así como la efectiva e igual protección de los derechos fundamentales.

Finalmente, cierro esta presentación mencionando que otro de los efectos nocivos de la pandemia ha sido que esta publicación vea la luz recién en el año 2021, pero, a la vez, les invito, de manera entusiasta, a la lectura de los diferentes trabajos que conforman esta publicación, los mismos que ya son parte del viaje iniciado hace treinta años por la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP.

**Elena Cecilia Alvites Alvites**

Directora

Maestría en Derecho Constitucional

Lima, 8 de marzo de 2021



## LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

- AFADA: Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales
- APDC: Asociación Peruana de Derecho Constitucional
- APDC: Asociación Peruana de Derecho Constitucional
- C. P.: Código Penal
- CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos
- CCD: Congreso Constituyente Democrático
- CGBVP: Cuerpo General de Bomberos del Perú
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- CNEB: Currículo Nacional de Educación Básica
- Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
- D. L.: Decreto Ley
- DEGESE: Grupo de Derecho, Género y Sexualidad
- FISSAL: Fondo Intangible Solidario de Salud
- GIDCYDEF: Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales
- GLP: gas licuado de petróleo
- INPE: Instituto Nacional Penitenciario
- ISN: interés superior del niño/a
- LOTIC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
- NNA: niños, niñas y adolescentes
- PEAS: Plan Esencial de Aseguramiento en Salud
- T. C. Tribunal Constitucional
- T.G.C.: Tribunal de Garantías Constitucionales
- UIT: Unidad de Investigación Tutelar



**PRIMERA SECCIÓN**  
**INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y**  
**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**



## APUNTES HISTÓRICOS, CONCEPTUALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES\*

*José Enrique Sotomayor Trelles\*\**  
Pontificia Universidad Católica del Perú

El presente artículo aborda tres aproximaciones referidas al desarrollo del deber de motivación de las resoluciones judiciales: una de tipo histórico y comparado; una segunda de tipo analítico-teórico; y, finalmente, una tercera que supone una evaluación del desarrollo jurisprudencial del deber de motivación, por parte del Tribunal Constitucional peruano. De esta manera, se busca interrelacionar estas tres perspectivas a partir de la problematización de cuestiones tales como la función endoprosesal y extraprosesal del deber de motivación, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, las nociones de cadena y árbol de razonamiento, y la aplicación de herramientas lógicas para el análisis de la argumentación judicial.

El presente artículo aborda tres aproximaciones referidas al desarrollo del deber de motivación de las resoluciones judiciales: una de tipo histórico y comparado; una segunda de tipo analítico-teórico; y, finalmente, una tercera que supone una evaluación del desarrollo jurisprudencial del deber de motivación, por parte del Tribunal Constitucional peruano. De esta manera, se busca interrelacionar estas tres perspectivas a partir de la problematización de cuestiones tales como la función endoprosesal y extraprosesal del deber de motivación, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, las nociones de cadena y árbol de razonamiento, y la aplicación de herramientas lógicas para el análisis de la argumentación judicial.

---

\* Agradezco a la profesora Noemí Ancí por la revisión y comentarios detallados al texto. Asimismo, agradezco a los árbitros que revisaron el texto e hicieron agudos comentarios que me ayudaron a mejorar el contenido del artículo. Los errores y omisiones que persisten en este son de mi entera responsabilidad.

\*\* Abogado y magíster en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exbecario del Máster en Democracia Constitucional e Imperio de la Ley por la Universidad de Génova, Italia. Profesor de las maestrías en Derecho Constitucional y Derecho de la Empresa, así como del pregrado en Derecho de la PUCP. Ha sido profesor de la Academia de la Magistratura y de la Universidad Ricardo Palma. Correo electrónico: enrique.sotomayor@puccp.pe.

## 1. Introducción

«Cuando dijo esto, uno de los alguaciles que estaba cerca, dio una bofetada a Jesús, diciendo: ¿Así respondes al sumo sacerdote? Jesús le respondió: Si he hablado mal, da testimonio de lo que *he hablado* mal; pero si *hablé bien*, ¿por qué me pegas?». (Evangelio de Juan, 18, pp. 22-23).

La idea de que las personas deban contar con motivos o razones para sus actuaciones y decisiones, máxime si se relacionan con la situación o libertad de otros, parece ubicarse al centro de los presupuestos de una comunicación racional, es decir, de una en la que se enarbole algún tipo de pretensión de validez (*vid.*, entre otros, Habermas, 2018, pp. 31-33). También aparece como una de las exigencias más elementales de una concepción mínima de justicia en el trato con otros seres humanos (Forst, 2007, p. 295; 2012, pp. 1-3). Jesús atestigua bien estas ideas en el epígrafe incluido al inicio de este trabajo, pues en el pasaje citado solicita al alguacil razones de su comportamiento. En concreto, Jesús demanda una razón o motivo (en este momento todavía podemos emplear ambos términos de forma indiferenciada) que origine la sanción de la bofetada. El razonamiento guarda similitudes con el llamado silogismo jurídico: debe existir algún supuesto de “obrar mal” en el que ha incurrido el hijo de Dios, y tal supuesto debe contener como una de sus posibles sanciones una bofetada. La versión en latín permite enfatizar, con mayor claridad, la demanda argumentativa que expone Jesús: «Si male locutus sum, *testimonium perhibe* de malum [...]» (cursivas añadidas, citado en Aliste Santos, 2011, p. 66). Lo que demanda Jesús, entonces, es que tal estructura se haga explícita, esto es, que exista una razón para la bofetada.

Sin embargo, a pesar de tal conexión que parece, hasta cierto punto, evidente, en el Derecho, la relación entre motivación y decisión no ha sido abordada de un modo pacífico ni uniforme por parte de la doctrina y jurisprudencia. Su desarrollo histórico es, más bien, complejo e intrincado y aún, en la actualidad, la conexión entre motivación, argumentación y decisión es una cuestión hartamente discutida por la doctrina, teoría y filosofía del Derecho.

En lo concerniente al ordenamiento jurídico peruano, el deber de motivación de las resoluciones judiciales aparece consagrado como uno de los principios de la función jurisdiccional, enumerados en el artículo 139 de la Constitución (en concreto, se encuentra recogido en el inciso 5 de tal artículo). Pero no es solo su reconocimiento constitucional lo que da cuenta de su importancia central en nuestro ordenamiento jurídico. A tal reconocimiento se le suma la centralidad que ha adquirido, la que podríamos llamar una “cultura de la justificación” en el Derecho, en general, y en la labor de los jueces, en particular. Al respecto, sostiene Gorki Gonzáles que «[...] el poder del juez, para ser tal, debe garantizar que sus fallos se basen en argumentos en los que se demuestre que la opción asumida está fundada sobre el derecho y la razón» (2009, p. 86)<sup>1</sup>. Este elemento no siempre ha

1 También la Corte Constitucional colombiana ha enfatizado en la creciente relevancia del deber

sido un componente de la cultura jurídica judicial, como atestiguan trabajos como el de López Medina para el caso colombiano (2009, pp. 3ss.). Hoy, sin embargo, precisamente aquello que hace posible el control de la racionalidad de las decisiones jurídicas es el análisis sobre la motivación de las mismas. Esta se extiende, desde el punto de vista de Taruffo, a la comprobación de la verdad de los hechos, con base en un razonamiento probatorio<sup>2</sup>; a cuestiones de interpretación —por ejemplo, a la selección y justificación del empleo de determinados argumentos interpretativos<sup>3</sup>—; y, finalmente, a un control sobre la aplicación de la norma al caso concreto (2020, p. 91).

En el escenario hasta aquí delineado, el presente trabajo propone tres aproximaciones sobre la configuración del deber de motivación en nuestro escenario constitucional: una de tipo histórico-comparado, una segunda que retoma la relación entre el deber de motivación y los desarrollos de la contemporánea teoría de la argumentación jurídica y, finalmente, una tercera aproximación sobre el desarrollo jurisprudencial relacionado con el contenido del deber de motivación en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. Cada una de estas aproximaciones son abordadas en las secciones que componen el resto del presente artículo: mientras que en 2 se ofrece una síntesis de las líneas maestras del desarrollo histórico del deber de motivación, principalmente en sus desarrollos europeos; en la sección 3 nos sumergimos en los fundamentos básicos de las nociones de «motivación» y «argumentación», a partir de sus desarrollos en la contemporánea teoría de la argumentación jurídica. De especial relevancia resulta el concepto de «cadena de razonamiento», propuesto por Hernández Marín (entre otros trabajos, en 2013). Solo de esta forma se hace plenamente comprensible el desarrollo sobre el contenido y alcances del deber de motivación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, tarea que es abordada en la sección 4 del trabajo. Finalmente, en 5 se recogen las principales conclusiones del análisis emprendido a lo largo del artículo.

## 2. Desarrollo histórico del deber de motivación

La práctica de motivar decisiones destinadas a componer conflictos entre partes o, en el fuero criminal o penal, aplicar sanciones ante el incumplimiento de normas de mandato, se puede rastrear hasta tiempos lejanos de la antigüedad. Aliste San-

---

de motivación en el estado constitucional. Así lo señala, por tomar un ejemplo, en la Sentencia T-214-12, de marzo de 2012, donde apunta que «4.2. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia».

- 2 Por toda la creciente literatura sobre el tema en español, véase los ya clásicos textos de Gascón Abellán (2010) y González Lagier (2005). He abordado algunas cuestiones básicas relacionadas al razonamiento probatorio (en concreto, la relación entre el proceso y la búsqueda de la verdad) en Sotomayor (2019).
- 3 En este terreno, algunos de los aportes más importantes de las últimas décadas en la que podríamos llamar «teoría analítica de la interpretación jurídica», son debidos a las obras de autores como Riccardo Guastini (2018) y Pierluigi Chiassoni (2011). Asimismo, en español se cuenta con obras como la de Isabel Lifante (2018) o, para el caso concreto de la interpretación literal, Iturralde (2014).

tos (2011) ha desarrollado un extenso y bien documentado estudio sobre el desarrollo del deber de motivación en el mundo romano y medieval, y ha encontrado que, tanto en el derecho romano como en el visigodo y altomedieval, podemos encontrar importantes materializaciones del deber de motivación<sup>4</sup>.

Para el caso romano —siempre siguiendo a Aliste Santos—, el deber se configuraría por primera vez en el marco del procedimiento formulario, como atestigua el análisis propuesto por el autor del Bronce II de Botorrita, encontrado en las proximidades de Zaragoza, España, y que ha sido datado en el siglo I a. C. Dicha pieza da cuenta de un conflicto entre habitantes locales y foráneos con relación a la venta de un terreno para la construcción de una acequia (2011, pp. 45-47). Asimismo, con posterioridad y en el periodo de los *cognitio extraordinem*, «[...] diversos romanistas consideran que no solo continúa en práctica durante esta época [la garantía de motivación] sino que, además, el surgimiento de la apelación como medio de impugnación de sentencias ante un magistrado jerárquicamente superior, refuerza poderosamente su asentamiento forense» (ibíd., pp. 49-50). Para el siglo IV d. C., el deber pasa a encontrarse consagrado en normas como la Constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano (ibíd., pp. 51ss.). Finalmente, para el período altomedieval (aproximadamente hasta el siglo X d. C.), Aliste Santos menciona las *fazañas* de la región de Castilla la Vieja. Estas eran sentencias judiciales motivadas (ibíd. p. 62).

Basta las menciones históricas hasta aquí ofrecidas para acreditar que nos encontramos ante una institución de copioso desarrollo en el mundo europeo y occidental. No obstante, para no sucumbir ante las exigencias de precisión y rigor que requiere un estudio histórico serio, propio de historiadores del Derecho, en lo sucesivo nos concentraremos en los contornos más bien modernos del deber de motivación, tal y como se configura a partir del siglo XVIII.

Desde el punto de vista de la reconstrucción histórica, ofrecida por el profesor Michele Taruffo, el moderno deber de motivación se origina hacia la segunda mitad del siglo XVIII en Europa Continental (2006, p. 302), aunque es importante aclarar que los procesos históricos que desencadenan en su introducción, en uno y otro caso, son diversos y no responden necesariamente a un desarrollo homogéneo. Taruffo encuentra antecedentes interesantes en Italia, tanto en los jueces Longobardi como en las cortes de Pisa del siglo XII. Algo análogo ocurre con los pronunciamientos de los *Schöffengerichte* alemanes<sup>5</sup> (ibíd.). Veamos, pues, brevemente

4 Una afirmación similar es la que hace Díaz Sampedro (2007), citando las conclusiones a las que llegan especialistas como Biondi, Chiovenda o Visky (p. 61).

5 Los *Schöffengericht* son tribunales usualmente compuestos por un juez profesional y escabinos o jueces legos (García Moreno, 2002). A diferencia de los jurados o tribunales por jurados, en los que los jurados (legos) se pronuncian solo sobre la inocencia o culpabilidad del acusado, dejando reservada al juez las cuestiones de derecho y de determinación de la pena; los tribunales de escabinos admiten que los legos se pronuncien tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho. Castro Jofré ofrece una definición bastante precisa de las características de tal tipo de tribunal: «[...]el] escabinado es un tribunal integrado por jueces legos denominados escabinos y jueces profesionales quienes en conjunto, con el mismo derecho de voto, deciden sobre las cuestiones de hecho y de derecho relativas a la existencia de delito y participación punible del acusado, inclusive la pena» (2003, p. 260).

mente, la introducción histórica del deber de motivación, siguiendo de cerca la explicación ofrecida por el jurista de la Universidad de Pavia.

Para el caso francés, «[e]l principio de obligatoriedad de la motivación se establece por primera ocasión en el artículo 15, tít. V, de la ley del 16 de agosto de 1790 sobre la organización judicial y después se afirma en el artículo 208 de la Constitución del año III [aprobada en 1795]» (Taruffo, 2006, p. 304)<sup>6</sup>. Con anterioridad al período revolucionario, no se motivaban las decisiones judiciales, lo que desde el punto de vista de Chateau-Grine se debía a dos grupos principales de razones: los privilegios de los que gozaban los jueces del antiguo régimen, por un lado, y una dimensión religiosa y sacra que se atribuía a la administración de justicia, por la cual dicha labor se realizaba por la gracia de Dios, por otro lado (2018, p. 15).

En la medida que el deber de motivación era inexistente en Francia —tanto en la práctica como en la teorización— durante el periodo del *ancien régime*, Taruffo considera que estamos frente a un producto original de la ideología de la Revolución Francesa de 1789. La premisa parecía ser sencilla pero poderosa: un mecanismo esencial para controlar que el poder de aplicación del Derecho, por parte de los jueces, no se convierta en arbitrario, es a través de la exposición transparente de las premisas de su decisión, lo que solo es posible si tal exposición se hace obligatoria mediante algún tipo de mandato (Chateau-Grine, 2018, p. 16). No obstante, la motivación en la cultura jurídica francesa ha sido comprendida, históricamente, de una forma ligada a la operación del llamado «silogismo jurídico», lo que ha dado como resultado razonamientos escuetos en los que lo principal consiste en identificar la disposición aplicable, hacerla explícita y aplicarla al caso. En este extremo, el espíritu revolucionario como inspiración de enfoques exegéticos sobre la interpretación y mecánicos sobre la aplicación del Derecho, parece haber estructurado una alargada sombra sobre la cultura jurídica gala (*vid.* Sefton-Green, 2011; Van Caenegem, 2002, pp. 89ss.; Dainow, 1961, pp. 47-48; Wells, 1994, p. 92)<sup>7</sup>.

En el caso de Prusia, el desarrollo del deber de motivación siguió un proceso histórico distinto que el del caso francés. Aquí, el deber habría aparecido de la mano de la obligación de poner por escrito las razones de la decisión, destinado al conocimiento de las partes. Tal deber «[...] proviene del *Codex Fridericianus Marchicus*, redactado por Samuel von Coccej a petición de Federico II [...] publicado en 1748» (Taruffo, 2006, p. 305). A ello se sumó, más adelante, una ley de reforma general del proceso, promulgada por Federico Guillermo en 1793. Es interesante notar que, para Taruffo, en el caso prusiano, la exigencia de motivación tiene me-

6 Para el caso de la Constitución del año III, y como apunta Chateau-Grine, la motivación era restringida, pues solo se extendía a la mención de la ley aplicable al caso, sin hacer mención a los hechos ni al proceso de subsunción de los hechos dentro de la descripción ofrecida por la norma. En efecto, en su fórmula lingüística, el artículo 208 de la Constitución del año III establece lo siguiente: «les jugemens [...] sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée» (Chateau-Grine, 2018, p. 16).

7 Aunque, como matiza la misma Sefton-Green, los jueces franceses gozan en la actualidad de libertad para elaborar los grandes principios del Derecho. La autora pone como ejemplo la doctrina del enriquecimiento sin causa (2011, p. 92).

nos que ver con la ideología revolucionaria y democrática francesa, y más con una función esencialmente al interior del proceso, permitiendo que las partes comprendan el contenido de las decisiones y se pueda agilizar el procesamiento en segunda instancia (ibíd., p. 306). A diferencia de la justificación ideológico-política francesa, entonces, tenemos un fundamento basado en la racionalidad técnica del sistema de gobierno prusiano.

Un tercer caso llamativo es el de los Estados italianos. Aquí Taruffo encuentra una gran diversidad con relación a la condición de la motivación: de una parte, conviven casos en los que esta es secreta o inexistente; con otros, en los que es obligatoria e incluso pública. Asimismo, diversas reformas procesales transforman marcadamente la regulación sobre la materia. Ahora bien, a pesar de lo anterior, solo dos serían los casos en los que se introdujo la obligación de motivar donde antes no existía: en Nápoles en 1774 y en el *Codice giudiziario nelle cause civili per il Principato di Trento* de 1788 (García Figueroa y Gascón Abellán, 2003, pp. 134-135; Taruffo, 2006, p. 307; Conte, 2016, p. 56).

No se debe creer, sin embargo, que antes de la introducción del deber de motivación en Nápoles y Trento no existían antecedentes de su desarrollo en Italia. Como pasa con la mayoría de instituciones jurídicas de la tradición eurocontinental, rastrear los orígenes es una empresa siempre riesgosa y que se debe emprender con cautela. Por ejemplo, Benanti menciona un precedente más antiguo en su estudio sobre la temática. En concreto, se trata de una disposición florentina del 14 de mayo de 1532, dirigida al Consejo de Justicia local, por la cual se debía escribir, al pie de la sentencia, los motivos principales de la decisión. Si se incumplía con tal obligación, la sanción tenía carácter pecuniario (2012, p. 23). Esta no fue aislada, pues deberes análogos se encuentran en Piamonte, a partir de la Constitución de Carlos Manuel I, Duque de Saboya, de enero de 1615, aunque, en este caso, la motivación estuviese condicionada a la petición de las partes en controversias que revistiesen particular importancia (Benanti, 2012, pp. 28ss.).

Llegados a este punto de nuestro análisis, podemos trazar, por lo tanto, una distinción entre las funciones endoprocesales<sup>8</sup> y extraprocesales<sup>9</sup> del deber de motivación, que se corresponden, además, con los diversos cauces de su desarrollo histórico. Mientras que en Francia se pone énfasis en la legitimación democrática del juez, a través de la exposición de las razones de su decisión, en Prusia e Italia parece primar la finalidad de lograr un funcionamiento ordenado y racional de la administración de justicia. El primer fundamento — democrático e ilustrado — se relaciona con la función extraprocesal de la motivación, mientras que el segundo

8 De acuerdo con Taruffo, para la función endoprocesal, «[...] consiste en hacer que las partes se den cuenta con claridad del significado de la decisión, especialmente en la eventualidad de una impugnación, y en permitir que el juez de la impugnación valore de manera adecuada el fundamento de la decisión impugnada» (2006, p. 309).

9 De acuerdo con Taruffo, para la función extraprocesal, «[...] la principal función de la motivación, y por lo mismo la razón principal de la obligación correspondiente, consiste en permitir el control externo por parte de la opinión pública y de la sociedad en general, sobre los fundamentos y la legalidad de la decisión» (2006, p. 309).

—racionalidad y mejor funcionamiento del proceso— se vincula de cerca con la función endoprocesal de dicho deber. Vale agregar que, en su dimensión extra-procesal, el deber de motivación no solo garantizaba que los jueces tomaran sus decisiones basándose en las leyes y el derecho vigente, sino que, además, permitía que la opinión pública conozca las inferencias y proceso de pensamiento por el que transitó el juez antes de tomar una decisión. Esta obligación suponía una transformación tan profunda para la Italia del siglo XVIII, que llevó a que se formara una fuerte oposición y final abolición del deber general de motivación. Esta abolición se canalizó en una ley de 1791 (Taruffo, 2006, p. 308).

Cuando trazamos una comparación entre el entorno europeo continental, de un lado, y el de los países del *Common Law*, del otro, encontramos un contraste interesante: en estos últimos Estados no se consagró un deber de motivación de manera expresa, mientras que, como hemos visto, en los primeros así ocurrió hacia la segunda mitad del siglo XVIII. No obstante, esta ausencia en el *Common Law* convivió con una práctica bastante común de exposición de las razones para las decisiones judiciales (Taruffo, 2006, p. 316). Más aún, «en Inglaterra, la existencia de decisiones motivadas está documentada desde el siglo XII, a partir de los *Rolls* en los que se verbalizaban los procedimientos judiciales» (ibíd.). Esta práctica de motivación se extiende tanto a las sentencias de los jueces como a los veredictos de los jurados. En el caso de cortes colegiadas, lo común era que cada juez expusiera su posición a través de una opinión (*'opinion'*) por separado (esta práctica es llamada *seriatim*) (Levin, 1944, p. 512). Tal forma de proceder fue trasladada a los Estados Unidos, donde las primeras sentencias de la Corte Suprema se decidían a través del conteo de opiniones. Esta metodología decisoria, propia de los primeros años del tribunal, se fue transformando durante la presidencia de John Marshall, iniciada en 1801. La introducción de la «opinión de la corte» como un razonamiento unitario fue uno de los desarrollos más importantes en ese sentido, y estaba dirigido al empoderamiento de la Corte frente a los restantes poderes del Estado. En sus inicios, esta transformación recibió oposiciones importantes, como atestigua una carta del entonces presidente de los Estados Unidos, Thomas Jefferson, en la que exigía que las opiniones de cada juez pudieran someterse al escrutinio público (Garner, 2005, p. 707; Walker, 2005, p. 911).

En la actualidad, y desde el punto de vista que ofrece Sefton-Green (2011, pp. 90ss.), la motivación en el ámbito del *Common Law* posee una importancia adicional, pues se relaciona con el desarrollo jurisprudencial del sistema jurídico, lo que, a su vez, se vincula con un modelo de Derecho hecho por los jueces (*judge-made law*).

Finalmente, es relevante pasar revista sobre lo ocurrido en el caso español. Sobre esta cuestión, los análisis que nos ofrecen Murillo Villar y Malem Seña resultan iluminadores. Murillo Villar parte de la consagración constitucional del deber de motivación en el artículo 120.3 de la Constitución española de 1978, y traza sus antecedentes históricos por oposición a la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, publicada en 1805. Esta última es una compilación de derecho castellano y español que recoge 4 044 leyes, y dentro de la cual «[...] expresamente se pro-

híbe motivar las sentencias [...]» (Murillo Villar, 2012, p. 6). La cercanía temporal entre la Novísima Recopilación y la Constitución de Cádiz de 1812 ayudaría a explicar las razones (i) de la omisión de mención al deber de motivar en tal carta constitucional, así como (ii) la tardía aparición de dicho deber en el ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, antes aun de la existencia de la Novísima Recopilación, el rey Carlos III prohibió —mediante Real Cédula de junio de 1768— la motivación de las sentencias, tanto a la Audiencia como al resto de jueces de Mallorca (Malem Seña, 2001, p. 381). Esta práctica venía de antiguo, pues se había venido desarrollando en el derecho castellano entre los siglos XVI y XVIII. Desde el punto de vista de Malem Seña, las razones de esta prohibición eran variadas: economía procesal, exposición innecesaria a la crítica de litigantes y mayores posibilidades de ser objeto de sospecha. Estas razones suponen una amalgama de argumentos endo y extraprocesales, en los términos del análisis de Taruffo al que ya hemos hecho referencia. Finalmente, a estas se sumaba —al igual que el caso del *ancien regime* francés— la creencia de que la potestad jurisdiccional provenía de una imposición divina delegada a los jueces. Como concluye Malem Seña: «si la legitimidad de la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado le era conferida a los jueces por Dios, a través de la delegación del soberano, sus decisiones debían considerarse justas y, por lo tanto, no requerían ser fundadas» (ibíd.).

De esta manera, en la medida que en España no se desarrolla la práctica de la motivación hasta entrado el siglo XIX, un sucedáneo para sustentar la credibilidad y legitimidad de las resoluciones judiciales se encontraba en la especial valía moral de los jueces: «es como si la virtuosa vida privada que los jueces deberían llevar desde un punto de vista moral fuera una condición necesaria para que desarrollara correctamente, desde un punto de vista técnico, su propia función jurisdiccional» (Malem Seña, 2001, p. 380). Este modelo de juez virtuoso parece ser el origen de las especiales expectativas ciudadanas sobre el carácter de los jueces, y solo fue históricamente desplazado para el caso español, a partir del desarrollo del deber de motivación, primero en el derecho mercantil (con el Código de Comercio de 1829) y luego en otras ramas del Derecho, tales como el derecho penal, civil, entre otras (ibíd., p. 385).

Para terminar este sintético repaso por el desarrollo histórico del deber de motivación en algunos países, tenemos que en el Perú este no aparece expresamente recogido en las Constituciones de 1823 y 1826. Más bien, se encuentra por primera vez enunciado en el artículo 122 de la Constitución de 1828, que establece que «los juicios civiles son públicos: los jueces deliberan en secreto: las sentencias son motivadas, y se pronuncian en audiencia pública». Posteriormente, es consagrado en el artículo 123 de la Constitución de 1834, en el que se señala que «[...] las sentencias son motivadas, expresando la ley, y en su defecto, los fundamentos en que se apoyan». La misma redacción aparece en el artículo 125 de la Constitución de 1839. En tercer término, el deber se recoge en el artículo 128 de la Constitución de 1856 («Las sentencias serán motivadas, expresándose la ley o fundamentos en que se apoyan»); y, en términos prácticamente idénticos, en el artículo 127 de la Cons-

titución de 1860; 125 de la Constitución de 1867; 154 de la Constitución de 1920; y en el artículo 227 de la Constitución de 1933. Finalmente, aparece como una de las garantías de la administración de justicia del artículo 233 de la Constitución de 1979. En concreto, el numeral 4 de dicho artículo señala que «son garantías de la administración de justicia [...] la motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan». En la medida que la evolución nacional del deber de motivación toma como principales referentes a los desarrollos europeos, podemos conjeturar que en las consideraciones de los distintos constituyentes históricos peruanos se encontraba, también, una amalgama de funciones endo y extraprocesales atribuidas al deber de motivación.

¿Qué cuestiones resulta relevante extraer como síntesis de este repaso histórico sobre el desarrollo del deber de motivación? Desde nuestro punto de vista, tres son los hitos fundamentales. En primer lugar, que el deber de motivación, a través de su desarrollo histórico, ha sido asociado a funciones endo y extraprocesales; es decir, a funciones que se relacionan con las partes de un proceso y con la dinámica propia del mismo, de una parte, y a funciones que se relacionan con el control externo de la motivación, de faz a la sociedad en general y de la opinión pública en particular, como ocurre con la faceta extraprocesal. En segundo lugar, que el deber de motivación aparece de forma relativamente tardía en España y ello va asociado al empleo de un sucedáneo encargado de brindar legitimidad a las decisiones de los jueces. Tal sucedáneo se encontraba en la valía moral de estos, lo que nos lleva directamente a la discusión acerca de modelos normativos sobre qué representa un buen juez, y al debate sobre las virtudes que este podría o debería exhibir (si es que se le puede exigir alguna). Dicha cuestión, asimismo, se relaciona con la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, asunto que abordaremos más adelante en nuestra discusión desde un enfoque de teoría y filosofía del Derecho. Finalmente, un tercer aspecto relevante está referido al ordenamiento jurídico peruano, en el que se comienza a consagrar el deber de motivación en un rango constitucional desde 1828 y, desde entonces, su presencia ha sido una constante en nuestras cartas constitucionales.

### **3. La motivación y la teoría de la argumentación jurídica: el contexto de justificación y la noción de cadena de razonamiento**

Como mencionamos en la sección anterior, durante mucho tiempo, las funciones del deber de motivación eran cumplidas por la valía moral de los jueces. Esto es especialmente claro en el caso español hasta el siglo XIX. La valía moral desempeña, en este entramado, una función del siguiente tipo: «en la medida que el comportamiento público de los jueces es intachable, este es un indicio que nos dice que es razonable esperar que tengan buenas razones para tomar las decisiones que toman». Esta confianza depositada en la justicia de las razones del juez asocia su capacidad para resolver un caso con virtudes tales como la prudencia. En buena cuenta, no sabemos las razones para la toma de decisiones, pero confiamos en que estas se adecúan a la búsqueda de justicia.

No obstante, al no conocer la exteriorización lingüística de los argumentos para la decisión, en el pensamiento del juez se pueden amalgamar prejuicios, animadversiones de diverso tipo, factores ideológicos, entre otros. A este enfoque podemos oponer la que Ferrer y muchos otros llaman «concepción racionalista de la motivación» (2011, p. 93). En esta nos interesa más bien la justificación de la decisión, pero no solamente una justificación existente pero no formulada, sino una que sea expresamente formulada en una resolución judicial. En el primer caso, estaríamos ante un juez virtuoso que tiene buenas razones para su decisión pero que no las expresa para un control intersubjetivo, mientras que en el segundo caso, el juez articula y expone las razones en estructuras lingüísticas que componen la sentencia o resolución.

Es momento, pues, de pasar a discutir algunas cuestiones propias de la teoría y filosofía del Derecho vinculadas a la motivación y argumentación de decisiones judiciales. En este terreno, nuevas aproximaciones de estudio han mostrado algunas insuficiencias de la teoría procesal sobre la motivación de resoluciones judiciales<sup>10</sup>. Entre estas se encuentra un aparato conceptual insuficientemente preciso como para establecer un análisis profundo de los componentes de una buena motivación. No obstante, la principal deficiencia es indicada por autores como Roger Zavaleta (2014, pp. 20-21), quien considera que la teoría procesal de la motivación habría olvidado que esta es, esencialmente, una práctica argumentativa, es decir, una práctica en la que la corrección de una decisión judicial se encuentra en relación directa con la calidad de las razones preeminentemente jurídicas que se esbozan para su defensa (es decir, que se trate de decisiones conformes con las reglas jurídicas vigentes, como señala Hernández Marín, 2013, p. 103).

Ahora bien, el trabajo de ofrecer una panorámica completa, seria y exhaustiva de la teoría de la motivación, desde un enfoque de teoría y filosofía del Derecho, es una tarea que excede las pretensiones de un ensayo, y que es más propia de una obra de mayores pretensiones y alcance. Por ello, en este trabajo deseo subrayar solo dos de las cuestiones más importantes de la motivación desde un enfoque argumentativo: la primacía de un enfoque justificativo, en el que se estudian las razones más que los motivos psicológicos, o de otro tipo, para la toma de decisiones; y, por otro lado, mostrar de qué manera la motivación se encuentra en función de la complejidad de los análisis involucrados, los que —finalmente— son reconstruidos a partir de la estructura de las disposiciones normativas involucradas en un caso concreto. Al análisis de ambas cuestiones se aboca lo restante de esta sección.

Sobre el primer asunto arriba mencionado, podríamos decir que, a grandes rasgos, motivar una sentencia es ofrecer un conjunto de razones para la toma de una decisión. Estas razones deben, además, estar basadas, principalmente, en el Derecho vigente, así como en el establecimiento de los hechos que configuran instancias particulares de la descripción, en términos de clases, que se

---

<sup>10</sup> Insuficiencias análogas, es decir, relacionadas con defectos analíticos en la doctrina procesal, se encuentran en un reciente artículo de Cavani (2017) sobre la noción de «resolución judicial».

establece en el enunciado normativo (*vid.*, en el mismo sentido, Zavaleta, 2014, pp. 18-19).

Lo primero que deberíamos aclarar, entonces, es qué entendemos por razones, pues podríamos estar frente a un caso de ambigüedad semántica. Como apuntan García Figueroa y Gascón Abellán, al emplear el término «motivación», podríamos estarnos refiriendo a «razones para la decisión» o a «motivos sobre los que se apoya la decisión» (2003, p. 135). La diferencia no es menor, pues mientras que «[...] un motivo parece ser, en principio, la causa psicológica por la que una acción tiene lugar» (*ibíd.*, p. 136), las razones relevantes para la argumentación jurídica (y para el deber de motivación) son del orden de los fundamentos jurídicos. Mientras que podemos explicar las motivaciones personales de un juez para decidir en determinado sentido en sus afecciones personales, ideología política, entre otros factores subjetivos; analizamos sus razones a partir de los enunciados lingüísticos —y, en principio, nada más que estos— que aparecen en una sentencia o resolución judicial. Por esta razón, es común encontrar que, en la teoría de la argumentación, se traza una distinción entre el llamado «contexto de descubrimiento» y el «contexto de justificación». Esta distinción fue importada a la teoría del Derecho por Richard Wasserstrom (1961) —en el contexto de un conjunto de críticas propuestas por dicho autor contra las teorías realistas de la decisión judicial (*vid.* Anderson, 1995; Accatino, 2002)— a partir de ciertos desarrollos de la filosofía de la ciencia del siglo XX, y, en concreto, a partir de la obra de Hans Reichenbach (Reichenbach, 1938. Para comentarios *vid.*, entre otros, Atienza, 2015, p. 100; Aliseda, 2015, pp. 4-5; 2014, pp. 13ss.).

En su versión más simplificada, mientras que el contexto de descubrimiento se refiere a las motivaciones psicológicas y sociológicas que nos ayudan a explicar una decisión determinada —las causas de una decisión, que, finalmente, nos ofrecerán razones explicativas—, el segundo se interesa en las razones para la decisión, en su calidad y consistencia (esto es, entendidas como razones justificativas)<sup>11</sup> (en el mismo sentido Zavaleta, 2014, pp. 198ss.). En otro trabajo he desarrollado, con mayor extensión, los múltiples problemas asociados a mantener esta distinción con demasiada rigidez<sup>12</sup> (Sotomayor, 2020), por lo que aquí resta señalar que el énfasis fundamental del deber de motivación jurídica se encuentra en el contexto de justificación, es decir, en el ofrecimiento de las razones que fundamentan una decisión.

Ahora bien, pasando a la segunda cuestión que cabe analizar aquí, y centrándonos en el plano de las razones y no en los motivos de la decisión, podríamos señalar que, en una resolución judicial, encontramos cadenas de razonamientos,

11 En comparación con el caso del Derecho, en el contexto de la filosofía de la ciencia, «Mientras que el primero [el contexto de descubrimiento] tiene que ver con preguntas sobre el origen y génesis de las teorías científicas, el segundo [el contexto de justificación] aloja a las preguntas epistémicas y metodológicas *propias* de la Filosofía de la Ciencia, aquellas que tienen que ver con las razones y métodos que hacen verdaderas y confiables a las teorías científicas» (Aliseda, 2015, p. 4, las cursivas son de la autora original).

12 También Manuel Atienza ha enfatizado el mismo punto en (2015).

que, en general, están compuestas por tres tipos de enunciados: (i) premisas iniciales, (ii) conclusión final y (iii) otros enunciados, que pueden ser premisas no iniciales o conclusiones intermedias que sirven como premisas para otros razonamientos de la cadena general (Hernández Marín, 2013, pp. 65ss.; 2019, p. 104)<sup>13</sup>. Esta distinción ha sido desarrollada de forma análoga —aunque con comprensibles particularidades— en el ámbito del razonamiento probatorio por autores como Anderson, Schum y Twining (2015, pp. 125ss.).

Como se podrá entrever, las cadenas de razonamientos que se expresan en resoluciones judiciales pueden ser más o menos complejas, en función de las características particulares del caso y de los problemas que este presente. Un caso especial de ello ocurre cuando se presentan reenvíos o supuestos en los que un concepto X, empleado por una primera disposición normativa, se encuentra definido en otra<sup>14</sup>. Por ejemplo, si para acreditar que me encuentro frente al supuesto de hecho de la norma  $N_1$  debo primero acreditar que un sujeto o situación  $S_1$  forma parte de una enumeración propuesta en una segunda norma  $N_2$ , lo correcto será comenzar por un análisis de subsunción relacionado con la norma  $N_2$ , a partir de cuya conclusión recién podré iniciar el análisis de la norma  $N_1$ .

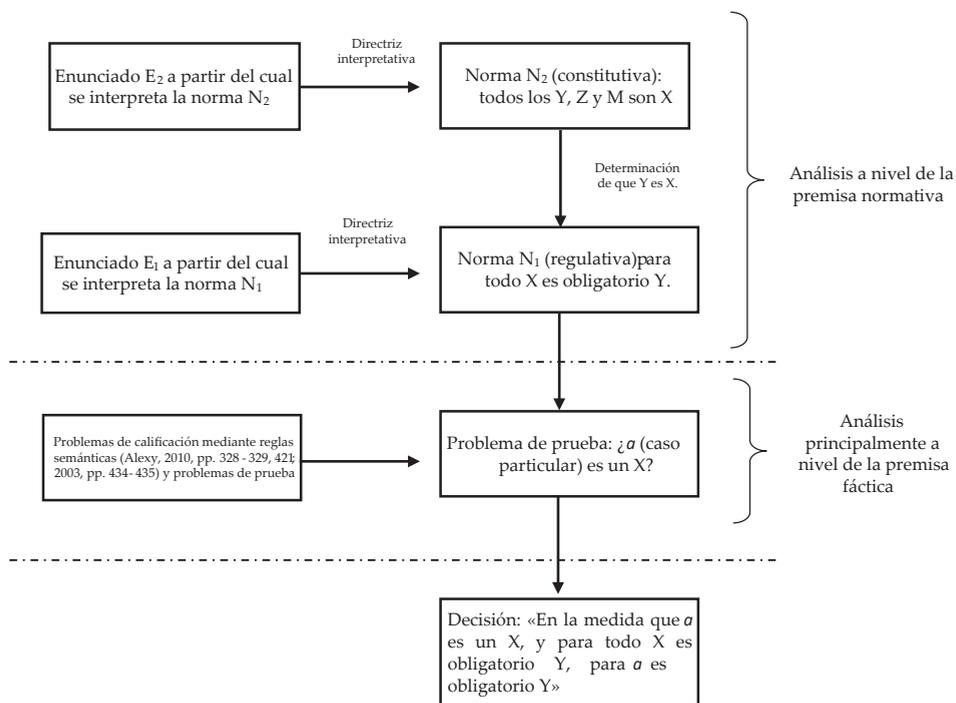
Lo hasta aquí señalado, incluso, no toma en consideración los diversos problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación que podría presentar un caso (MacCormick, 2003, pp. 77-93), ni el hecho de que se pueden intercalar normas regulativas y constitutivas relevantes para el análisis de un mismo caso (*vid.*, entre otros, Atienza y Ruiz Manero, 1996; Ródenas, 2017, pp. 15-25; Pérez Lledó, 2017, pp. 27-45).

Por todo ello, parece que la teorización sobre el deber de motivación debería partir del reconocimiento de que es posible encontrarse frente a un caso difícil en diversos niveles de análisis. Más aún, en los casos problemáticos por la complejidad de la cadena de razonamiento involucrada, como los que hemos analizado en los párrafos precedentes, encontramos una dificultad distinta a la que nos ofrecía la conocida tipología cuatripartita de Neil MacCormick: si para dicho autor los casos problemáticos dependen de si la dificultad se encuentra en la premisa fáctica o normativa, en este nuevo supuesto la dificultad emerge por la misma estructura de reenvío, propia de determinadas normas jurídicas. El ejemplo hasta aquí esbozado puede ser representado a partir del siguiente gráfico:

13 El mismo autor diferencia entre cadenas y árboles de razonamientos. Mientras que, en la cadena de razonamientos, dos razonamientos se encuentran encadenados cuando uno de ellos es una premisa del otro, en los árboles de razonamientos, un conjunto de premisas iniciales se van encadenando en ramas separadas que en algún momento se conectan en un tronco común de un razonamiento que deriva en la conclusión final. No obstante, en el marco de este trabajo no se hace necesario mantener el empleo de ambos términos por separado (2013, pp. 66-76).

14 En lo sucesivo, y por conveniencia, hago un uso flexible y, por momentos, intercambiable entre las expresiones «disposición o enunciado normativo», de un lado, y «norma», del otro. No obstante, es importante aclarar que, siguiendo una distinción bien asentada en la teoría del Derecho, la «disposición» es un «[...] enunciado normativo contenido en una fuente del derecho», mientras que la «norma» es el contenido de significado adscrito a la disposición (Guastini, 2018, p. 77).

Gráfico 1: Complejidad de las cadenas de razonamiento



Elaboración: propia.

En este punto se hace relevante una acotación: lo que en el gráfico se llama «reglas semánticas» (o «reglas para el uso de las palabras», como Alexy las llama en *Teoría de la argumentación jurídica*) son básicamente reglas que establecen equivalencias en el empleo de determinados conceptos. De acuerdo con el análisis propuesto por Alexy (2003, pp. 434-435), las reglas semánticas nos permiten conectar al concepto empleado para expresar el antecedente de una norma (T), con el concepto usado para describir un caso (S). De esta manera, mediante sucesivas aplicaciones del «silogismo hipotético» y, finalmente, de una inferencia de tipo *modus ponens*, ambas formas de argumento lógicamente válidas, se puede dar cuenta de la justificación interna del razonamiento de un caso (*vid.*, también Alexy, 2007, pp. 306-318).

El ejemplo propuesto por Alexy (aunque aquí levemente modificado) es el siguiente:

- (1) Quien comete un homicidio (T), será castigado con una pena privativa de libertad de 20 años (OR)
- (2) Quien traicioneramente mata a un ser humano ( $M^1$ ), comete homicidio (T).

- (3) Quien conscientemente toma ventaja de la condición confiada e indefensa de la víctima, para matarla ( $M^2$ ), mata traicioneramente a un ser humano ( $M^1$ ).
- (4) Quien mata a una persona dormida en ausencia de cualquier precaución defensiva especial tomada por la víctima (S), toma conscientemente ventaja de la condición confiada e indefensa de la víctima, para matarla ( $M^2$ ).
- (5) *a* ha matado a una persona dormida en ausencia de cualquier precaución defensiva especial tomada por la víctima (S).
- (6) *a* debe ser castigado con una pena privativa de libertad de 20 años (OR).  
de (1) a (5) por SH y MP.

En el ejemplo citado, cada equivalencia semántica que se establece en una de las premisas del razonamiento —por ejemplo: «quien mata a una persona dormida en ausencia de cualquier precaución defensiva tomada por la víctima (S), toma conscientemente ventaja de la condición confiada e indefensa de la víctima, para matarla ( $M^2$ )»— debe contar con un argumento de respaldo que sustente la equivalencia. Dicho argumento no forma parte del razonamiento de la cadena principal, sino de las cadenas auxiliares que nos llevan a la conclusión de que la conducta de *a* corresponde a la clase a la que pertenece la última acción de la cadena de equivalencias semánticas. En el ejemplo concreto, «*a* ha matado a una persona dormida en ausencia de cualquier precaución defensiva especial tomada por la víctima», lo cual —remontándonos en el razonamiento— nos lleva a que *a* ha cometido homicidio. En términos maccormickianos, las reglas semánticas corresponden a problemas de calificación.

Considero que la noción de «reglas semánticas» es importante en el análisis de la motivación por tres razones: (i) primero, porque la descripción del caso, que se realiza a partir de los medios probatorios, no contiene necesariamente los mismos términos que se emplean en los enunciados normativos de las reglas aplicables. En tal medida, los jueces deben establecer equivalencias conceptuales para «arribar» al texto de la disposición, a partir de la información que aportan los medios probatorios. Esta labor puede ser muy complicada, principalmente, en aquellos casos en los que las disposiciones normativas emplean expresiones vagas o valorativamente cargadas<sup>15</sup>. (ii) En segundo lugar, las «reglas semánticas» muestran que cada desplazamiento conceptual requiere el ofrecimiento de razones, las que pueden ser controladas mediante la motivación. Es aquí donde la doctrina y la jurisprudencia juegan un rol importante, pues es en su desarrollo que se suelen encontrar razones para el empleo de determinadas equivalencias. Por ejemplo, ¿por qué considerar que «quien mata a una persona dormida en ausencia de cualquier precaución defensiva especial tomada por la víctima, ha sacado conscientemente ventaja de la condición confiada e indefensa de la víctima para matarla?». El análisis de estas cuestiones forma parte de los problemas de la justificación

<sup>15</sup> Esta es la razón por la que muchos problemas que erróneamente se entienden como problemas de prueba, en realidad, corresponden a la calificación jurídica de los hechos (Taruffo, 2006, p. 221).

externa y, en tanto, tales deben contar con argumentos auxiliares para su fijación. Finalmente, (iii) a pesar de que las reglas de equivalencia requieren una justificación material, mostrar la estructura o forma de la justificación interna, a través de la operación sucesiva de reglas semánticas, nos muestra que, finalmente, la solidez del razonamiento de un caso puede ser reconstruida a partir de la noción de inferencia lógica.

Analicemos un ejemplo que lleve al terreno práctico lo visto a nivel conceptual hasta este punto: se trata del caso de Guillermo Lebrum Madge, representante legal de la empresa Alfa Gas S. A. Este fue condenado como cómplice primario del delito de peculado de uso doloso, contemplado en el primer párrafo del artículo 388 del Código Penal peruano. Posteriormente, Lebrum interpuso una demanda de revisión, por motivo de prueba nueva, contra la sentencia de condena. La resolución de tal demanda, de noviembre de 2018, tuvo como ponente al magistrado San Martín Castro (Revisión de Sentencia N.º 503-2017/Callao). En lo sucesivo, seguiremos de cerca los argumentos expuestos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El señor Lebrum, en su condición de representante legal de la empresa Alfa Gas S. A., acordó con Alejandro Navarrete, comandante departamental de la V Comandancia del Cuerpo General de Bomberos del Perú (CGBVP), para que este le autorice el uso de motobombas del CGBVP «en beneficio de las actividades particulares de la empresa que representaba». Como respuesta, el comandante Navarrete recibió una contraprestación dineraria que, de acuerdo con los fundamentos de hecho de la resolución, «no se ingresó a la institución agraviada». Todo ello ocurrió entre los años 2011 y 2012.

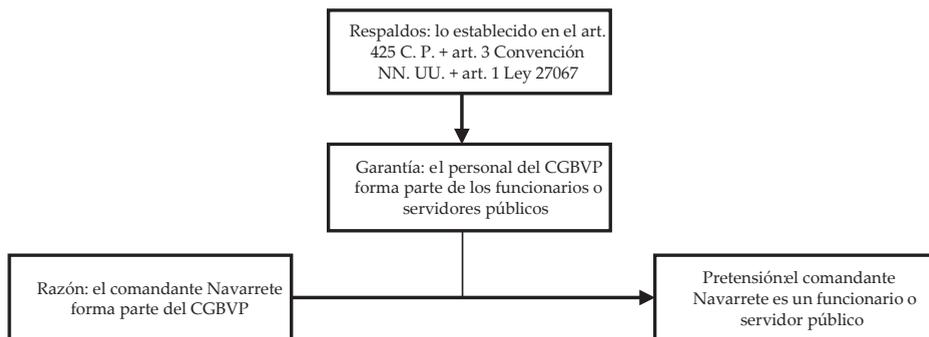
El artículo 388 del Código Penal peruano hace referencia al delito de peculado de uso, y establece que: «*El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menos de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa*» (cursivas añadidas).

Por su parte, un listado sobre quiénes se consideran «funcionarios o servidores públicos», a efectos de la normativa penal, se encuentra en el artículo 425 del Código Penal. En esta condición se encuentran (1) los que están comprendidos en la carrera administrativa, (2) los que desempeñan cargos políticos o de confianza, (3) todo aquel que, con independencia del régimen laboral en que se encuentre, mantiene un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, entre otros. En la sentencia condenatoria inicial, se consideró que el personal del CGBVP, en efecto, formaba parte de los funcionarios o servidores públicos, por lo que además de condenar al comandante Navarrete, correspondía condenar a Lebrum como cómplice primario. El argumento para ello se desarrolló a partir del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, que establecía: «[...] funcionario público es toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público». El argumento

también se basó en la Ley 27067 que, en su artículo 1, establece que el CGBVP «es una entidad con personería jurídica de derecho público interno».

En términos un tanto rudimentarios, hasta aquí podemos representar al argumento de la sentencia original en lo referente a la condición de funcionario o servidor público del comandante Navarrete, mediante el siguiente diagrama de Toulmin (Toumin, Rieke y Janik, 1984).

**Gráfico 2: Diagrama de Toulmin sentencia caso Lebrum**

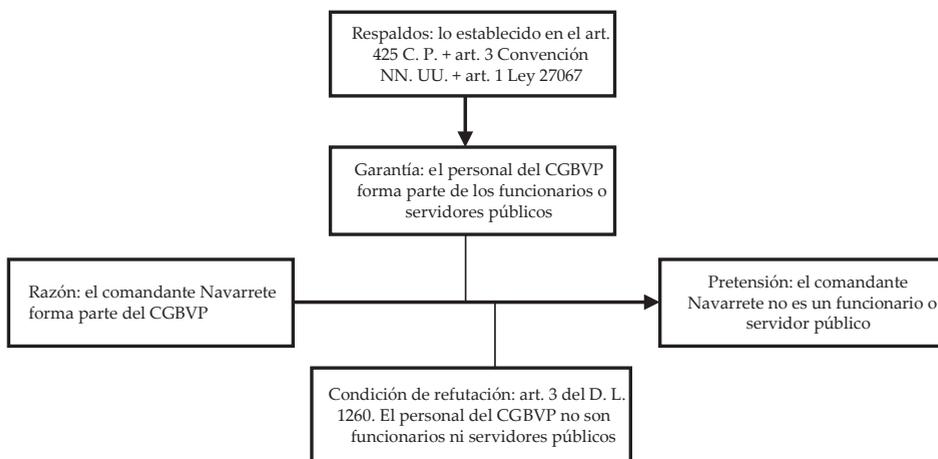


Elaboración: propia, a partir de Toulmin (2019, pp. 126-136).

Luego de que se sentenciara el caso, Lebrum interpone la demanda de revisión, que venimos analizando, en diciembre de 2017, pues considera que ha aparecido prueba nueva (artículo 439, inc. 4 del Código Procesal Penal). Su argumento era que, luego de la emisión de la sentencia condenatoria, se publicó el Decreto Legislativo 1260 (en diciembre de 2016), cuyo artículo 3 estipulaba expresamente que «[...] los miembros del Cuerpo General de Bomberos no son funcionarios ni servidores públicos» (artículo 3). Desde el punto de vista de Lebrum, en la medida que los miembros del CGBVP no podían ser considerados bomberos, no cabía la posibilidad de que cometieran el delito de peculado de uso del artículo 388 C. P. peruano. El D. L. 1260 no existía al momento de la condena, por lo que correspondía su incorporación como un hecho nuevo. La Corte Suprema considera que «el concepto de “hecho” es amplio. Incluye todo acacimiento histórico y, como tal, puede serlo los hechos jurídicos». En tal medida, se concluye que el D. L. 1260 puede ser considerado como un hecho jurídico.

Veamos brevemente el argumento de Lebrum, en una versión libre y simplificada, desde el punto de vista del diagrama de Toulmin:

**Gráfico 3: Diagrama de Toulmin contraargumento de Lebrum**



Elaboración propia, a partir de Toulmin (2019, pp. 126-136).

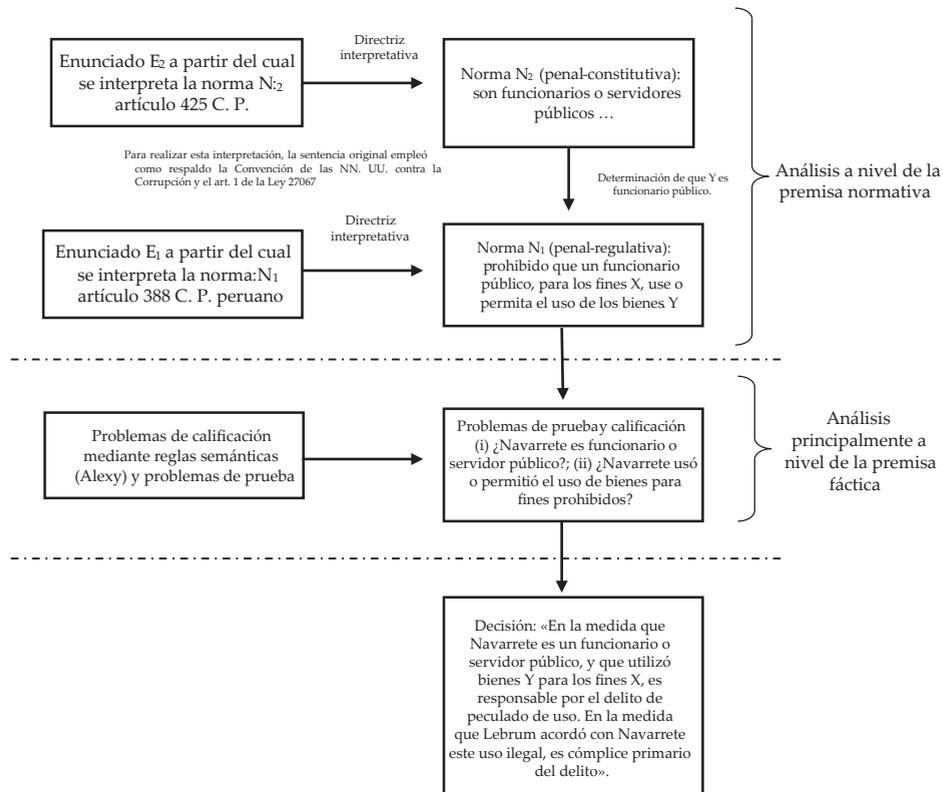
En su razonamiento sobre el caso, la Corte Suprema señala que el artículo 425 C. P. incorpora una noción amplia de «funcionario o servidor público», que va más allá de quienes integran la carrera administrativa. Por ello, la Corte sostiene que el Código Penal acoge un concepto funcional y autónomo sobre lo que es un funcionario o servidor público. La amplitud del concepto penal radica en la inclusión (i) de quienes «con independencia de su régimen laboral presten servicios en organismos públicos en general [...] y en su mérito ejerzan funciones en ellas», y (ii) a quienes son designados por una autoridad competente «para desempeñar funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades».

En el contexto del argumento desarrollado por la Corte Suprema, entonces, no basta con que el D. L. 1260 establezca que los bomberos no son funcionarios públicos, sino que se requiere analizar de manera integral la función que desempeñan, la naturaleza del servicio que brinda la institución, así como «las reglas jurídicas respecto de los bienes asignados para el cumplimiento de sus funciones». El concepto penal de «funcionario o servidor público» posee, desde el punto de vista de la Corte, dos componentes: (1) participación en el ejercicio de funciones públicas, y (2) título que habilite dicha participación (revisión de sentencia N.º 503-2017/Callao, fundamento quinto). Sobre este segundo elemento, señala que el título puede provenir de tres fuentes distintas: (2.1) disposición de una ley, (2.2) elección, o (2.3) designación o nombramiento por una autoridad competente.

En la medida que (1) «los bomberos participan en el ejercicio de una función pública», y (2) poseen un título habilitante establecido por ley (2.1), la Corte concluye que estamos ante funcionarios o servidores públicos en los términos penalmente relevantes. Por tal motivo, se declara infundada la demanda de revisión interpuesta por el señor Lebrum y se ordena el archivo de las actuaciones del proceso.

Podemos representar la decisión analizada de la siguiente manera:

**Gráfico 4: Cadena de razonamiento del caso Lebrum**



Elaboración: propia.

Lo que nos muestra este somero análisis del caso Lebrum es que la motivación de una resolución judicial se desenvuelve en varios niveles distintos de análisis: (i) en algunos casos, la cuestión se vincula con el ofrecimiento de razonamientos para justificar la elección de determinada interpretación de una disposición o conjunto de disposiciones normativas —aquí la pregunta es: ¿por qué decido interpretar la disposición D<sub>i</sub> mediante la directriz interpretativa I<sub>i</sub>, obteniendo la norma N<sub>i</sub>?—; (ii) en otros casos, se trata de la relación entre más de una norma, cuya interpretación conjunta se requiere para dar una respuesta al caso —como en la combinación de los artículos 388 y 425 C. P. del caso Lebrum—; finalmente, (iii) en un último grupo de casos, la cuestión tiene que ver con la probanza de los hechos sobre la ocurrencia de aquello contemplado en la premisa normativa. Todos estos problemas exhiben que el deber de motivación se despliega a lo largo de toda una resolución judicial, haciendo necesario un análisis minucioso de cada

paso en la estructura global del argumento. Precisamente por ello, la teoría de la argumentación jurídica ofrece herramientas para el análisis argumental de la motivación, tales como el análisis de la justificación interna, compuesto —*grosso modo*— por reglas de inferencia lógica, esquemas inferenciales de razonamiento y pautas lógicas; o el de la justificación externa, compuesta por pautas para el abordaje de casos problemáticos, para el empleo de doctrina y precedentes, entre otros (*vid.* Wróblewski, 1971, p. 412).

La siguiente sección analiza, brevemente, de qué manera el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado una teoría sobre la motivación de las resoluciones judiciales. Adelantamos que, aunque dicha teoría embebe de los desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica —algunos de los cuales hemos expuesto en esta sección—, su configuración final es confusa e innecesariamente compleja.

#### **4. El desarrollo del deber de motivación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano**

A lo largo de los años, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de interpretar y dotar de contenido al deber de motivación comprendido en la Constitución. Así, en la sentencia del Exp. N.° 3943-2006-PA/TC de diciembre del 2006, el Tribunal apunta «que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso» (fundamento 4). Esta comprensión se acerca a la función endoprocesal de la motivación, en los términos expuestos por Taruffo, y que reseñamos en la segunda sección de este trabajo. No obstante, mediante la justificación y publicidad de las decisiones, estas se convierten en objeto de escrutinio público y crítica, por lo que podríamos decir que tanto las funciones endoprocesales como las extraprocesales son relevantes para nuestro ordenamiento jurídico-constitucional.

La doble perspectiva del deber de motivación, es decir, como uno que aglutina funciones endo y extraprocesales, se encuentra desarrollada de manera más explícita y clara en una segunda sentencia del Tribunal Constitucional. Se trata de la resolución del Exp. N.° 0896-2009-PHC/TC que, en su fundamento 4, vincula el deber de motivación (i) con la administración de justicia de conformidad con la Constitución y las leyes —de forma tal que se relaciona cercanamente el artículo 139.5 con los artículos 45 y 138 de la Constitución—, y (ii) con el ejercicio efectivo del derecho de defensa de las partes.

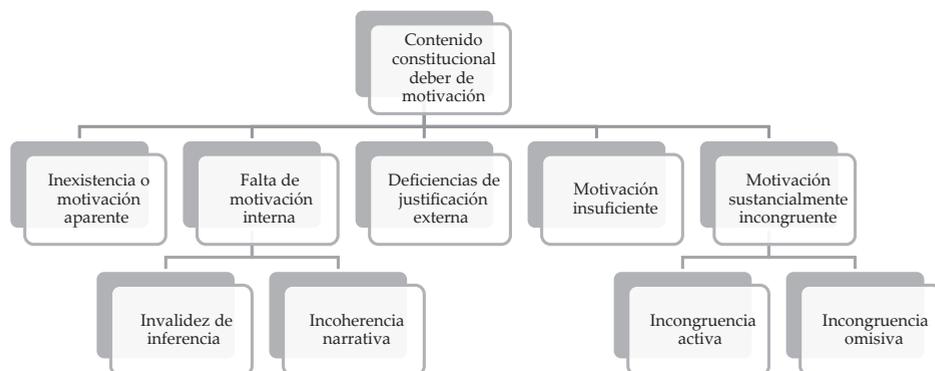
Por otra parte, con relación al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación, el Tribunal Constitucional ha ido variando su análisis a lo largo del tiempo. En un primer momento, que se remonta a la sentencia del Exp. N.° 3943-2006-PA/TC, pero cuyo caso más paradigmático es el de la sentencia del Exp. N.° 0728-2008-PHC/TC (caso Giuliana Llamoja), el Tribunal considera que el mismo se extiende a cinco supuestos:

- 1) Inexistencia de motivación o motivación aparente.
- 2) Falta de motivación interna del razonamiento, que incluye:
  - (2.1) los supuestos de invalidez de una inferencia y
  - (2.2) los supuestos de incoherencia narrativa.
- 3) Deficiencias de motivación externa.
- 4) Motivación insuficiente, que se refiere a un mínimo de motivación exigible para la toma de determinados tipos de decisión, lo que —de acuerdo con el Tribunal— no implica que se deba brindar respuesta a cada una de las pretensiones que fueron planteadas.
- 5) Motivación sustancialmente incongruente, es decir, aquella que incurre en:
  - (5.1) desviaciones que modifiquen o alteren el debate procesal (a esto el T. C. lo llama «incongruencia activa»),
  - (5.2) supuestos en los que se deja sin contestar determinadas pretensiones, o se descamina la decisión del marco de debate judicial, lo que genera indefensión. A esta variante la llama el Tribunal «incongruencia omisiva» (Sentencia del Exp. N.º 3943-2006-PA/TC, fundamento 4).

A ello se suma el supuesto especial de las motivaciones calificadas que, en concreto, se refieren a dos supuestos: (i) a las decisiones de rechazo de demandas, y (ii) cuando se afectan derechos fundamentales como producto de la decisión jurisdiccional.

El esquema que podemos extraer —omitiendo el caso de las motivaciones calificadas—, a partir de este primer desarrollo jurisprudencial sobre el contenido protegido del deber de motivación, es el siguiente:

**Gráfico 5: Contenido constitucionalmente protegido del deber de motivación en la sentencia del Exp. N.º 3943-2006-PA/TC**



Elaboración: propia, a partir de la sentencia del Exp. N.º 3943-2006-PA/TC.

No queda del todo claro, y el Tribunal tampoco ofrece ejemplos que clarifiquen el asunto, en qué consiste la diferencia entre el supuesto de motivación sustancialmente incongruente y el de motivación insuficiente. Tampoco queda claro

el criterio para el agrupamiento de los defectos de motivación que dan lugar a la protección constitucional.

Una crítica de tales características fue ya desarrollada por autores como Rivas (2017, pp. 227-228), quien, trayendo a colación un artículo de León Pastor<sup>16</sup>, propone reagrupar los defectos de motivación en tres grupos: (i) ausencia de motivación, (ii) motivación con defectos lógicos y (iii) motivación con defectos de insuficiencia.

La ausencia de motivación se daría en tres variantes: (i.1.) incongruencia entre lo resuelto y lo motivado, (i.2.) ausencia de exposición de argumentos y (i.3.) ausencia de exposición del razonamiento, en aquellos casos en que se realiza un análisis teórico sin materialización en el caso concreto. Desde nuestro punto de vista, los casos de ausencia de exposición de argumentos y de razonamientos se pueden reconducir a una categoría unitaria, pues el problema consiste en que ya sea que se expongan desarrollos teóricos sin materialización en el caso concreto, que se expongan los hechos sin relacionarlos con las normas aplicables o, finalmente, se resuelva sin haber expuesto los argumentos que derivan en dicha decisión, el defecto es el mismo: no existe relación entre las premisas del razonamiento y la conclusión del mismo. En tal medida, podemos concluir que estamos frente a supuestos de ausencia de motivación o, más precisamente, frente a supuestos en los que las premisas son inexistentes o irrelevantes para la conclusión<sup>17</sup>. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

Con referencia a los defectos lógicos en la motivación, Rivas menciona la violación de principios esenciales de la lógica formal, tales como el principio de identidad, no contradicción y tercio excluido. Si bien ello es correcto, creo importante mencionar que, adicionalmente, a tales defectos lógicos graves podemos encontrar supuestos en los que la conclusión no se sigue lógicamente de las premisas, empleando para ello esquemas o reglas de deducción natural (Piscoya, 2007, pp. 153-164; Copi y Cohen, 2014, cap. 9). Ello implica, no obstante, que quien evalúa los argumentos expuestos por un tribunal deba interpretar los enunciados que componen tales argumentos para obtener la forma lógica de los mismos. Tal actividad es delicada y siempre discutible y es, por ello, que autoras como Bordes Solanas proponen que debe estar guiada por el principio de caridad interpretativa, por el cual «debemos esforzarnos por concederle al texto la máxima credibilidad como regla metodológica (...) no porque se promueva sentir una emoción piadosa hacia su autor, sino porque se recomienda maximizar la racionalidad del documento que se analiza (...)» (2011, p. 116). Ello, desde luego, no quiere decir que la caridad sea irrestricta, por lo que cuando no hay posible salvavidas de sentido al texto o argumento analizado, no hay más remedio que declararlo erróneo o falaz.

Más aún si, como hemos señalado con relación a los supuestos de ausencia de motivación, estos se pueden dar cuando no existe relación entre premisas

16 La crítica formulada por Ricardo León se encontraba, al parecer, en un blog. Lamentablemente, el artículo no está más disponible en la web.

17 Esta es la razón por la cual propondré, más adelante, comprender los defectos de motivación principalmente como instancias de falacias de relevancia (Copi y Cohen, 2014, cap. 4).

y conclusión, es posible reagrupar los supuestos de ausencia de motivación con aquellos en los que se habla de defectos lógicos. Ello es así, pues, si entendemos los defectos lógicos, *sensu largo*, como aquellos casos en los que se identifica un defecto en la estructura inferencial del argumento, tanto será un defecto que la conclusión no se siga de las premisas —esto es, que no sea deducible a partir de las mismas— como que las premisas, tal como se presentan e interpretan, no nos permitan arribar a determinada conclusión. Es por ello que, aplicando en cierta medida (y con flexibilidad) el principio de economía o parsimonia, diremos que es preferible una teoría más simple sobre los defectos de motivación frente a una teoría más compleja, dado que teniendo el mismo o mayor poder explicativo, requiere menos postulados. Nuestra propuesta es que tanto la ausencia de motivación como los supuestos de defectos lógicos, pueden ser reconducidos a una categoría unitaria que enfatiza la relevancia de las premisas para la conclusión.

Algo análogo ocurre con los supuestos de defectos de insuficiencia que, de acuerdo con Rivas, se dan cuando no se sustenta de manera adecuada alguna parte importante para el razonamiento decisorio. Nuevamente, aquí el problema parece ser que las premisas no prestan suficiente soporte a la conclusión, por lo que el defecto puede ser categorizado como uno de tipo lógico *sensu largo*.

¿Significa ello que solo requerimos de una sola categoría para evaluar los defectos de motivación en el Derecho? Creo que no, pero para ello requiero analizar brevemente la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional con referencia al deber de motivación. Como he adelantado, la jurisprudencia más reciente del T. C. ha ido transformando su comprensión sobre el contenido constitucionalmente protegido del deber de motivación, aunque sin desconocer sus desarrollos más tempranos. En este entramado, una mención especial merece el caso de la justificación interna, donde podríamos decir que el desarrollo ha sido uniforme a lo largo del tiempo.

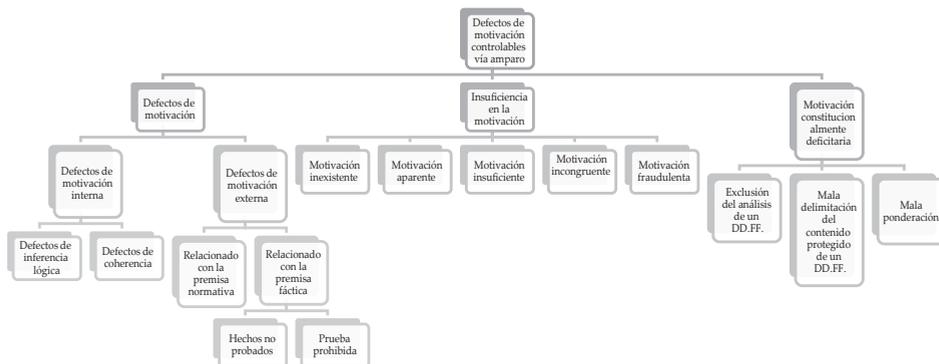
En la sentencia del Exp. N.º 01747-2013-PA/TC, el Supremo Intérprete de la Constitución ha señalado que «[...] solo se compete controlar los vicios de motivación o de razonamiento, mediante proceso de amparo contra resoluciones judiciales» en tres grandes supuestos (fundamento 4). Estos son los siguientes:

- 1) Los de defectos en la motivación, que, a la vez, se subdividen en (1.1) defectos de motivación interna (que incluye los dos supuestos de defectos en la deducción y problemas de coherencia) y (1.2) defectos en la motivación externa, que pueden estar relacionados con la premisa normativa o fáctica;
- 2) Casos de insuficiencia en la motivación, lo que incluye los supuestos de (2.1) motivación inexistente, (2.2) motivación aparente, (2.3) motivación insuficiente, (2.4) motivación incongruente y (2.5) motivación fraudulenta; y
- 3) Supuestos de motivación constitucionalmente deficitaria, que se dan cuando (3.1) se excluyó el análisis de un derecho fundamental, cuando debió tomarse en cuenta, (3.2) hay una mala delimitación del contenido pro-

tegido del derecho, o (3.3) se realiza una mala ponderación «al evaluar la intervención en un derecho fundamental»<sup>18</sup>.

A continuación, se ofrece un gráfico que sintetiza la propuesta del Tribunal Constitucional en la decisión analizada:

**Gráfico 6: Vicios de motivación controlables mediante amparo contra resoluciones judiciales, a partir de la sentencia del Exp. N.º 01747-2013-PA/TC<sup>19</sup>**



Elaboración: propia, a partir de la sentencia del Exp. N.º 01747-2013-PA/TC.

Si bien inicialmente podría pensarse que la nueva línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional corrige el defecto de innecesaria complejidad de la línea precedente, al pasar de cinco a tres supuestos de defectos de motivación, la realidad es que esta es solo una apariencia. Dentro de las nuevas especies de defectos —defectos de motivación en sentido estricto, insuficiencia y motivación constitucionalmente deficitaria— se esconde un modelo aún más enrevesado que el anteriormente vigente, y que, nuevamente, puede ser simplificado y reducido de forma tal que resulte más comprensible y fácilmente aplicable, sin que ello demande un sacrificio de poder explicativo. Ello, sin embargo, requiere alguna explicación.

Si el esfuerzo de síntesis, que llevamos a cabo en nuestra crítica a la antigua línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, fue sólido, hemos demostrado que los supuestos de motivación inexistente, aparente, insuficiente e incongruente son reconducibles a defectos lógicos *sensu largo* y que, si ello es así, entran dentro de la categoría de deficiencias de la motivación interna; en concreto, como subespecies de los defectos de inferencia lógica. Decíamos ello porque en todos esos casos, las premisas son inexistentes o irrelevantes para sostener la conclusión, por lo cual la estructura inferencial es incapaz de permitir la deducción de la conclusión del razonamiento. En tal medida, casi la totalidad de supuestos, de lo

18 En la misma línea, véase el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña en la sentencia del Exp. N.º 04751-2018-PHC/TC, de agosto de 2019.

19 Para el momento en que se elaboraba el presente artículo, el profesor Omar Sar presentó en sus redes sociales un gráfico parecido sobre el desarrollo jurisprudencial del deber de motivación.

que el T. C. llama «insuficiencia de la motivación», no son más que subespecies de defectos de motivación o justificación interna.

Una mención aparte requiere lo que el Tribunal llama «motivación fraudulenta». En un fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña, en el marco de la sentencia del Exp. N.º 02156-2017-PHC/TC, se define la motivación fraudulenta como aquella que incurre en graves irregularidades contrarias al Derecho (fundamento 5). No existe, sin embargo, una definición de qué se debe entender como «graves irregularidades contrarias al Derecho», y, en todo caso, aquí el problema no parece encontrarse *en* la motivación, sino *en las circunstancias* que rodean la emisión de la sentencia o resolución de un caso. Si esta conjetura es plausible, para el análisis del deber de motivación propuesto por el Tribunal Constitucional, no solo interesaría el contexto de justificación, sino también lo que, en secciones precedentes, hemos llamado el contexto de descubrimiento. En todo caso, ello no parece necesario y oscurece la claridad de la idea intuitiva de que la motivación se refiere a los argumentos (o falta de estos), expuestos en una resolución. Si es así, no queda claro por qué la motivación fraudulenta forma parte del análisis de motivación, y no pasa a formar parte del análisis de alguna otra garantía asociada al debido proceso, o a la tutela jurisdiccional efectiva. En buena cuenta, que no se incluya a la motivación fraudulenta<sup>20</sup> entre las categorías referidas al deber de motivación, no implica que su ocurrencia no resulte atentatoria de derechos fundamentales.

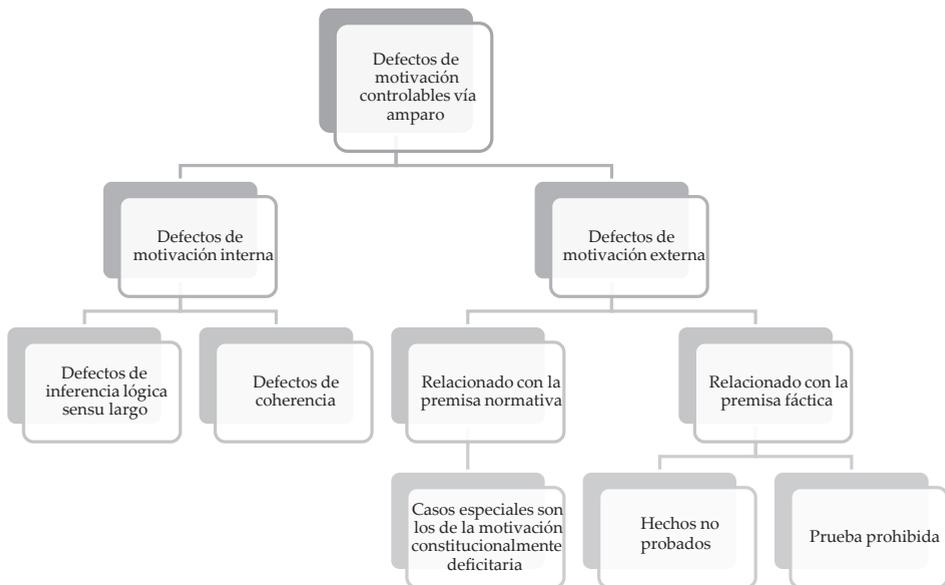
Veamos, ahora, los supuestos de motivación constitucionalmente deficitaria que, de acuerdo con el T. C., son de tres tipos: errónea exclusión del análisis de algún derecho fundamental, errada delimitación del contenido de un derecho fundamental, y errónea aplicación del principio de proporcionalidad. La tercera variante se presenta, por antonomasia, cuando se realiza una incorrecta ponderación en el análisis de la intervención en un derecho fundamental<sup>21</sup>. No es este el lugar para proponer un análisis pormenorizado de las reglas propuestas por teóricos y filósofos del Derecho, con relación a la motivación externa o material. Basta mencionar que estas reglas incluyen el uso de precedentes, del marco normativo vigente y aplicable, así como de la doctrina. Desde mi punto de vista, todos los supuestos de motivación constitucionalmente deficitaria, identificados por el Tribunal Constitucional, son reconducibles a defectos de motivación externa relacionados con el establecimiento de la premisa normativa: en un caso, por no analizar el contenido normativo que debía analizarse; en otro, por no incorporar todas las fuentes y reglas relevantes para su interpretación; y, finalmente, en otro, por no establecer, correctamente, reglas de precedencia condicionada de derechos o principios, en concordancia con una metodología delineada a través de reglas jurisprudenciales o provenientes de la doctrina.

20 Incluso hacer referencia a «motivación fraudulenta» resulta en cierta medida engañoso. Si se refiere al contexto de descubrimiento a través del cual se arriba a una decisión, más preciso sería llamarla “formación de la motivación como proceso fraudulento”.

21 Un análisis pormenorizado sobre las partes del test de proporcionalidad se encuentra en Ancí y Sotomayor (2017).

Si nuestra crítica es sólida, en lo referente a la segunda y más reciente línea jurisprudencial del T. C., con relación al deber de motivación, podemos quedarnos con una teoría simple y con gran poder explicativo para dar cuenta de los defectos de motivación. En nuestro modelo, basta con el análisis de la justificación interna y externa, siempre que tales nociones sean bien comprendidas. A continuación, se ofrece un gráfico que sintetiza nuestra argumentación en esta segunda parte de la sección, a modo de conclusión del análisis emprendido:

**Gráfico 7: Propuesta simplificada para el análisis de vicios de motivación**



Elaboración: propia.

## 5. Conclusiones

El desarrollo que hemos emprendido en el presente artículo nos lleva a tres grandes conclusiones, que listamos a continuación:

- (i) La motivación de resoluciones judiciales —o, más imprecisamente, de las decisiones que ponen fin a desacuerdos entre partes— es una práctica de larga data en el mundo occidental. No obstante, el deber de motivación moderno se consolida recién hacia la segunda mitad del siglo XVIII en Europa continental. Sus desarrollos en los territorios de las actuales Alemania, Italia y Francia nos dan cuenta de dos funciones principales asociadas a dicho deber: funciones endoprocesales y funciones extraprocesales, es decir, aquellas referidas al funcionamiento interno del proceso —en especial, con relación a las partes—, y aquellas referidas al control externo de

la sociedad con referencia a los fundamentos de la decisión (Taruffo). Estos desarrollos fueron progresivamente incorporados en países como España y, presumiblemente, por dicha vía llegaron al Perú y a otros países de la región andina. Los ordenamientos jurídicos de los países de la región andina, tanto si reconocen expresamente en la Constitución el deber de motivación como si no lo hacen, cuentan con una práctica constitucional consolidada por la cual el deber de motivación es uno de los pilares sobre los que se asienta la legitimidad y legalidad de la administración de justicia.

- (ii) El análisis de la motivación parte de una distinción, hoy relativizada y matizada en la teoría del Derecho, entre el contexto de descubrimiento —que nos ofrece razones explicativas sobre la decisión judicial— y el contexto de justificación, que nos ofrece propiamente razones justificativas. Sin embargo, la distinción, si es mantenida de manera flexible, nos permite centrar el análisis de motivación en los documentos escritos de las resoluciones judiciales. Una vez teniendo en cuenta ello, es menester observar que la complejidad de las motivaciones expuestas en resoluciones judiciales depende directamente de la estructura de las cadenas y árboles de razonamiento involucradas en el análisis del caso. En muchos casos la complejidad está en función, finalmente, de la estructura de reenvío que ofrecen determinadas disposiciones normativas, como ocurre cuando para la aplicación de una norma a un caso concreto, primero se debe resolver un problema de interpretación (o de otro tipo) de una norma en un nivel anterior de análisis. Ello fue ejemplificado a partir del análisis del caso *Lebrum* resuelto por la Corte Suprema, en el que interactúan reglas constitutivas y regulativas.
- (iii) La doctrina sobre el deber de motivación, desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano a lo largo del tiempo, supone un esfuerzo importante por dotar de sistematicidad y racionalidad el análisis de dicho deber. No obstante, es —desde nuestro punto de vista— un esfuerzo que no ha estado del todo bien encaminado. Prueba de ello es la innecesaria complejidad e imprecisión analítica de las categorías y subcategorías asociadas a la configuración del deber en la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución. Precisamente a partir de los desarrollos del Tribunal, aquí se propuso un modelo simplificado y con poder explicativo que podría suplir al actualmente vigente. Tal actividad estuvo dirigida por el principio de economía o parsimonia, como una empresa destinada a una mejor aplicación y control sobre la calidad de las resoluciones judiciales.

## REFERENCIAS

- Accatino, D. (2002). Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial. *Revista de Derecho*, (13), 9-25.
- Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 16 (4), 433-449.
- Alexy, R., y Bernal, C. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. (2.ª Ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra.
- Aliseda, A. (2014). *La lógica como herramienta de la razón. Razonamiento ampliativo en la creatividad, la cognición y la inferencia*. Milton Keynes: College Publications.
- Aliseda, A. (2015). La Lógica como herramienta de la Razón: una introducción. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, (10), 1-10.
- Ancí, N. y Sotomayor, J. E. (2017). *El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy: dos propuestas de solución*. Ubijus, CEAD.
- Anderson, B. (1995). The Case for Re-Investigating «The Process of Discovery». *Ratio Juris*, 8 (3), 330-348.
- Anderson, T.; Schum, D. y Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Marcial Pons.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho*. Ariel.
- Atienza, M. (2015). *El Derecho como argumentación*. Ariel.
- Aliste Santos, T. (2011). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Marcial Pons.
- Benanti, E. (2012). *La motivazione della sentenza civile* (Tesis doctoral). Universidad de Palermo.
- Bordes Solanas, M. (2011). *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*. Cátedra.
- Castro Jofré, J. (2003). Concepto de juez lego y su participación en la organización del derecho procesal penal alemán de adultos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (24), 253-267.
- Cavani, R. (2017). ¿Qué es una resolución judicial? Un breve estudio analítico para el derecho procesal civil peruano. *Ius et veritas*, (55), 112-127.

- Chateau-Grine, M. (2018). *La motivation des décisions du juge administratif* (Tesis doctoral). Universidad de Nantes.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Marcial Pons.
- Conte, F. (2016). *Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito Discurso justificativo Legitimação do exercício da jurisdição*. Gramma.
- Copi, I. y Cohen, C. (2014). *Introducción a la lógica* (2.ª ed.). Limusa.
- Dainow, J. (1961). The Constitutional and Judicial Organization of France and Germany and Some Comparisons of the Civil Law and Common Law Systems. *Indiana Law Journal*, 37 (1), 1-50.
- Díaz Sampedro, B. (2007). La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica. *Foro, Nueva época*, (5), 59-85.
- Ferrer, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, (34), 87-107.
- Forst, R. (2007). First Things First: Redistribution, Recognition and Justification. *European Journal of Political Theory*, 6 (3), 291-304.
- Forst, R. (2012). *The Right to Justification*. Columbia University Press.
- García Figueroa, A. y Gascón Abellán, M. (2003). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra.
- García Moreno, J. (2002). Los tribunales de Escabinos en el sistema procesal penal alemán. *Jueces para la democracia*, (43), 83-98.
- Garner, B. (2005). Style of opinions. En Hall, K.; Ely, J. & Grossman, J. (eds.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* (2.ª ed.) (pp. 706-710). Oxford University Press.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (3.ª ed.). Marcial Pons.
- González, G. (2009). *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Palestra.
- González Lagier, D. (2005). *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra y Temis.
- Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar* (2.ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Habermas, J. (2018). *Teoría de la acción comunicativa*. Trotta.
- Hernández Marín, R. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*. Marcial Pons.
- Hernández Marín, R. (2019). Sobre el razonamiento principal de una sentencia judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 103-129.

- Iturralde, V. (2014). *Interpretación literal y significado convencional*. Marcial Pons.
- Levin, A. (1944). Mr. Justice William Johnson, Creative Dissenter. *Michigan Law Review*, 43 (3), pp. 497-548.
- Lifante, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Tirant lo Blanch.
- López Medina, D. (2009). *El Derecho de los jueces* (2.ª ed.). Legis – Universidad de Los Andes.
- MacCormick, N. (2003). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press.
- Malem Seña, J. (2001). ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), 379-403.
- Murillo Villar, A. (2012). Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español. *Teoría e Storia del Diritto Privato*, (5), 1-65.
- Pérez Lledó, J. A. (2017). Normas constitutivas: reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Las definiciones. En González Lagier, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho* (pp. 27-45). Marcial Pons.
- Piscoya, L. (2007). *Lógica general* (3.ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Reichenbach, H. (1938). *Experience and Prediction*. University of Chicago Press.
- Rivas, G. (2017). La anulación del laudo por su motivación en el Perú – cómo hacer frente a una vía distorsionada. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (72), 225-234.
- Ródenas, A. (2017). Normas regulativas: principios y reglas. En González Lagier, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho* (pp. 15-25). Marcial Pons.
- Salmón, E. & Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IDEHPUCP, GIZ.
- Sefton-Green, R. (2011). Vices et vertus de la motivation judiciaire : comparaisons anglo-françaises. *Les Cahiers de la Justice*, 2 (2), 89-99.
- Sotomayor, J. E. (2020). Relativizando la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación: una propuesta teórica (manuscrito inédito).
- Sotomayor, J. E. (2019). La búsqueda de la verdad como finalidad del proceso. En Cavani, R. (ed.), *Garantías procesales y poderes del juez* (pp. 193-219). Zela.
- Taruffo, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Zela.
- Toulmin, S. (2019). *Los usos de la argumentación*. Marcial Pons.

- Toulmin, S.; Rieke, R., y Janik, A. (1984). *An Introduction to Reasoning*. Macmillan.
- Van Caenegem, R. C. (2002). *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*. Cambridge University Press.
- Walker, T. (2005). Seriatim Opinions. En Hall, K.; Ely, J. & Grossman, J. (eds.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* (2.<sup>a</sup> ed.) (p. 911). Oxford University Press.
- Wells, M. (1994). French and American Judicial Opinions. *Yale Journal of International Law*, 19 (1), 81-133.
- Wasserstrom, R. (1961). *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press.
- Wróblewski, J. (1971). Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*, 14 (53), 409-419.
- Zavaleta, R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Grijley.

## LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA VIOLENCIA COMO UNA PARADOJA TELEOLÓGICA

Aarón Verona Badajoz\*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Muchas veces se da por sentada la relación entre el derecho y la violencia que este legitima, tolera y usa (a través de sus medios institucionales de coerción); sin embargo, en realidad constituye una irresuelta paradoja, tan postergada como clásica. Si bien su discusión pendiente parece rondar alrededor del carácter necesario e intrínseco de este vínculo, o de su contingencia y carácter extrínseco, en cualquier caso, esto siempre ha parecido conducir a la construcción de un derecho conquistador de la violencia, y de un proceso casi heroico para lograrlo. Frente a esto se proponen algunos elementos de base para pensar de forma alternativa la paradoja en cuestión, de una manera que supere el paradigma de una contienda de suma cero entre estos dos fenómenos, lo que finalmente crea el espejismo de su desvinculación. Una forma de pensarla que más bien reconozca la estrechez de su relación y la fatalidad paradigmática a la que se debería orientar su extinción mutua.

### 1. Introducción: el Estado nación moderno y su potestad coercitiva como punto de partida

«Judges are people of violence» («Los jueces son personas violentas»)<sup>1</sup>. Esta desafiante declaración de Robert Cover en *Nomos and Narrative* (1983, p. 53), una de las principales obras que revitalizaron la discusión sobre la relación entre el derecho y su ejercicio legitimado de la violencia como un tema relevante e independiente en los estudios jurídicos<sup>2</sup>, representa el contraste entre los objetivos de este y sus medios para lograrlos. Al menos respecto de uno de sus medios en particular, aquel que crea una clásica y a veces postergada paradoja en su seno.

En efecto, tenemos que, por un lado, el derecho procura traer orden, paz y estabilidad social; objetivos que, en general, son perseguidos por cualquier tipo

\* Profesor a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Salvo que se consigne fuente distinta, todas las traducciones en el texto son propias.

2 Entre algunos representantes, considérese a Karl Olivecrona (1939/1959), Norberto Bobbio (1965), desde la teoría del derecho; y Walter Benjamin (1921/1986), Jacques Derrida (1990/2002) e, indirectamente, Hannah Arendt (1970), desde la filosofía política.

de régimen político, independientemente de su valoración moral<sup>3</sup>. Sin embargo, por otro lado, la violencia (generalmente llamada coerción cuando está vinculada al derecho), inextricablemente asociada con el exceso y la irracionalidad, siempre está disponible y a menudo se usa como un medio para estimular la conformidad de las personas con las normas jurídicas, o para sancionar las disrupciones jurídicamente prohibidas del orden social. Esta relación ha constituido una parte importante en la construcción de un concepto de derecho coherente con el de Estado nación moderno, argumentándose incluso que dicha característica (el uso jurídicamente validado de la violencia) es lo que permite diferenciarlo claramente de otros tipos de sistemas normativos que no podrían aplicarse de manera efectiva en contra de la voluntad de alguien, o forzar su conformidad (Derrida, 1990/2002, pp. 233-234; Cover, 1986a, p. 1613; Lamond, 2001, pp. 42-43).

Independientemente de la adhesión o no a una visión que conciba la violencia como una característica intrínseca del derecho, el punto es que la discusión sobre la interacción de la violencia con un orden normativo denominado jurídico en el marco de la modernidad (en realidad, cualquier discusión en estudios de teoría del derecho sobre un orden jurídico), siempre se ha realizado tomando al orden jurídico estatal como punto de referencia. De hecho, generalmente, cuando pensamos en el concepto de derecho, nos referimos casi automáticamente al Estado nación, al derecho de la sociedad moderna (Fitzpatrick, 1984, pp. 131, 133), al derecho estatal. Esto, de la misma manera que cuando pensamos en la sociedad misma (un orden social), nos referimos irrevocablemente a la modernidad (Giddens, 1999, p. 25). Precisamente por ello es que este primer apartado se concentrará en desarrollar el Estado nación moderno como contexto de la paradoja a tratar. Un contexto que, como señala García López, presupone al derecho moderno, desde la teoría del derecho hegemónica, como ahistórico (consustancial a la idea de sociedad a través del tiempo, naturalizándolo) y universal (2020, pp. 231-233)<sup>4</sup>.

Ahora bien, incluso cuando se asuma que el estudio de la relación entre el derecho y la violencia es particularmente crucial en tal contexto, debe considerarse también que, en ocasiones, su exclusividad se sobreestima, como indirectamente sugiere el párrafo anterior. El vínculo entre un orden normativo y el uso de medios violentos no puede atribuirse solo a aquello que normalmente se entiende como jurídico o se denomina: derecho. Si bien este documento no es el lugar para discutir las características de un pluralismo normativo (o jurídico, según se asuma alguna de sus variantes), sí es importante mencionar que las consideraciones presentadas en los dos párrafos anteriores podrían explicarse por una normatividad autopercebida como prevalente y universal, con respecto a otros órdenes normati-

---

3 Como Marmor nos recuerda (2010, p. 671), la existencia del estado de derecho no es garantía de contar con un régimen en particular, aunque haya alguno que sea más preferible que otros.

4 García López añade como característica de la teoría predominante del derecho moderno, la invisibilización del vínculo entre violencia y derecho (2020, pp. 231, 238), aunque esto depende, en realidad, del enfoque a partir del cual se conciba esa relación o la falta de ella, como se verá más adelante.

vos<sup>5</sup>. Órdenes que podrían competir por los medios de coerción necesarios (entre otras herramientas y estrategias) para garantizar la conformidad de las personas con ellos mismos, más allá de si uno llama a estos otros órdenes “jurídicos” o no<sup>6</sup>. En otras palabras, podrían competir por un uso validado de la violencia (evidentemente, en sus propios términos) para influir y guiar el comportamiento humano.

Señalar esto es importante por dos razones. Primero, el presente texto analizará un modelo teórico para comprender la relación entre un orden normativo particular y su uso respectivo de la violencia legitimada; pero, de ninguna manera, se sugiere que esta relación esté necesariamente agotada con este modelo o sea exclusiva de él. El modelo pretende ser solo un punto de partida para reflexionar sobre el lugar y el papel de la violencia para la existencia y construcción de un orden social en una interacción cercana con otros elementos constitutivos de ese mismo orden, para este caso, con el que llamamos derecho en el marco de un Estado nación.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la cuestión de la pluralidad de órdenes normativos siempre debe tenerse en cuenta, ya que cuando nos referimos al origen de la legitimidad y al sujeto a quien se dirige la norma jurídica y la coerción estatal, estamos hablando de individuos que responden a reglas de diferentes fuentes, a veces, precisamente por el pluralismo, contradictorias entre sí. Esto es algo que Boaventura de Sousa Santos ha llamado «interlegalidad» (1987, pp. 288, 298), y que implica no solo diferentes fidelidades trabajando al mismo tiempo, sino el proceso del sujeto de integrarlas cuando actúa, a efectos de ser funcional dentro de la realidad social que recibe todas estas influencias normativas. Para esto, entre otras cosas, los sujetos tendrían que tomar en consideración los medios violentos que se les podría aplicar, así como su nivel de legitimidad social. Esto está estrechamente relacionado con qué tan efectivo podría ser el derecho estatal y qué tan amenazado se encuentra por otras fuentes de violencia validada por otros órdenes, especialmente, en situaciones de profunda discrepancia.

En la misma línea, pero de una manera más específica, Robert Cover ha discutido, probablemente con mayor énfasis que otros autores y autoras, acerca del papel clave de la violencia para la existencia del derecho estatal, principalmente, respecto de la interpretación jurídica y del pluralismo normativo. La breve cita, con la que inicia este artículo, condensa lo dramático que podría ser el acto de ejecutar una decisión judicial<sup>7</sup>. Dicho acto causa dolor, o inclusive la muerte (sim-

5 Al respecto, véase: Santos (2009, pp. 447-448), Fitzpatrick (1984, p. 127), Eagleton (2001, p. 75), Griffiths (2002/2014, p. 146), Cover (1983, p. 43), Buonamano (1998, pp. 168-169), Bourdieu (1987, pp. 819-820, 829).

6 Al respecto, véase: Moore (1973), Santos (1987), Anker (2008), F. Benda-Beckmann y K. Benda-Beckmann (2006-2014), K. Benda-Beckmann (1981/2014), Weber (1967, pp. 16-19), Cover (1983, pp. 27-34, 38, 52), Lemaitre (2015, pp. 439-441).

7 Cover inicia su artículo *Violence and the Word* describiendo la naturaleza y las consecuencias violentas del derecho (1986a, pp. 1601-1603, 1607, 1609-1610). Véase también, Cover (1986b, pp. 816-818, 820, 825, 831), Sterett (2015, p. 11) y Wald (1995, pp. 77-87). En el último caso, considérese, especialmente, la distancia entre los jueces y las personas que sufren una sentencia, como un factor que facilita la

bólica o real), a quien sufre una sanción legal, más allá de si ha sido legítimamente impuesta sobre él o ella. Esta imposición, en la medida en que el derecho supere la resistencia explícita de alguien, necesariamente producirá un daño físico o psicológico sobre quien la recibe. El merecimiento o no de esto, bajo los estándares jurídicos, no anula lo anterior. Incluso si, posteriormente, la sentencia que causa la violencia, podría impugnarse legítimamente, los efectos descritos ya habrían tenido lugar; particularmente aquellos de carácter simbólico.

A esto se suma, en el contexto de una pluralidad de órdenes normativos en competencia, la idea de «universo normativo» a la que Cover denominó *nomos* (1983, p. 4)<sup>8</sup>. A partir de este concepto, el autor amplía los efectos de la violencia a la que nos hemos referido, afectando ya no solo a ciertos sujetos, sino a construcciones normativas completas y a los grupos de sujetos que les deben fidelidad. El derecho estatal, a través de su propia estructura institucional, bien podría superar a otros *nomoi* en un acto de *world-view destruction* (destrucción de una visión del mundo) (Cover, 1983, pp. 40-41, 48-49, 1986a, pp. 1602-1603; Derrida, 1990/2002, p. 296). Esto sucedería en los casos en que, por ejemplo, el significado de las instituciones estatales se cuestione por las interpretaciones de *nomoi* competidoras y la capacidad de resolver esto, por razones hegemónicas, recaiga sobre el sistema jurídico estatal que a su vez siga una teoría hegemónica, anulando cualquier otra visión. Al respecto, si bien esta declaración podría estar subestimando los fundamentos y la adaptabilidad de otros *nomoi*<sup>9</sup>, en mi opinión, lo que Cover está tratando de enfatizar son las consecuencias de la aspiración del propio derecho estatal (o de cualquiera que sea hegemónico) por ser superior y único, así como el nivel de efectividad de sus medios para cumplir con esta aspiración.

No reconocer esto, alimentaría la mitología generada alrededor de las expectativas de la modernidad, aquellas que justifican la idea de un derecho racional y triunfante sobre una violencia irracional y poco sofisticada. Un derecho que, en virtud de su racionalidad, despoja a su propia violencia de sus características «primitivas», allanando el camino para separar este concepto del de coerción y estableciéndolos como fenómenos desvinculados.

---

severidad de esta última. Asimismo, Menke también nos recuerda que, a pesar de su diferencia analítica, la ejecución de la violencia legitimada es sentida por quien la recibe de forma tan violenta como la mera venganza (2010, p. 9). En el mismo sentido argumentan Sarat y Kearns (1995a, p. 5).

- 8 Para Cover, un *nomos* es el universo normativo de una colectividad, el cual expresa dos cosas: una identidad viva, presente; y una expectativa sobre la que dicha comunidad debe ser o será. Evidentemente, esto sugiere un contexto cultural. Esta expectativa o visión del propio futuro, a su vez, es expresada a través de narrativas: «*trajectories plotted upon material reality by our imaginations*» («trayectorias trazadas por nuestra imaginación sobre la realidad material»). El Derecho sería, simplemente, una narrativa jurídica (1983, pp. 4, 9-11). Desde una perspectiva de *Law and Society*, Sterett reafirma esta última idea (2015, pp. 4-5, 13-14). Post añade, dada la pretensión de universalidad de todo *nomos* y su respectiva normatividad, que estas narrativas son construidas por oposición a aquellas con las que compiten (2013, p. 13).
- 9 En efecto, así como distintos autores han señalado (Stern, 1986, pp. 185-218; Lazarus-Black, 1994; Anker, 2008; Franz y Keebet von Benda-Beckmann, 2006/2014; Mawani, 2015, pp. 423-426), el uso contrahegemónico del derecho estatal por otros órdenes normativos es una forma muy común de adaptación para enfrentar el avance destructivo del primero.

Antes de pasar a la siguiente sección, me gustaría reafirmar que este modelo no pretende ser concluyente ni estático, ni necesariamente transferible a otros órdenes normativos, incluso si estos se autoperciben como «jurídicos». Sin duda, el derecho estatal tiene un protagonismo fáctico y teórico innegable que lo convierte en un terreno fértil para este tipo de análisis, pero las circunstancias antes mencionadas deben ser explícitas para evitar inferencias generalizantes. Respecto de la pluralidad normativa, el uso de este modelo pretende ser solo el de una herramienta comparativa.

## 2. El carácter clásico de la paradoja y los elementos que la construyen

Esta tensión no es un asunto menor. En realidad, como ya se ha mencionado, debido a que la violencia implica daño, sufrimiento y, en última instancia, la imposición de una voluntad sobre la de alguien más, afecta las mismas razones que en principio justifican la subordinación de esta al derecho desde una perspectiva teórica contemporánea. Más aún, los intentos por superar tal tensión han motivado el surgimiento de estructuras argumentativas antagónicas. Por un lado, la justificación del ejercicio de la violencia por el derecho como intrínseca a su propia naturaleza, a efectos de proteger su coherencia interna, validez moral o ambas. Mientras que, por otro lado, se afirma la exclusión de la violencia como un factor constitutivo de dicha naturaleza y, por tanto, o bien se justifica que se valga de ella como algo excepcional o bien se sustenta que su potestad coercitiva es distinta a la mera violencia.

Respecto de la primera postura, autores clásicos e influyentes como Hans Kelsen y Max Weber han reconocido el papel fundamental de la coerción en la existencia del derecho como tal, es decir, considerando la relación una característica intrínseca de este<sup>10</sup>. En el caso de Kelsen, llegó a considerar a este último como un aparato coercitivo en sí mismo, señalando a la coerción, en tanto la capacidad socialmente legitimada y organizada de sancionar por privación (incluso por fuerza física, si es necesario), como el criterio distintivo que le da al derecho su autonomía respecto a la moral, la religión, etcétera (1945/2014, Part 1, Chapter 1, Section B.c-e, 1934/2011, pp. 59-62, 72, 126). Weber, por su parte, prácticamente considera su reconocimiento como equivalente a referirnos a un *guaranteed law* (1967, pp. 12-15, 34). Otros autores como Karl Olivecrona (1939/1959, pp. 95, 98-99, 102-110, 118, 131, 139) y Norberto Bobbio (1965) han ido aún más lejos, afirmando que el objetivo real del derecho es regular o gestionar la violencia en un esfuerzo por guiar la conducta humana o simplemente para controlar la violencia misma. En el caso de Bobbio, inspirado por el primero<sup>11</sup>.

10 Véase también: Derrida (1990/2002, pp. 234, 238-239, 283), Taylor (1990), Bufacchi (2005, p. 193). De otro lado, Edmundson (1995, p. 81) y Lamond (2010, p. 642), a pesar de no concordar con la afirmación, reconocen que esta es la opinión en la literatura.

11 Véase también La Torre (2010, pp. 31-33) y Oberdiek (1976, pp. 71-72) para un breve recuento de los autores del positivismo clásico y del derecho natural, para quienes la coerción (violencia) es una característica intrínseca del derecho.

Con respecto a la separación de la violencia y el derecho, autores como Hans Oberdiek (1976), William A. Edmundson (1995) o Grant Lamond (2001) han argumentado a favor de la naturaleza no violenta de este último, señalando los problemas de justificación que surgen cuando se incluye la coerción como una característica inherente, o reformulando el vínculo como normativo en lugar de constitutivo, como en el caso de Lamond. Debe enfatizarse que, incluso esta posición no niega que la coerción (colocada fuera de la naturaleza del derecho, por supuesto) sea, efectivamente, violencia.

Desde luego, la anterior no es la única taxonomía posible sobre este tema, su complejidad permite diferentes tipos de clasificaciones que se cruzan entre sí. Christoph Menke, por ejemplo, propone otra categorización (2010, pp. 2-3, 9-10). El autor afirma que la mayor parte de los estudios de teoría del derecho sobre el vínculo entre el derecho y la violencia, que en un sentido más amplio incluye también al poder y a la autoridad, son discursos o bien de «legitimación» o bien de «crítica» que, de una forma u otra, simplifican el papel y el lugar de la violencia respecto al derecho. En lo que concierne a la primera clasificación, se utiliza un artilugio teórico que combina teorías del consentimiento, y otras sobre la validez jurídica formal, para negar que la coerción aplicada por las instituciones estatales, respaldada por el derecho, sea violencia (Sarat y Kearns, 1995b, pp. 221-222). Este discurso permite reivindicar las prerrogativas jurídicas del Estado para usar medios violentos, pues se justifica en que la propia naturaleza de tales medios no es violenta<sup>12</sup>.

En lo que respecta a los discursos críticos, estos reconocen explícitamente la naturaleza inherentemente violenta del derecho y construyen su argumentación tomando esto como una premisa axiomática. Es decir, que el derecho no podría ser tal si es que no aprobara y validara el uso de la violencia. De acuerdo con este trabajo, lo que se deduce de esto último, sin necesariamente comulgar por entero con los discursos críticos, es que obviar el vínculo en cuestión implicaría no solo negar un problema teórico, sino también facilitar la ilusión de un derecho inocuo, inherentemente benévolo y, por ello mismo, potencialmente abusivo.

No obstante, aunque la impresión de las líneas anteriores podría sugerir lo contrario, la relación problemática de estos dos fenómenos se ha tratado, generalmente, como apenas un breve apartado de la teoría general del Derecho. En consecuencia, la literatura centrada exclusivamente en este tema es relativamente escasa en relación con otros dentro de la teoría jurídica<sup>13</sup>. Pareciera que el he-

12 Fersini (2016), quien también utiliza esta taxonomía, atribuye particular relevancia a H. L. A. Hart como representante del discurso de la legitimación (aunque no desarrolla propiamente la relación, sino que la presupone) y a Walter Benjamin como representante del discurso crítico. Añade, además, la postura de Derrida como un tercer enfoque, mientras que en este trabajo, esta se considera más bien como parte de los discursos críticos que interpretan a Benjamin.

13 En efecto, a pesar de la relativa escasez, el tema (aludiendo explícitamente a la violencia) ha recibido análisis destacados. Para una interesante, aunque no completa lista de trabajos dedicados a este asunto, hasta principios de la década de los noventa, véase a Sarat y Kearns (1995a), así como el cuarto número del décimo tercer volumen de la *Cardozo Law Review* (1991). De igual forma, para una lista luego de ese período, consúltese a Buonamano (1998, 2006), a la compilación de artículos editada por John Parry (2006), a Menke (2010), entre otros.

cho irrefutable de que la violencia (psicológica o física) tiene un papel en nuestro mundo normativo, particularmente en el mundo jurídico, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo o su intensidad, ha producido dos posibles efectos colaterales. Primero, el tema se da por sentado como un aspecto obvio de, al menos, el funcionamiento del derecho, sin mayor desarrollo (Cover, 1986b, p. 819). Segundo, se toma simplemente como una característica externa con la que el derecho debe lidiar. Estos han sido los casos de Kelsen, y H. L. A. Hart, y Ronald Dworkin, respectivamente, entre otros<sup>14</sup>.

En el segundo caso debe añadirse que, debido a la naturaleza no necesariamente jurídica del vínculo entre violencia y derecho, esta podría considerarse un tema más propio de las reflexiones de otras disciplinas, como la filosofía política o la sociología. De hecho, son precisamente autores de estas disciplinas quienes han profundizado de forma más sugestiva sobre esta relación. Entre otros, podríamos nombrar a Walter Benjamin (1921/1986), Jacques Derrida (1990/2002), Christoph Menke (2010), Max Weber (1967, pp. 11-20, 33-40) o Pierre Bourdieu (1987)<sup>15</sup>.

Es dentro de este marco epistemológico que el presente artículo pretende ser una contribución modesta al desarrollo teórico de este tema desde la perspectiva de la teoría jurídica, al procurar establecer las principales características y propuestas relacionados con esta paradójica relación que, como ya se ha hecho notar, es tan clásica como sugerente.

### 2.1. Las propuestas de alivio a la paradoja

La paradoja clásica que envuelve la relación entre derecho y violencia, como se ha mencionado anteriormente, se entiende tradicionalmente de dos maneras que, en realidad, representan las dos caras de la misma moneda, y han forzado el desarrollo del tipo de categorización ya comentada. Kelsen describe ambas (1945/2014, Part 1, Chapter 1, Section B.f-g). Primero, como un conflicto permanente entre la violencia privada (ilegal y vengativa) y la pública (legal e imparcial). Considérese que, debido a las formas en que se justifica esta diferenciación, se abre la posibilidad del reconocimiento implícito de una violencia «no mala» (que se diferencia de la privada). Siempre que esta perspectiva asuma la coerción estatal como «no violencia», podría considerarse parte de los discursos de legitimación descritos por Menke.

Aún enmarcada en esta primera forma de comprensión, encontramos la violencia monopolizada que Weber atribuyó al Estado para respaldar el ejercicio del derecho (1967, p. 14), y extraída de las manos de los agentes privados. Un discurso generalmente unido a la idea racionalista de superar un estado primitivo de re-

14 Véase, Lamond (2001, pp. 35-36, 44), Oberdiek (1976, pp. 71-74), Ripstein (2004, p. 5), Weisberg (1995, p. 177), Lamond (2001, p. 44).

15 Debe mencionarse también que incluso desde la antropología, al menos hasta la década del setenta, Pierre Clastres también hizo notar la escasez de los análisis exclusivamente dedicados a esta materia (1977/2016, pp. 7, 13-14). Durante el mismo periodo, Hannah Arendt brindó una opinión similar respecto a la filosofía política (1970, pp. 8-9).

tribución personal, venganza o de mera satisfacción de intereses privados por la fuerza (Weber, 1967, p. 35; Benjamin, 1921/1986, pp. 280, 290; Weisberg, 1995, p. 179; Leyte, 2005, pp. 112-114); de una estructura social y política moderna y civilizada. Esto incluso cuando, de hecho, la violencia privada ha sido regularmente autorizada y utilizada por el derecho estatal moderno (Benjamin, 1921/1986, pp. 281-282; Lyons, 2012, pp. 837-840; Weisberg, 1995, pp. 179, 203, 206) para preservar intereses sociales. De hecho, Bourdieu, por ejemplo, reconoce el «campo jurídico» como el legítimo titular de las formas más elaboradas de «violencia simbólica» (1987, pp. 831, 838, 850), esto sin negar el uso de la fuerza física, lo cual implicaría una renuncia tácita de las personas privadas a usar la mayoría de las expresiones de violencia (1987, p. 831); aunque algunas de esas formas (físicas, especialmente) sean validadas para el uso privado, pues se consideran útiles para fines públicos.

La segunda manera de entender la paradoja se refiere a un tema más amplio, uno que va más allá de la diferencia entre la violencia pública y privada, la preservación de la paz por medios violentos. Esto es, la necesidad de una violencia estatal institucionalizada que, a través de su uso razonable, garantice la paz y el orden, en su sentido más extremo, hasta su consolidación definitiva.

En ambos casos, la contradicción ya mencionada emerge de inmediato, el uso de la violencia para combatir la violencia y, aún más, que la paz se logra mediante el uso de la fuerza. Como se verá a continuación, estas dos explicaciones, en realidad, constituyen dos de las tres propuestas que podrían surgir para aliviar la paradoja en cuestión. Propuestas de alivio que se integran dentro de las taxonomías, que sobre tales postulaciones se sintetizaron previamente (véase el Gráfico N.º1), y que no deben confundirse con las postulaciones de la paradoja presentadas al principio de esta segunda sección.

La primera forma de aliviar la paradoja se expresa como una confirmación poco refinada y apologética de la premisa teórica hobbesiana sobre la naturaleza humana y la necesidad de la violencia pública para controlarla. Desde el punto de vista de las ciencias sociales, esto es algo que simplifica peligrosamente las complejidades del comportamiento y forma de organización social humana y que, por tanto, debe entenderse simplemente como la proposición necesaria de una construcción lógica que une, ontológicamente, un sistema de control público (jurídico) con el ejercicio de medios violentos. Al hacer esta afirmación, no pretende negarse la existencia de la violencia entre privados y su necesidad de control a través de una estructura centralizada que gestione las manifestaciones de esta violencia. Kelsen y Weber sustentan bien estas circunstancias atemporales, propias de toda organización social. Lo que se intenta es visibilizar la tradición racionalista que inspira a estos autores, y produce el dicotómico y simplista mito moderno que coloca al derecho estatal como la superación de un supuesto estado salvaje en el que lo anterior no se daba.

La segunda forma es una justificación más optimista, pero también apologética del derecho como lo opuesto a la mera violencia cruda, así como su eventual conquistador, en tanto erradica progresivamente la necesidad de la violencia pública y legitimada del Estado para la perpetuación de la paz social (Sarat y Kearns,

1995a, pp. 2, 5; 1995b, p. 213; La Torre, 2009, pp. 3-4, 8). Esto o bien como un objetivo alcanzable o bien como un paradigma que funcione como norte.

Como puede observarse, dentro del marco del segundo alivio, la expectativa respecto del derecho es que trascienda su mera confrontación con la violencia cotidiana, temida y repudiada, para absorberla por completo hasta erradicar todas sus formas públicas y privadas. Una expectativa que se mantiene, incluso cuando esta eventual victoria implicaría una actitud constante de autoconservación por parte del propio derecho. Es decir, que esta superación conduciría a su vez, indefectiblemente, al uso de medios violentos para preservar un orden de natural cambio lento (el jurídico) frente a uno de cambio extremadamente dinámico y adversarial, en relación con aquello que le precede (el social). En efecto, en la medida que el derecho se justifica en principios, valores e intereses, considerados como socialmente relevantes en un momento dado, lo que este conserva no solo es su propia integridad institucional, sino un orden social tanto ético como político, cuyo ámbito de influencia tiende a ser universal y homogeneizante para quienes está dirigido. Asimismo, dentro del orden político que respalda, también se mantiene un arreglo sobre las relaciones de poder, uno al que el derecho está irrevocablemente unido (Bourdieu, 1987, pp. 822-823). Esto es parte de la opinión de Walter Benjamin sobre la paradoja en cuestión, y de donde se deriva el siguiente y último alivio.

La *Zur Kritik der Gewalt* (Para una crítica de la violencia) de Benjamin inspira un alivio a la paradoja más pesimista que el anterior. De acuerdo con este autor, la violencia, en tanto que la fuerza seminal produce las condiciones para el surgimiento de un orden jurídico y político, es, por ello mismo, una fuerza creadora, aunque siempre humana («mítica») (1921/1986, pp. 282-283, 295-296)<sup>16</sup>. Es precisamente debido a esto último que el orden creado (jerárquico, en cualquier caso) siempre estará tratando de conservarse, pero, a diferencia del segundo alivio, en este caso la violencia transforma su naturaleza creadora en una preservante, a efectos de mantener la integridad de ese orden que originó, independientemente de su fidelidad a las condiciones y demandas sociales que lo produjeron. Es decir, la preservación del orden no necesariamente implica el bienestar de la sociedad a la que se supone sirve (1921/1986, pp. 281, 284-286, 296-297)<sup>17</sup>, produciendo en su seno una nueva violencia creadora, revolucionaria esta vez (1921/1986, p. 300)<sup>18</sup> que, en un acto refundacional, reiniciará el ciclo.

Para Benjamin, el único fin posible de tal ciclo es un nuevo tipo de violencia, una «divina» representada en una huelga general proletaria que inaugure una

16 Este rol creador de la violencia es también resaltado por Olivecrona (1939/1959, pp. 47-48); Agamben (1970/2009, p. 109); Cover (1983, p. 50, 1986b, p. 818); Sarat y Kearns (1995a, p. 4); Ieven (2006, p. 200); Leyte (2005, pp. 108, 110); y Lemaitre (2015, pp. 441-442), quienes inclusive han considerado al derecho como una manifestación del monopolio político de la violencia.

17 Véase también: Derrida (1990/2002, pp. 266-267); Buonamano (1998, p. 274); Culler (1991, pp. 1229, 1234-1236); Hamacher (1991, pp. 1133-1134, 1137).

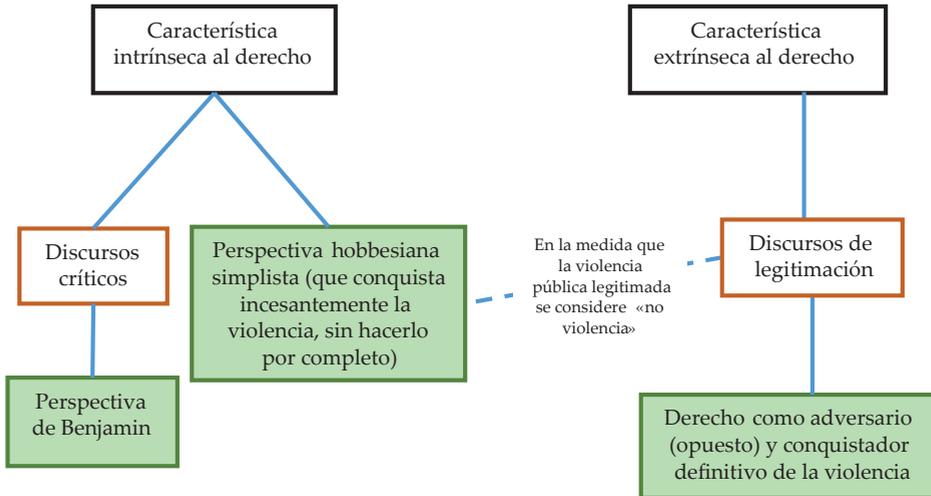
18 Véase también: Derrida (1990/2002, pp. 268, 274-275); Menke (2010, pp. 10-12); Samahon (2012, pp. 735, 739-741).

nueva época en la historia y destruya el Estado (el orden político jerárquico) y el derecho que lo respalda. La influencia marxista es evidente. Ahora, incluso, cuando su huelga general podría traer una «violencia divina», mesiánica y purificadora (una destructora del derecho) que inaugure un nuevo tiempo (1921/1986, pp. 294, 297, 300; Hamacher, 1991, pp. 1146-1151, 1155-1157); él mismo afirma que esta violencia siempre será «bastarda» del derecho y del poder. Esto es, siempre sufrirá una nueva metamorfosis que le retorne su carácter «mítico», más humano, autopreservante cada vez (1921/1986, p. 300; Larse, 2013), sumergiéndola una vez más en el ciclo.

Así, el sentido de este bucle se explica por el hecho de que cualquier sistema jurídico antagonizará con cualquier tipo de resistencia, lo que eventualmente producirá un proceso de refundación que instaurará un nuevo sistema tanto jurídico como político. De acuerdo con esta visión, el derecho podría vivir muchas vidas diferentes (democráticas o autoritarias, por ejemplo), pero cada una de ellas estará permanentemente limitada por las restricciones del ciclo, dominada por la preservación de su propio *status quo* y la inminencia de una violencia refundacional<sup>19</sup>.

A continuación, el o la lectora podrá encontrar un diagrama que grafica la relación entre las categorizaciones presentadas hasta ahora.

**Gráfico N. ° 1. Esquema integrado de las propuestas de alivio a la paradoja clásica de la relación entre el derecho y la violencia**



Elaboración propia.

<sup>19</sup> Esto será más palpable, por ejemplo, en aquellos supuestos de «estado de excepción» a los que se refiere Agamben, en los que el ejercicio de la soberanía desenfundada y sus restricciones, producto de la suspensión del derecho, criminaliza al adversario (2000, pp. 90-96). Sin embargo, esto no es exclusivo de tales extremos, la autopreservación del derecho, incluso en contextos democráticos, se vale de medios violentos.

Como quizá se haya notado ya en este punto, el fatalismo particular de la tercera postura sobre la paradoja bajo análisis permite subsumir en sí a las otras dos. Su carácter cíclico funciona como una extensión a la explicación inicial de estas. En el primer caso, la reinención de los medios violentos sería necesaria para el control de la compleja y adaptativa naturaleza humana; mientras que, en el segundo caso, ya existe una semejanza frente a la postura de Benjamin, solo que el acto de autopreservación es respecto de los valores que el orden jurídico representa y no la institucionalidad del orden en sí mismo.

En cualquier caso, se asume la violencia como un fenómeno inevitable que el derecho está llamado a conquistar y reconocer como inevitablemente asociado a él. A su vez, al tomar cualquiera de estas visiones, invoca su autopreservación contra el avance de la violencia que ha proscrito o, en general, contra cualquier tipo de resistencia (ideológica, revolucionaria, criminal, etc.) que amenace su existencia. Para ello, el derecho recurrirá ineludiblemente a cierto grado de violencia como una prerrogativa del propio orden estatal que él mismo valida y que, dependiendo de las condiciones políticas y sociales que le permitan escalar sin neutralizar aquello a lo que dirige sus medios violentos, podría conducir a un proceso político y jurídico de refundación. Esto último no es extraño en la historia moderna temprana, menos aún en la latinoamericana o la de países en desarrollo, o en zonas de conflicto.

Ahora bien, más allá de la impresión que podría dejar lo mencionado en el último párrafo, las circunstancias descritas no son únicamente verificables respecto de regímenes autoritarios o democracias débiles. Indudablemente, los sistemas democráticos fuertes son escenarios preferibles para la reducción progresiva de la violencia legitimada, pero de ninguna manera se excluyen del ciclo ya mencionado. Si bien los procesos de transformación de un orden jurídico y político democrático consolidado pueden ser más dialógicos, no están exentos de una escalada de violencia. La represión de las minorías (simbólicas o no) respaldada jurídicamente, aunque no necesariamente justa y generalmente acompañada de castigos, dentro de los regímenes democráticos, son evidencia de la relatividad y límites de la paz y estabilidad que la democracia ofrece (Espinosa, 2009, pp. 123-150; Abrego, 2015, pp. 265-267; Mawani, 2015; Lyons, 2012; Sterett, 2015, pp. 5-6; Hay, 1995). De igual manera, lo son los procesos muchas veces dolorosos de reconocimiento de derechos de afrodescendientes, indígenas, grupos LGTBIQ o inmigrantes, incluso cuando no están siendo físicamente reprimidos. Recuérdese la expresión de Cover.

Así, la paradoja de esta relación parece conducir cada vez a la tragedia de la repetición, a un círculo donde, incluso, el paradigma de un derecho victorioso parece ser contradictorio, ya que el triunfo de ese derecho habrá demandado el uso de medios violentos para lograr ese objetivo y demandará el uso de los mismos medios para no perderlo. Desde luego, podría argumentarse que tal victoria no es más que un paradigma, un objetivo asintótico. No obstante, un paradigma planteado en estos términos no solo encubre el bucle en cuestión y justifica el uso de los medios violentos que alimentan tal ciclo, inclusive negando su naturaleza

violenta, sino que no admite ni quisiera una salida hipotética que funcione, efectivamente, como un objetivo paradigmático.

En efecto, el hecho de alimentar la propia repetición (encubriéndola, en algunos casos) tendrá, finalmente, una consecuencia sobre el propio paradigma que se asuma, su estancamiento. El establecimiento de un límite preestablecido en el camino de realización de su propósito: el traer orden, estabilidad y paz a la sociedad. La repetición impedirá el avance más allá de cierto momento de saturación, sin reconocerlo. Así la cosas, pareciera necesario reformular los términos del paradigma jurídico en función de los términos de la paradoja planteada, considerando siempre la fatalidad de Benjamin.

### **3. Bases para la reformulación de la paradoja como una de carácter teleológico**

Antes de iniciar este apartado debo mencionar que, en general, estoy de acuerdo con la oposición que se plantea entre el derecho y la violencia. Sin embargo, creo que hay una forma diferente de procesar tanto este conflicto como el hecho de que uno use los medios del otro, una forma distinta a considerarlos como adversarios en una batalla de suma cero. Para explicar esta idea, recuperaré una declaración que se usa con frecuencia como un ejemplo radical e hipotético para enfatizar el vínculo entre el derecho y la violencia, pero que generalmente no se desarrolla: si no hubiera violencia, no habría necesidad del derecho (Sarat y Kearns, 1995a, p. 2; Leyte, 2005, pp. 111-112).

En efecto, si no hubiera transgresiones a la libertad de las personas o daños intencionales y no deseados entre ellas mismas, no habría nada que regular, ni una conducta que debiera guiarse en una dirección diferente a la que se conduce bajo tales circunstancias. El problema con esta poderosa afirmación es que su orientación teleológica no se considera como un elemento constitutivo de la paradoja. En realidad, la manera en que se suele postular la contradicción se basa en la reacción inmediata de pensar un derecho idealmente moderno y racional en contraposición con la repugnancia que suele producir la violencia, generando la mentada sensación de suma cero. Se coloca en el núcleo del proceso de desarrollo del paradigma sobre el derecho moderno al conjunto prometido de reglas racionales capaces de regular conductas irracionales, irreflexivas, violentas. Se trata así, de una paradoja ideológica y de procedimiento donde lo que encontramos es una feroz competencia entre opuestos irreconciliables por ser la motivación final que inspire el comportamiento humano. Es de este derecho moderno ideal, de donde toma su inspiración el paradigma del derecho triunfante<sup>20</sup>.

Al respecto, lo que me gustaría sugerir es mover la paradoja de esta posición inicial al hipotético final en donde, en efecto, la violencia haya desaparecido. Lo siguiente a este punto sería preguntarnos por el sentido de la existencia del derecho

20 Otra variación de la confrontación ideológica sobre la discusión acerca de la violencia es aquella que diferencia entre una «buena» y una «mala», considerando a la violencia creadora como una fuerza positiva en la historia de la humanidad (Agamben, 1970/2009, pp. 105-106; Arendt, 1970, p. 30). Al reflexionar a favor de la desobediencia civil en el contexto de la Guerra Fría, Habermas también postula el problema ideológico de esta categorización (1985, pp. 26-29).

en ese escenario, y deducir también su desaparición. Esto podría hacerse también, enfatizando el propósito final del sistema jurídico estatal, es decir, crear una sociedad ordenada y estable que pueda manejar su propio dinamismo pacíficamente. A saber, una sociedad sin violencia, guiada por medios y fórmulas no violentos para enfrentar los conflictos sociales y su propia pluralidad (cultural, ideológica, religiosa, etc.). De ser este el caso, debería reconocerse que este objetivo asintótico no está necesariamente relacionado con la existencia de un orden normativo jurídico más allá de tal punto. De hecho, precisamente por aquella afirmación con la que inició esta sección, un sistema jurídico sería torpemente innecesario.

Por supuesto, para que esto se logre, se deben preferir algunos valores, instituciones y procedimientos en particular, aquellos compatibles con este fin hipotético, la extinción del propio derecho como sistema de control social y contención de la violencia. Esta es la razón por la cual, por ejemplo, incluso cuando el orden y la estabilidad social podrían ser perseguidos por el derecho de regímenes autoritarios o democráticos, solo estos últimos podrían considerarse coherentes con esta visión, a largo plazo.

Por lo tanto, considerando la estrecha conexión y oposición entre la existencia de estos dos fenómenos, el derecho y la violencia, al trasladar la tensión de la paradoja al hipotético objetivo final propuesto, lo que se estaría afirmando es que la paradoja en sí misma se sitúa en una naturaleza autodestructiva y autorreflexiva del propio derecho<sup>21</sup>. En ese sentido, surge un nuevo paradigma, el derecho como una suerte de anfitrión para el sacrificio de la violencia, la cual sería asimilada, legitimada y regulada por el primero, no para reclamar su victoria sobre ella, sino para cesar la existencia de ambos. En este sentido, tal vez se pueda rastrear un halo de heroísmo en la idea de derecho, pero no triunfante, no como el final de una batalla, sino como la consumación de una forma sublimada del sacrificio social catártico Girardiano (Girard, 1999, pp. 11-12, 1993, pp. 17-18; Garagalza, 2007, pp. 151-153; Torrano y Lorio, 2012, pp. 115-116).

Este enfoque busca evadir el problema de repetición creado por el ciclo postulado por Benjamin. Como paradigma, esta forma de entender el derecho rechaza la posibilidad del bucle. De hecho, bajo este esquema es claro que el ciclo se opone al desarrollo del derecho hacia aquello que sería su destino deseado. En efecto, el ciclo no solo frena el cumplimiento de la razón de la existencia de este, sino que lo retrasa cada vez que un sistema jurídico busca preservarse a sí mismo y al orden político al que está irremediabilmente asociado; es decir, cada vez que el derecho tiene que recurrir a medios violentos para mantener un acuerdo de poder para

21 Un derecho autorreflexivo en el sentido dado por Menke (2011, p. 124). Esto es, como un derecho considerado en su relación con el «otro», en este caso, con los otros componentes de un orden social, incluida la violencia. Este derecho no solo reconocería la naturaleza de su vínculo con la violencia, sino la violencia de su seno, lo que significaría aprehender la inherencia de su paradójica interdependencia. Si bien Menke no se refiere expresamente a la relación del derecho y la violencia cuando describe la autorreflexividad del primero en su artículo de 2011, sí reconoce que la emergencia de una paradoja no necesita resolverse en términos negativos respecto a esta, pues es constitutiva de la naturaleza del propio derecho y debe asumirse como tal (pp. 125, 131).

el control social, por el mero hecho de su autopreservación institucional ante su cuestionamiento (ideológico, político, cultural, etc.).

Por supuesto, si bien lo que se pretende aquí es un análisis limitado al sistema jurídico, es innegable que al menos dos elementos más intervienen en el desarrollo de la paradoja así planteada, ambos ya han sido mencionados, la autoridad y el poder. Ambos indispensables para la existencia de un orden social y para comprender las circunstancias en las que sea concebible pensar en un paradigma que implique la extinción de la violencia y el derecho, o que implique que tal extinción es deseable y debe perseguirse. Esto, incluso, cuando el escenario realista óptimo solo pudiese ser un equilibrio entre estos cuatro elementos, aunque con el predominio del derecho sobre la violencia, a efectos de reducir su uso a medios legitimados por este de forma progresivamente excepcional; y el predominio de la autoridad sobre la coerción jurídica, a efectos de garantizar dicha progresividad y evitar el abuso de la violencia mediante el ejercicio del poder.

#### **4. Corolario**

En contraste con otras temáticas, la reflexión sobre la relación entre el derecho y la violencia ha tenido una atención más bien modesta, especialmente dentro de los estudios de teoría del derecho. Esto, a pesar de que, como se ha pretendido resaltar en este breve artículo, la naturaleza de este paradójico vínculo tiene un impacto directo en la teorización sobre la naturaleza del derecho estatal moderno y la construcción de una teoría jurídica alrededor de esta. Así, mientras las consideraciones tradicionales sobre la paradoja de la relación suelen concebir un derecho triunfante sobre la violencia y ajeno a esta en su existencia, o con la posibilidad de desvincularse de ella, al menos teóricamente; lo que aquí se propone es una visión que no redunde sobre la mitología racionalista de la modernidad estatal, asociada a lo anterior. Lo que se busca es la concepción de un derecho que, al asumir la inevitable incomodidad del vínculo, lo haga autorreflexivamente, ponderando la propia necesidad de su existencia frente a la expectativa de superar la violencia que nos repele como sociedad, incluso si eso genera un nuevo paradigma, quizá más trágico, pero también más humilde y más acorde con el reconocimiento de la naturaleza de tal vínculo: el de su propia extinción.

## REFERENCIAS

- Abrego, L. J. (2015). Immigration Law and Immigrants' Lived Experiences. En Sarat, A. y Ewick, P. *The Handbook of Law and Society*, (pp. 258-273). Wiley-Blackwell.
- Agamben, G. (1970/2009). On the Limits of Violence. *Diacritics*, 39(4), 103-111.
- Agamben, G. (2000). *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Pre-Textos.
- Anker, K. (2008). The Law of the Other: Exploring the paradox of legal pluralism in Australian Native Title. En P. Lagayette (Ed.), *Dealing with the Other: Australia's Faces and Interfaces*. Sorbonne University Press.
- Arendt, H. (1970). *On Violence*. Houghton Mifflin Harcourt.
- Benda-Beckmann, K. (1981/2014). *Forum Shopping y Shopping Forums: la resolución de conflictos entre los minangkabau de Sumatra Occidental, Indonesia*. En A. Guevara Gil y A. Gálvez (Eds.), *Pluralismo Legal e Interlegalidad. Textos esenciales* (pp. 327-357). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), Pontificia Universidad Católica del Perú
- Benda-Beckmann, F. y Benda-Beckmann, K. (2006/2014). ¿Qué y de quién es lo comunal? Lecciones desde Minangkabau. En A. Guevara Gil y A. Gálvez (Eds.), *Pluralismo Legal e Interlegalidad. Textos esenciales* (pp. 185-206). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Benjamin, W. (1921/1986). Critique of Violence. En W. Benjamin, *Reflections: Essays, aphorisms, autobiographical writings* (pp. 277-300). Schocken Books.
- Bobbio, N. (1965). Law and Force. *The Monist*, 49(3), 321-341.
- Bourdieu, P. (1987). The Force of law: Toward a sociology of the juridical field. *Hastings Law Journal*, 38, (pp. 814-853).
- Bufacchi, V. (2005). Two Concepts of Violence. *Political Studies Review*, 3, pp. 193-204.

- Buonamano, R. (1998). The Economy of Violence: Derrida on Law and Justice. *Ratio Juris*, 11(2), 168-179.
- Buonamano, R. (2006). Humanity and Inhumanity: State Power and the Force of Law in the Prescription of Juridical Norms. En J. T. Parry (Ed.), *Evil, Law and the State. Perspectives on State Power and Violence*, (pp. 159-171). Rodopi.
- Clastres, P. (1977/2016). *Archéologie de la violence*. Éditions de l'Aube.
- Cover, R. M. (1983). Foreword: Nomos and narrative. *Harvard Law Review*, 97(1), 4-68.
- Cover, R. M. (1986a). Violence and the Word. *The Yale Law Journal*, 95(8), 1601-1629.
- Cover, R. M. (1986b). The Bonds of Constitutional Interpretation: Of the Word, the Deed, and the Role. *Georgia Law Review*, 20(4), 815-834.
- Culler, J. (1991). Violence and Justice: Baudelaire's *Assommons Les Pauvres*. *Cardozo Law Review*, 13(4), 1229-1236.
- Derrida, J. (1990/2002). Force of Law. The «Mystical Foundation of Authority». En G. Anidjar (Ed.), *Acts of Religion. Jacques Derrida*, (pp. 230-298). Routledge.
- Eagleton, T. (2001). *La idea de cultura. Una mirada política sobre los conflictos culturales*. Paidós.
- Edmundson, W. (1995). Is law Coercive? *Legal Theory*, 1(1), 81-111.
- Espinosa, O. (2009). ¿Salvajes opuestos al progreso?: aproximaciones históricas y antropológicas a las movilizaciones indígenas en la Amazonía peruana. *Anthropologica*, XXVII (27), 123-168.
- Fersini, M. P. (2016). Derecho y violencia: La apuesta por la diferencia. *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXXII), 265-296.
- Fitzpatrick, P. (1984). Law and Societies. *Osgoode Hall Law Journal*, 22(1), 115-138.
- Garagalza, L. (2007). René Girard y la paradoja de la modernidad. *Papers: Revista de Sociología*, (84), 149-156.
- García López, D. (2020). Desterritorializar el dispositivo de la teoría del derecho. Hacia una ontología político-jurídica de la actualidad. *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXXVI), 225-250.
- Giddens, A. (1999). *Consecuencias de la modernidad*. Alianza Editorial.
- Girard, R. (1993). Violence, Difference, Sacrifice: A Conversation with René Girard. *Religion & Literature*, 25(2), 9-33.

- Girard, R. (1999). The First Stone. *Renascence*, 52(1), 5-18.
- Griffiths, A. (2002/2014). El concepto de pluralismo jurídico: debates sobre su significado y alcance. En A. Guevara Gil y A. Gálvez (Eds.), *Pluralismo Legal e Interlegalidad. Textos esenciales* (pp. 143-166). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Habermas, J. (1985). Derecho y violencia. *Anuario de filosofía del derecho*, (2), 19-32.
- Hamacher, W. (1991). Afformative, Strike. *Cardozo Law Review*, 13(4), 1133-1158.
- Ieven, B. (2006). Legitimacy and Violence: On the Relation between Law and Justice According to Rawls and Derrida. En J. T. Parry (Ed.), *Evil, Law and the State. Perspectives on State Power and Violence*, (pp. 199-210). Rodopi.
- Kelsen, H. (1934/2011). *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Trotta.
- Kelsen, H. (1945/2014). *General Theory of Law and State*. The Lawbook Exchange, Ltd. [Kindle DX version]. [www.amazon.com](http://www.amazon.com)
- La Torre, M. (2009). Derecho y fuerza. *Jueces para la democracia*, (66), 3-8.
- La Torre, M. (2010). Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y «estado de excepción». *Res Publica*, (23), (pp. 17-35).
- Lamond, G. (2001). Coercion and the Nature of Law. *Legal Theory*, 7(1), 35-57.
- Lamond, G. (2010). Coercion. En D. Patterson (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2.ª ed.), (pp. 642-653). Wiley-Blackwell.
- Larse, S. (2013). Notes on the Thought of Walter Benjamin: Critique of Violence. [Web log post]. <http://criticallegalthinking.com/2013/10/11/notes-thought-walter-benjamin-critique-violence/>
- Lazarus-Black, M. (1994). Slaves, Masters, and Magistrates: Law and the Politics of Resistance in the British Caribbean, 1736-1834. En M. Lazarus-Black y S. Hirsch (Eds.), *Contested States: Law, Hegemony and Resistance (After the Law)*, (pp. 252-281). Routledge.
- Lemaitre, J. (2015). Law and Globalism. Law without the State as Law without Violence. En A. Sarat y P. Ewick (Eds.), *The Handbook of Law and Society*, (pp. 433-445). Wiley-Blackwell.
- Leyte, A. (2005). ¿Violencia o poder en la constitución de la filosofía moderna? *Quaderns de filosofia i ciència*, (35), (pp. 107-117).

- Lyons, D. (2012). Violence and Political Incivility. *Mercer Law Review*, 63(3), 835-844.
- Marmor, A. (2010). The Ideal of the Rule of Law. En D. Patterson (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2.<sup>a</sup> ed.), (pp. 666-674). Wiley-Blackwell.
- Mawani, R. (2015). Law and Colonialism: Legacies and Lineages. En A. Sarat y P. Ewick (Eds.), *The Handbook of Law and Society*, (pp. 417-432). Wiley-Blackwell.
- Menke, C. (2010). Law and Violence. *Law and Literature*, 22(1), 1-17.
- Menke, C. (2011). The self-reflection of Law and the Politics of Rights. *Constellations*, 18(2), 124-134.
- Moore, S. F. (1973). Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. *Law & Society Review*, 7(4), 719-746.
- Oberdiek, H. (1976). The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems. *The American Journal of Jurisprudence*, 21(1), 71-94.
- Parry, J. T. (2006). Evil, law and the state: perspectives on state power and violence. Rodopi.
- Post, R. (2013). Who's Afraid of Jurispathic Courts?: Violence and Public Reason in Nomos and Narrative. *Yale Journal of Law and the Humanities*, 17(1), 9-16.
- Olivecrona, K. (1939/1959). *El Derecho como hecho*. Roque De Palma Editor.
- Ripstein, A. (2004). Authority and Coercion. *Philosophy & Public Affairs*, 32(1), 2-35.
- Samahon, T. (2012). Democracy, Violence, and Constitutional Revision in the Shadow of Democratic Revolution Theory. *Denver University Law Review*, 89(3), 735-745.
- Santos, B. (1987). Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law. *Journal of Law and Society*, 14(3), 279-302.
- Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica*. ILSA.
- Sarat, A. y Kearns, T. R. (1995a). Introduction. En A. Sarat y T. R. Kearns (Eds.). *Law's Violence*, (pp. 1-21). University of Michigan Press.
- Sarat, A. y Kearns, T. R. (1995b). Making Peace with Violence: Robert Cover on Law and Legal Theory. En A. Sarat y T. R. Kearns (Eds.). *Law's Violence*, (pp. 211-250). University of Michigan Press.
- Sterett, S. M. (2015). What is Law and Society? Definitional Disputes. En A. Sarat y P. Ewick (Eds.), *The Handbook of Law and Society*, (pp. 3-17). Wiley-Blackwell.

- Stern, S. (1986). *Los pueblos indígenas del Perú y el desafío de la conquista española. Huamanga hasta 1640*. Alianza Editorial.
- Taylor, M. (1990). Desire of Law-Law of Desire. *Cardozo Law Review*, 11(5-6), 1269-1274.
- Torrano, A. y Lorio, N. (2012). Economía de la violencia y figuras de la excepción. Soberanía y biopolítica. *Revista Pléyade*, (9), 101-118.
- Wald, P. M. (1993). Violence under the Law: A Judge's Perspective. En A. Sarat y T. R. Kearns (Eds.). *Law's Violence*, (pp. 77-103). University of Michigan Press.
- Weber, M. (1967). *Max Weber on Law in Economy and Society* (M. Rheinstein, Ed.) (E. Shils y M. Rheinstein, Trans.). Simon and Schuster.
- Weisberg, R. (1995). Private Violence as Moral Action: The Law as Inspiration and Example. En A. Sarat y T. R. Kearns (Eds.). *Law's Violence*, (pp. 175-210). University of Michigan Press.



**SEGUNDA SECCIÓN**  
**DERECHOS FUNDAMENTALES**



# EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PERÚ: EL CAMINO HACIA SU EFECTIVA APLICACIÓN Y HACIA EL REAL RECONOCIMIENTO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS PLENOS DE DERECHOS\*

*Carolina Garcés Peralta\*\**

Pontificia Universidad Católica del Perú

Existe un importante desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho interno en materia de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, en los hechos, debido a patrones social y culturalmente arraigados, las personas menores de edad continúan siendo considerados «objetos de protección» antes que «sujetos de derechos».

El presente artículo analiza el marco jurídico, la doctrina y la jurisprudencia desarrollada a la fecha respecto al principio derecho del interés superior del niño/a. Su finalidad es la toma de conciencia, por parte del Estado, de su responsabilidad de adoptar e implementar acciones y políticas para erradicar la discriminación que hoy sigue jugando en contra de las niñas, niños y adolescentes; y, en especial, del rol trascendental que juegan las y los magistrados en la real protección y vigencia de sus derechos fundamentales.

## 1. Consideraciones generales

No cabe duda que, en las últimas décadas, se ha venido produciendo un importante desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial en lo que se refiere a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, tanto en lo que se refiere al derecho internacional de los derechos humanos como también en el derecho interno de los Estados.

\* Algunas de las ideas de este trabajo ya fueron incluidas en Garcés (2012).

\*\* Abogada, exviceministra de la Mujer del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; magíster en Derecho Constitucional; doctoranda por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); exdirectora general de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo; exadjunta encargada para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo del Perú; miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC); docente de la Maestría en Derecho Constitucional y de la Facultad de Derecho de la PUCP, e investigadora del Grupo de Derecho, Género y Sexualidad (DEGESE) y del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de esta misma casa de estudios.

Durante muchos años se consideró que la normatividad en materia de derechos humanos era suficiente para garantizar su vigencia a todos los seres humanos. Sin embargo, la desigualdad material que afecta a grupos de personas que, en los hechos, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad ha llevado a que, necesaria y complementariamente, se adopten medidas que reconozcan derechos y mecanismos específicos de protección.

Precisamente, uno de estos grupos en situación de vulnerabilidad son los niños, niñas y adolescentes, quienes históricamente han sido considerados, en las distintas sociedades, como personas en situación de dependencia que, por ende, requerían ser objeto de protección de sus progenitores o de quienes los tenían bajo su cuidado.

En el marco de la evolución de los derechos humanos, la doctrina que inicialmente se aplicó para la emisión e interpretación de normas jurídicas sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes fue la denominada Doctrina de la Situación Irregular. Esta se caracterizaba por un enfoque eminentemente tutelar y paternalista, basado en el establecimiento de normas jurídicas que planteaban su protección como personas que, no siendo aún capaces de gozar y ejercer *per se* sus derechos, requerían ser objeto de tutela por parte del Estado y la sociedad.

Si bien antes de su emisión existieron instrumentos internacionales que abordaban aspectos vinculados a la protección de niños, niñas y adolescentes, puede afirmarse que es la Convención sobre los Derechos del Niño el principal instrumento jurídico vinculante que establece un marco de protección y promoción específica e integral de las personas menores de edad y de sus derechos humanos. Este tratado, ratificado por el Perú en 1990 y, por ende, de obligatorio cumplimiento en el país, es la máxima expresión de la denominada Doctrina de Protección Integral, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) como sujetos de derecho que requieren de un sistema garantista para la protección de sus derechos humanos<sup>1</sup>.

Así, en materia de respeto y promoción de los derechos humanos existe una clara tendencia al progresivo reconocimiento y protección de derechos específicos de los NNA debido a sus particulares circunstancias (Cillero, 1999, p. 74), por ser sujetos de derecho en formación. La especificidad en materia de niñez y adolescencia comprende, además, el establecimiento de sistemas y mecanismos (judiciales, administrativos, participativos, etc.) para la tutela efectiva de sus derechos, tanto en el ámbito internacional como nacional.

---

1 Siendo los NNA sujetos de derecho, además del goce y ejercicio de sus derechos, deben también responder por sus actos en función de su especial situación y grado de desarrollo. Es por ello que la Doctrina de Protección Integral ha tenido su mayor desarrollo en lo que se refiere a la responsabilidad penal de las personas menores de edad, centrándose en el planteamiento de una opción punitivo-garantista, en respeto del Derecho Penal Mínimo y de la utilización de medidas socioeducativas alternativas a la privación de libertad, empleándose esta como *ultima ratio*. Sin embargo, el desarrollo de este tema requiere de un tratamiento especial, pero escapa a los alcances del presente trabajo.

Sin embargo, a pesar de estos avances normativos, en los hechos, los niños, niñas y adolescentes aún continúan siendo históricamente ignorados, debido al arraigado paradigma y los estereotipos sociales que los consideran «objetos de protección» antes que «sujetos de derechos». Ello lleva, en muchos casos, a una interpretación restrictiva en el ejercicio y goce de sus derechos fundamentales, la que se origina, entre otras razones, debido a que quienes los tienen bajo su cuidado (progenitores o tutores), al ser responsables de su bienestar, se consideren, por esta misma razón, moral y legalmente facultados para imponer su autoridad y decidir por ellos sin tomar en consideración su autonomía y dignidad.

La situación se complica si a ello sumamos que las disposiciones de carácter general y abstracto, que reconocen principios y derechos fundamentales, requieren ser adecuadamente interpretadas y aplicadas para la solución de casos concretos por las y los operadores jurídicos. Sin embargo, estos suelen también tener arraigados patrones sociales y culturales que no les permiten brindar una adecuada protección a los NNA.

Uno de los fundamentos de la mencionada Doctrina de la Protección Integral es el principio del interés superior del niño/a (Garcés, 2009, pp. 251-282). Pero su indeterminación, sumado al desconocimiento de las y los operadores del Derecho sobre la materia y a los ya referidos estereotipos que generan que aún no se entienda en qué consiste la obligación de garantizar sus derechos fundamentales<sup>2</sup>, lleva a que, a pesar de los avances, aún se siga desnaturalizando su real contenido y finalidad. A todo esto, se suma la coexistencia de normas jurídicas (algunas de ellas emitidas antes del establecimiento de la Doctrina de Protección Integral) que, de no ser adecuadamente interpretadas en el marco de los estándares actuales de protección de derechos humanos y principios de interpretación, contribuyen a la desprotección de los NNA y a la restricción de la vigencia de sus derechos fundamentales (Garcés, 2009, pp. 251-282).

En este contexto resulta claro que el establecimiento, hace más de tres décadas, del interés superior del niño como principio de derecho base de la Doctrina de protección integral, aún carece de suficiente desarrollo en el establecimiento y la aplicación del ordenamiento jurídico peruano. En este sentido, resulta indispensable, de un lado, llevar a cabo un análisis del marco jurídico vigente y de la doctrina desarrollada vinculada a la materia; y del otro, a partir de la identificación del contenido de algunas sentencias y resoluciones, presentar ejemplos sobre la manera en que este principio viene siendo interpretado y aplicado por los diversos operadores jurídicos encargados de su cumplimiento, al momento de resolver casos concretos<sup>3</sup>.

---

2 El deber estatal de garantizar los derechos fundamentales se encuentra establecido en los artículos 1.º y 44.º de la Constitución Política del Perú y en los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3 No siendo factible una revisión cuantitativa de las sentencias o resoluciones emitidas en el ámbito internacional de protección de derechos humanos y en el nacional, se llevará a cabo el análisis de algunas sentencias emblemáticas que permiten realizar una evaluación cualitativa de los alcances y limitaciones que se vienen presentando respecto a su utilización, en el marco de la efectiva protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

## 2. La Constitución de 1993 y el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes<sup>4</sup>

A diferencia de Constituciones como la de Bolivia, Ecuador, México y Venezuela<sup>5</sup>, que consagran el interés superior del niño/a de manera expresa, la Constitución peruana de 1993 no consideró su inclusión. Aun cuando en el Diario de Debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático (CCD) se han identificado intentos por incorporar artículos que establecieran la protección expresa y específica de los NNA y del principio del interés superior del niño/a (en adelante ISN), estos fueron finalmente dejados de lado tanto en dicha Comisión como también en el Pleno del CCD (Congreso Constituyente Democrático, 1993a, pp. 616-633; y Congreso Constituyente Democrático, 1993b, pp. 359-365, 373 y 375).

La vigente Constitución peruana de 1993 contiene disposiciones específicamente vinculadas a la protección de los NNA. El artículo 4.º de la Constitución establece el deber del Estado y de la comunidad de proteger al niño/a y adolescente en situación de abandono, considerándolos como personas que, dada su situación de vulnerabilidad, requieren de especial protección. El artículo 6.º consagra el deber y derecho de los padres y madres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos/as y el deber de estos últimos de respetar y asistir a aquellos. Asimismo, reconoce la igualdad de derechos de los hijos/as prohibiendo «toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad». Por su parte, el artículo 13.º dispone el deber de los padres y madres de familia de educar a sus hijos/as. Finalmente, vinculado al ámbito laboral, el artículo 23.º establece la protección especial del Estado a la madre, al menor de edad<sup>6</sup> y al impedido que trabajan.

Si bien los artículos que tratan en nuestra Constitución sobre NNA son escuetos, tanto los principios y pautas de interpretación constitucional y de derechos fundamentales, como la denominada Internacionalización del Derecho Constitucional<sup>7</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hacen que hoy la defensa de los NNA se deba llevar a cabo respetando los estándares internacionales de protección de sus derechos fundamentales, sobre la base de los principios-derechos de dignidad (artículo 1.º), libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.º inciso 1), libertad (artículo 2.º 24) a) e igualdad y no discriminación (artículo 2.º inciso 2) de todas las personas, por ser estas el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Lo expuesto se encuentra intrínsecamente vinculado a lo dispuesto en los artículos 3.º y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución<sup>8</sup> que,

4 Véase al respecto Garcés, C. (2009), pp. 251-282.

5 Artículos 59.º y 60.º de la Constitución de Bolivia, Artículo 44.º de la Constitución de Ecuador y artículo 78.º de la Constitución de Venezuela. El artículo 4.º de la Constitución mexicana se refiere al «interés superior de la niñez».

6 La grave problemática del trabajo infantil constituye un tema de especial relevancia y requiere de un abordaje especial que esperamos realizar en un futuro próximo.

7 Véase al respecto, Landa, C. (2014), pp. 219-254; y Landa, C. (2015), pp. 153-185.

8 Artículo 3.- Derechos Constitucionales no enumerados. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza

en el marco de la denominada fuerza expansiva de los derechos fundamentales, establecen las cláusulas de apertura que apuntan a una cada vez mayor protección de los derechos fundamentales, en especial de quienes, como es el caso de los NNA, requieren de una especial protección.

A ello sumamos la obligatoriedad de los tratados ratificados por el Perú<sup>9</sup> que, en el caso de los tratados de derechos humanos, detentan rango constitucional (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 047-2004-AI/TC, fj. 32 y 33; Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC acumulados, fj. 26), y que forman asimismo parte del denominado bloque de constitucionalidad, por lo que son también parámetro para evaluar la compatibilidad de una disposición con la Constitución como norma suprema del Estado (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 6165-2005-HC/TC, fj. 12), siendo las infracciones directas a los tratados de derechos humanos afectaciones a la Constitución (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00053-2004-PI/TC). Es más, en virtud del denominado Control de Convencionalidad<sup>10</sup>, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) vinculan tanto al Estado parte, contra el cual fueron emitidas, como también a todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo expuesto comprende también las opiniones consultivas que, como máximo tribunal internacional encargado de interpretar los tratados de derechos humanos, emite la Corte IDH, por lo que se constituyen en parámetros de interpretación vinculantes de los derechos fundamentales<sup>11</sup> de los derechos de los NNA.

Cabe finalmente mencionar que, adicionalmente, las declaraciones y los pronunciamientos<sup>12</sup> emitidos por los distintos órganos de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados, se constituyen en parámetros de interpretación autorizada

---

análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Cuarta Disposición Final y Transitoria.- Interpretación de los derechos fundamentales. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

- 9 De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.
- 10 El Control de Convencionalidad ha sido desarrollado por la propia Corte IDH en las sentencias emitidas en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) y *Gelman vs. Uruguay* (2011). Constituye una técnica de control normativo del derecho interno mediante el uso de instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el cual busca asegurar que las normas y actos de los Estados sean acordes tanto con el contenido de los tratados de derechos humanos por él ratificados como con la interpretación que de ellos realizan los organismos encargados de su cumplimiento.
- 11 Es importante tener en cuenta que el artículo V del Título Preliminar de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional establece que «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».
- 12 Por ejemplo, las recomendaciones, observaciones y resoluciones.

que, aun cuando no tienen formalmente carácter vinculante, se inspiran en el principio de buena fe como base del cumplimiento de los tratados y del derecho internacional público<sup>13</sup>.

En virtud de lo expuesto, resulta fundamental abordar el desarrollo internacional que se ha llevado a cabo en materia de protección de derechos de los NNA y del denominado interés superior del niño/a.

### **3. La Convención sobre Derechos del Niño<sup>14</sup>, la Doctrina de Protección Integral y el establecimiento del Principio del Interés Superior del Niño/a<sup>15</sup>**

Como ya se ha referido líneas arriba, es con la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1989, que se establecen con carácter vinculante los principios e instituciones que son hoy la base de la protección de las personas menores de edad a nivel internacional y nacional. Tal es el caso de la mencionada Doctrina de la Protección Integral, que reconoce al niño/a como titular de derechos y que está compuesta por tres fundamentos que, como se verá, se encuentran intrínsecamente vinculados entre sí: la protección especial de los NNA (derechos específicos), el reconocimiento del niño/a y adolescente como sujeto de derecho, y el principio del interés superior del niño/a (Garcés, 2009, pp. 251-282).

#### **3.1. Los NNA como sujetos de derechos. La evolución progresiva de facultades**

La Convención sobre Derechos del Niño reconoce a los NNA derechos humanos vinculados al ejercicio de derechos y obligaciones como los de opinión, asociación y expresión. Por su parte, el artículo 5.º dispone que la dirección y orientación impartida por los padres y madres a sus hijos/as, u otras personas legalmente encargadas de su cuidado, deben tomar en consideración las capacidades de los mismos para ejercer sus derechos por cuenta propia. Así, se reconoce su carácter de sujetos de derecho, es decir, titulares de derechos y deberes, de la mano con su capacidad de goce y de ejercicio, en el marco de la evolución de sus facultades, vinculada a su voluntad en la toma de decisiones que les afectan (Lansdown, 2005, p. 9) establecida en el artículo 12.º de este tratado.

13 Artículo 26.º de la Convención de Viena. «*Pacta Sunt Servanda*». «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por las partes de buena fe». Artículo 27.º. 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.º».

14 Si bien en el desarrollo del presente trabajo se emplea lenguaje inclusivo, más allá de la limitación que ello implica ante la falta de enfoque de género con la que fue emitida, al referirnos a la Convención sobre Derechos del Niño resulta necesaria mantener la denominación exacta del tratado.

15 A diferencia de lo referido en la nota pie anterior, se utiliza el término interés superior del «niño/a», pues se trata de un concepto que consideramos que debe ser necesariamente entendido desde un enfoque de género y, por ende, requiere ser referido con lenguaje inclusivo. Por otro lado, aun cuando consideramos indispensable que se comprenda la distinción entre los derechos de los niños y niñas y los derechos de los y las adolescentes, mantenemos el uso del término «interés superior del niño/a» por ser, hasta la fecha, el de uso común tanto en el plano nacional como internacional.

Esta capacidad de asumir responsabilidades y decisiones que afectan su vida se va incrementando en función de su progresivo grado de madurez integral (física, psicológica y moral) y de su discernimiento, entendido este como la capacidad de toda persona para saber qué desea hacer o no hacer, si es bueno o malo, que comprende la denominada voluntad o posibilidad de realizar un acto propio que manifieste dicha decisión (Espinoza, 1998), todo lo cual no busca limitar el ejercicio de sus derechos, sino, por el contrario, garantizar su libre decisión sin ningún tipo de coacción.

De esta manera, el establecimiento expreso de los NNA como sujetos de derecho tiene por finalidad dejar de lado la concepción paternalista y compasiva que los entendía como objetos de protección sin autonomía, dando paso al reconocimiento de su dignidad, autonomía y, por ende, de su derecho y deber de participar no solo en las decisiones que atañen a su identidad y desarrollo personal y familiar, sino también en diversos ámbitos públicos y privados de la vida en sociedad; siendo el Estado, la sociedad y la familia responsables de proteger y garantizar sus derechos fundamentales para que puedan alcanzar su desarrollo integral.

Cabe tener en cuenta que esta consagración normativa de los NNA como sujetos de derecho resulta obligatoria, erradicando la concepción adultocéntrica que inspiraba la visión tradicional del derecho de familia, cuya relación paterno y materno-filial se basaba en la sujeción total a la potestad y decisión de los padres y madres. De esta manera, se reconoce a las personas menores de edad como sujetos autónomos, con intereses y necesidades que pueden resultar distintas —e inclusive contrarias— a las de sus progenitores o tutores.

A pesar de que todo lo expuesto generó, desde hace más de dos décadas, un importante cambio jurídico en la dinámica de todas las relaciones familiares y sociales en las que intervienen los NNA, lamentablemente, en los hechos, la situación de discriminación y consiguiente subordinación, que durante siglos ha limitado el reconocimiento y la efectiva protección de las personas menores de edad, continúa, en muchos casos, aún vigente.

### **3.2. El principio de protección especial de los niños, niñas y adolescentes**

El reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos no se contradice, sino más bien se complementa con la necesidad de reconocerles una protección especial; es más, este deviene en necesario debido a la situación de vulnerabilidad que aún experimentan, pues durante muchísimo tiempo han sido considerados como objetos de protección y de decisión de quienes los tienen bajo su cuidado, así como de la sociedad y del Estado.

Esta importancia de brindar a los NNA protección especial se encontraba ya contemplada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño. Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en 1959, establece en su Preámbulo que, por su falta de madurez física y mental, necesitan de protección y cuidado especiales; y en el Principio 2 refiere que cada niño/a «gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y

servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad».

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales e instrumentos, y documentos emitidos por diversos organismos y organizaciones contienen disposiciones vinculadas a la protección de los NNA. Sin embargo, es recién la Convención sobre Derechos del Niño la que establece disposiciones específicas que plantean la protección de los derechos fundamentales en concreto para los NNA, que a su vez debe ir de la mano con el establecimiento de mecanismos que garanticen su efectiva protección, lo que, como ya se ha referido, constituye un avance importante en el reconocimiento normativo de sus derechos fundamentales.

Precisamente, en concordancia con el avance del reconocimiento de la especificidad de los derechos de los NNA, y de su protección especial, es que también en el sistema interamericano, la Corte IDH ha emitido diversas sentencias que, en el marco del Control de Convencionalidad, resultan obligatorias para el Perú. En ellas establece que, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 19.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>16</sup> los niños, niñas y adolescentes no solo gozan de iguales derechos a los de las personas mayores de edad, sino que, complementariamente, poseen derechos adicionales específicos que buscan garantizarles efectiva protección en función de su particular situación de vulnerabilidad.

Así, en el caso del Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay, la Corte IDH sostiene que, al igual que los adultos, los NNA «poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado», los que entiende como derechos adicionales complementarios que el tratado establece para seres que, por su desarrollo físico y emocional, necesitan de protección especial (2004, párr.147). Similar planteamiento se encuentra en el caso de las Masacres del Río Negro vs. Guatemala, donde asimismo sostiene que «el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño», el cual se fundamenta en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades». En esta misma sentencia, la Corte reitera que «tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir [...] para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana» (2012, párr. 142).

---

16 «Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

Una destacable concreción realizada por la Corte IDH, respecto de la protección especial a partir de la adecuada interpretación de las normas internacionales de derechos humanos de los sistemas universal e interamericano, se produce en *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, y se circunscribe al derecho de toda persona a ser oída en el marco de un proceso. Así, en este caso, la Corte establece, de un lado, que las medidas especiales de protección para los NNA, contempladas en el artículo 19 de la Convención, deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto y, de otro lado, que el derecho a ser oído debe interpretarse a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyas previsiones buscan ajustar la intervención de los NNA a sus condiciones y que no redunde en perjuicio de su interés genuino (2012, párr. 196).

En el mismo sentido se pronuncia en la Opinión Consultiva OC-17/2002, donde establece que el artículo 19 de la Convención debe interpretarse de manera dinámica, a fin de que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades especiales del niño/a como verdadero sujeto de derecho y no solo como objeto de protección, para lo cual se debe ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño/a (2002, párrs. 28, 60 y 61). Por su parte, en la Opinión Consultiva OC21/14 recalca la existencia de un «muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños», que es fuente de derecho para establecer el contenido y los alcances de las obligaciones estatales a través de lo dispuesto por el artículo 19 de la Convención Americana, en el marco de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyos principios y derechos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana, cuando el titular de derechos es una niña o un niño (2014, párr. 57). Queda así clara, entonces, el importante vínculo entre los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos para una mayor protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

### 3.3. El principio del interés superior del niño/a<sup>17</sup>

En lo que se refiere al ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, el interés superior del niño/a (ISN) fue previamente mencionado en la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 2). Sin embargo, se consagra como tal por primera vez en la Convención sobre Derechos del Niño, tornándose en uno de los aportes más importantes de esta norma internacional.

El artículo 3.1 de la Convención establece que «[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño/a»<sup>18</sup>.

17 Parte del contenido de esta parte del trabajo ha sido tomado de Garcés (2009), pp. 251 a 282. Sin embargo, esta información ha sido actualizada y ampliada en función del desarrollo alcanzado en los últimos años sobre la materia.

18 Otros artículos de la Convención (9.1, 9.3, 18.1, 20.1, 21, 37 c, 40.2.b.iii) también hacen referencia al interés superior del niño.

Si bien al inicio de su establecimiento fue considerado como un término básicamente declarativo, hoy es claro que no se trata de un simple criterio o pauta de interpretación que puede o no ser utilizada. Por el contrario, constituye un principio general del Derecho (Aguilar, 2008, p. 226) que, en el caso del Perú, ha adquirido carácter constitucional<sup>19</sup>, y que como tal es obligatorio y debe ser necesariamente aplicado por intérpretes constitucionales y las y los operadores jurídicos para la protección efectiva de sus derechos fundamentales. Así, su incumplimiento genera la responsabilidad tanto de los Estados como de la sociedad y de los particulares (Santamaría, 2018, p.104).

Ahora bien, más allá de lo que implica el establecimiento y reconocimiento normativo de la denominada Doctrina de Protección Integral y, en especial, de su principio base que es el del interés superior del niño/a, al igual que todo principio, constituye un concepto obligatorio pero a la vez general, indeterminado y abstracto, además de dinámico y flexible (Carbonell, 2020), por lo que requiere ser concretizado en reglas que garanticen los derechos de los NNA ante cada situación específica. Esto implica la interpretación y aplicación a partir de exigencias deliberativas y argumentativas, que permitan la adecuada delimitación de su contenido y alcances, la que suele realizarse a partir de la jurisprudencia (Santamaría, 2018, p. 24).

En este sentido, el problema se presenta al pasar de los principios a las reglas (Atienza, 2010, p. 72), pues, es en estas situaciones es que su contenido viene siendo, de un lado, adecuadamente desarrollado por los diversos organismos encargados de garantizar su cumplimiento; y, de otro, de manera paralela, lamentablemente, dotado de contenidos no solo inadecuados, sino inclusive perjudiciales para la efectiva protección de los derechos de los NNA, entre otras razones, por los estereotipos que —como ya hemos referido— aún persisten y no permiten entender su real estatus de sujetos de derecho.

En este sentido, existen planteamientos o pautas que buscan contribuir a su adecuada determinación. Así, en primer lugar, el ISN es considerado el principio «rector-guía» de la Convención sobre Derechos del Niño, por lo que:

[...] cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el «interés superior del niño» deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención. No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce (Cillero, 1999, p. 71).

Un aspecto clave para la determinación del contenido y alcances del interés superior del niño/a es que está conformado por tres conceptos relacionados entre sí: a) es un derecho sustantivo de todo niño/a que su interés superior sea con-

19 Véase al respecto el acápite 4.2. «El desarrollo del Principio del interés superior del niño en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional».

siderado como primordial al momento de evaluar y sopesar distintos intereses para la toma de una decisión respecto de una cuestión debatida; b) es un principio jurídico interpretativo al momento de determinar la norma aplicable (entre varias), o para elegir la interpretación que mejor satisfaga; y c) es una norma de procedimiento, lo que se vincula a la adopción de las garantías procesales; así, los NNA deben ser tenidos en cuenta en los procesos judiciales o procedimientos en la adopción de decisiones (Comité de los Derechos del Niño, 2013, numeral 6).

Es entonces importante indicar que su obligatoria aplicación como principio implica que, cuando se presenten conflictos entre derechos o bienes constitucionalmente protegidos —ya sea en la resolución de una situación concreta o en la decisión sobre una propuesta normativa o política pública—, si una de las partes intervinientes es persona(s) menor(es) de edad, deberá, en el marco del test de ponderación<sup>20</sup>, aplicarse el principio del ISN. Llegado a este punto, es importante incidir en que, si bien el ISN no será el único factor que se deba tener en cuenta en la solución de un conflicto de derechos o en el planteamiento de una norma o de una política pública, sí debe ser siempre objeto de consideración primordial (Plácido, 2006, p. 4). Será entonces deber del Estado privilegiar los derechos de los NNA respecto de otros derechos, instituciones o valores constitucionalmente reconocidos<sup>21</sup>. Lo expuesto no implica, sin embargo, un trato arbitrario a favor de niños/as y adolescentes, sino que responde a un tratamiento diferenciado, fundado en causas objetivas y razonables que se derivan de la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra todo ser humano en esta etapa etaria de su vida (Garcés, 2012, p. 18).

De otro lado, el ISN juega un rol fundamental al momento de interpretar normas jurídicas que fueron emitidas antes del establecimiento, o sin considerar la doctrina de protección integral y los estándares vigentes de protección de los derechos humanos. Así, en el marco de los principios de interpretación constitucional de los derechos fundamentales, y dentro de la denominada «especificación de los derechos de personas pertenecientes a grupos vulnerables», el interés superior del niño/a busca salvar los problemas que se presentan respecto a estas normas o políticas, «otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y, en otras, considerándolas inaplicables» (Plácido, 2006, p. 5).

Finalmente cabe reiterar que, en el marco de su carácter dinámico y flexible, el interés superior del niño/a busca garantizar la vigencia de sus derechos en cada

20 El objetivo de la técnica de la ponderación es lograr, ante una situación concreta, una solución que optimice la realización de cada uno de los derechos o bienes en conflicto. De no ser esto posible, sobre la base de una restricción constitucionalmente justificada para la protección que se busca establecer, se establecerá la prevalencia de uno de los derechos, desplazando al otro con base en ciertos requisitos concurrentes: a) un fin legítimo o constitucionalmente reconocido; b) la idoneidad o razonabilidad de la medida para alcanzar el fin perseguido; c) que la intervención lesiva del bien o derecho afectado sea necesaria por no existir otra medida menos gravosa que conduzca a la misma finalidad; y, finalmente, d) la proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en la evaluación de si existe equilibrio entre los beneficios que se obtienen respecto del bien protegido y el daño o restricción ocasionados al derecho limitado (Garcés, 2012, p. 30).

21 Véase al respecto Cillero (1999) y Freedman (2005).

situación concreta, para su evaluación y determinación. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño sostiene que, de un lado, se debe determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás; y de otro, «seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho» (Comité de los Derechos del Niño, 2013, numeral 46). Refiere también el Comité lo siguiente:

La «evaluación del interés superior» consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por «determinación del interés superior» se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior (Comité de los Derechos del Niño, 2013, numerales 46 y 47).

En virtud de lo expuesto, resulta importante presentar a continuación los avances que vienen logrando, así como también las limitaciones que vienen enfrentando las y los distintos organismos y operadores del derecho, tanto en el ámbito internacional como en el derecho interno peruano, respecto de la definición de la naturaleza, contenido y aplicación del ISN.

#### **4. El desarrollo del contenido del interés superior del niño/a en la actuación de los organismos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos. Avances y limitaciones**

##### **4.1. El desarrollo del contenido del Principio del interés superior del niño/a por los organismos internacionales de protección de derechos humanos**

Como se ha referido en el punto 3 del presente trabajo, el contenido del interés superior del niño/a, que viene siendo desarrollado por los diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos competentes en la materia, es fundamental, pues sus declaraciones y pronunciamientos —tengan o no carácter formalmente vinculante— se fundamentan e inspiran en el principio *pacta sunt servanda* o buena fe, que es la base del cumplimiento de los tratados y del derecho internacional público. Así, constituyen fuente directa y resultan clave para la interpretación y adecuada aplicación de las normas constitucionales y demás normas internas del Estado.

Es en virtud de lo expuesto que resulta fundamental conocer el desarrollo que desde el derecho internacional se ha llevado a cabo en materia de protección de derechos de los NNA y del denominado interés superior del niño/a; ello, a fin de poder realizar una adecuada interpretación constitucional de este principio, en el marco de la denominada internacionalización del Derecho Constitucional.

En lo que respecta al Sistema Universal de Derechos Humanos, el Comité sobre Derechos del Niño ha sostenido la importancia del principio del ISN en diversas

recomendaciones. La Observación General N.º 5 plantea que todas las instituciones del Estado —incluidos los órganos legislativos y judiciales— deben analizar cómo los derechos e intereses de las y los niños pueden verse afectados, inclusive por aquellas acciones que no buscaron afectarlos, pero que, en los hechos, sí lo hicieron de manera directa (Comité de Derechos del Niño, 2003, numeral 12). Esta misma Observación General resalta el énfasis en el derecho de los NNA, de expresar su opinión en todos los asuntos que los afectan. Asimismo, es importante referir la Observación General N.º 12 del año 2009, en la cual el Comité resalta la relación entre el interés superior del niño/a y el derecho a ser escuchado y reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, sosteniendo que no es posible la correcta aplicación del artículo 3.º —sobre el interés superior del niño/a— si no se respetan los componentes del artículo 12.º, estableciendo su rol esencial en todas las decisiones que afecten su vida (Comité de Derechos del Niño, 2009, párr. 74).

Es en la Observación General N.º 14, del año 2013, que el Comité de los Derechos del Niño trata específicamente, sobre el derecho del niño y de la niña a que su interés superior sea una consideración primordial. Es en esta misma observación general donde —como se refirió en el acápite 3.3— se establece la triple concepción del interés superior del niño/a como un derecho sustantivo, como un principio interpretativo y como norma de procedimiento, dejando de esta manera manifestada la trascendencia del mismo, para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los NNA (Comité de Derechos del Niño, 2013, artículo 3).

Ante los citados avances desarrollados en sus informes generales sobre el ISN, preocupa que el Comité de Derechos del Niño haya manifestado, en su informe sobre el Estado peruano del año 2006 que, a pesar del reconocimiento normativo, «le preocupa que este principio no se aplique plenamente en la práctica, por ejemplo en la asignación de recursos a los niños, las decisiones sobre otros tipos de cuidado y su revisión y la administración de justicia» (Comité de Derechos del Niño, 2006, párr. 29). Por tal motivo, recomendó que Perú persevere en lograr que el ISN «se comprenda adecuadamente y se integre debidamente en todos los instrumentos jurídicos, así como en las decisiones judiciales y administrativas y en los proyectos, programas y servicios que repercuten en la infancia» (Comité de Derechos del Niño, 2006, párr. 30). La situación se agrava, ya que, en su último informe del año 2016 al Perú, reitera su preocupación respecto a que el ISN «no se aplica sistemáticamente en la práctica, sobre todo en las decisiones administrativas y judiciales» (Comité de Derechos del Niño, 2016, párr. 29). Asimismo, respecto al cumplimiento de su Observación General N.º 14 recomienda al Perú:

- a) Intensifique sus esfuerzos para lograr que se dé prioridad a ese derecho, se integre debidamente y se interprete y aplique sistemáticamente en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales y en todas las políticas, los programas y los proyectos que sean pertinentes y que tengan repercusiones en los niños;
- b) Vele porque ese derecho se reconozca plenamente en la versión revisada del Código de los Niños y Adolescentes;

- c) Establezca procedimientos y criterios para orientar a todas las personas pertinentes con autoridad para determinar los intereses superiores del niño en cada esfera y para ponderar debidamente esos intereses como consideración primordial (Comité de Derechos del Niño, 2016, párr. 30).

De otro lado, cabe también mencionar el trabajo que en materia del ISN viene desarrollando el Comité de Derechos del Niño, en el marco del Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a un procedimiento de comunicaciones, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 2011 -A/RES/66/138. En virtud de esta norma, los niños, niñas y adolescentes pueden dirigirse al Comité de Derechos del Niño para que este se pronuncie sobre sus quejas por presuntas vulneraciones de sus derechos establecidos en la Convención y en sus otros dos Protocolos facultativos. Dado que este Tercer Protocolo Facultativo también hace referencia expresa al carácter de sujetos de derechos y al principio del interés superior del niño como consideración fundamental cuando se ejercen recursos para reparar la violación de sus derechos (artículo 2.º), el Comité ha establecido interesantes planteamientos sobre ISN, en los casos que han llegado a su conocimiento. Solo a modo de ejemplo, como refieren Ravetllat y Contreras (2019), el Comité sostiene que ante la presentación de una comunicación a nombre de otra persona o un grupo de ellas sin su consentimiento, el autor/a de la misma podrá hacerlo siempre que ello obedezca al interés superior del niño o grupo de niñas o niños presuntamente víctimas de vulneraciones.

Asimismo, mediante la Comunicación N.º 2/2015 -CRC/C/73/D/2/2015, el Comité observa que la decisión para desestimar una demanda para visitar a una niña se basó en el ISN, el cual se justificó adecuadamente en el potencial efecto perjudicial que podría suponer para ella, iniciar una relación con una pariente desconocida que hubiese mantenido un alto nivel de conflictividad con sus padres. Es interesante que el Comité planteara que «En ausencia de información adicional que permita justificar en qué medida se habría lesionado el principio del interés superior de la niña al desestimar la demanda de la autora, el Comité considera que esta queja no ha sido suficientemente fundamentada y la declara inadmisibles». Finalmente, Ravetllat y Contreras mencionan como uno de los primeros casos, en los que el Comité considera que un Estado parte vulneró la Convención, el de *I. A. M. vs. Dinamarca* (2018), Comunicación N.º 3/2016, CRC/C/77/D/3/2016, sobre una orden de expulsión de una madre de nacionalidad somalí junto con su hija, por parte de las autoridades danesas. Tras admitir a trámite la comunicación, el Comité se pronuncia sobre el fondo y considera que «el Estado parte no tuvo en cuenta el interés superior de la niña al evaluar el supuesto riesgo al que se exponía la hija de la autora de ser sometida a la mutilación genital femenina en caso de ser expulsada a Puntlandia, ni adoptó las salvaguardias debidas para garantizar el bienestar de la niña a su regreso, lo que supone una vulneración de los artículos 3 y 19 de la Convención».

De otro lado, respecto a los avances en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, adquiere especial relevancia la Corte IDH,

como máximo tribunal internacional encargado de interpretar los tratados de derechos humanos, a través de sus sentencias y opiniones consultivas. Es más, sus pronunciamientos sobre el interés superior del niño, en virtud del denominado Control de Convencionalidad<sup>22</sup>, vinculan tanto al Estado responsable, contra el cual fueron emitidas, como también a todos los Estados que han ratificado los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del Sistema Interamericano.

En cuanto a los temas vinculados al interés superior de niños, niñas y adolescentes y a la protección de sus derechos, la Corte IDH viene destacando, desde tiempo atrás, el carácter rector y guía del interés superior del niño/a, afirmando que «el desarrollo de este y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño» (Corte IDH, 2002, párr. 89). Asimismo, en diversas sentencias<sup>23</sup> resalta a los NNA, no únicamente como sujetos de protección especial sino como sujetos plenos de derecho (Aguilar, 2008, p. 223), sosteniendo la necesidad de abandonar la visión paternalista y asistencialista del derecho y de las personas que lo aplican, y más bien de buscar «que las decisiones sean adoptadas considerando a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos, pero además, que en el proceso de decisión, los niños, niñas y adolescentes lo sepan, lo sientan y lo perciban como resultado final» (Aguilar, 2008, p. 234).

Otro punto importante abordado por la Corte IDH, en diversas sentencias, es el derecho de todo niño/a a alentar su proyecto de vida, lo que conlleva a sentar las bases para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad (Aguilar, 2008, p. 234)<sup>24</sup>.

Resulta asimismo relevante mencionar que, en el caso *Campo algodónero vs. México*, la Corte IDH sostuvo que la «prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad» (2009, párr. 408).

Es, sin embargo, en *Atala Riffo vs. Chile* (2012) donde la Corte IDH desarrolla el contenido y alcances de este principio. Como se recordará, Karen Atala Riffo estuvo casada con Ricardo Jaime López, con quien tenía tres hijas que cuando se separaron quedaron bajo el cuidado de ella. No obstante, cuando la pareja mujer

22 El Control de Convencionalidad ha sido desarrollado por la propia Corte IDH, con especial énfasis en las sentencias emitidas en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) y *Gelman vs. Uruguay* (2011).

23 Las sentencias relacionadas son: Corte IDH. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Caso *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de 18 de setiembre de 2003, Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de setiembre de 2004, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004, caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de setiembre de 2005.

24 Corte IDH. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N.º 63, párr. 141, p.49.

de Atala comienza a convivir con ella y sus hijas, el padre interpone una demanda de tenencia. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de Chile, a él se le concedió la tuición definitiva.

Es importante resaltar la forma en que la Corte deja en claro lo cuestionable de los argumentos sostenidos por la justicia chilena, respecto al interés superior y bienestar de las niñas, determinando la insuficiente motivación especulativa y abstracta de las sentencias (2012, párr. 100). Así, reiterando lo ya manifestado en anteriores sentencias, la Corte IDH refiere que el ISN «se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades» (2012, párr. 108), y que su determinación en casos de cuidado y custodia de menores de edad.

[...] se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño/a según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (2012, párr. 109).

También refiere que «al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo, sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona» (párr. 110), más aún cuando se trata de «una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño, la cual no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño» (párr. 111), y de decisiones emitidas por la justicia chilena «sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño» (párr. 208).

Hemos considerado importante hacer referencia expresa a los fundamentos citados debido a que lo emblemático de este caso permite evidenciar, en primer lugar, cómo la justicia chilena empleó el término ISN para negar la tenencia a Karen Atala Riffo, no con base en la efectiva protección de los derechos, opiniones e intereses de las niñas, sino con base en estereotipos contra las relaciones homosexuales; sin tener en cuenta que las niñas querían continuar con su madre, quien les brindaba afecto y cuidado y la protección de sus derechos. Lo expuesto estaba a todas luces fuera del contenido del principio del ISN como tal.

Por otro lado, entre opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH, la más destacable en materia de derechos de los NNA es OC-17/2002 de 28 de agosto

de 2002 sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño. Esta establece en su Opinión 2 «que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida del niño». Cabe también resaltar que, en esta misma opinión consultiva, la Corte establece, en el numeral 56, que el principio del ISN «se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño».

Como puede apreciarse, existen avances desarrollados por la Corte IDH sobre aspectos vinculados al interés superior de los niños/as y a la protección de sus derechos. Sin embargo, resulta aún necesario contar con mayores precisiones respecto a su contenido (Ibañez, 2010, p. 54) a fin de que no solo los Estados, sino que los propios NNA puedan contar con mayor información respecto a los alcances que pueden llegar a tener sus derechos con base en la aplicación de este principio de interpretación (Ibañez, 2010, p. 27).

#### **4.2. El desarrollo del Principio del interés superior del niño/a en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución viene emitiendo, desde tiempo atrás, sentencias que destacan la importancia de la aplicación de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Aun cuando escapa a los alcances del presente trabajo la realización de un análisis exhaustivo de todas las sentencias emitidas hasta la fecha, en lo que se refiere al contenido y aplicación del interés superior del niño/a en situaciones concretas, se mencionan algunas emblemáticas vinculadas al reconocimiento constitucional al ISN y a la protección de sus derechos fundamentales.

Cabe destacar, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional (TC) ha reconocido expresamente que el deber estatal de protección constitucionalmente establecido en el artículo 4.º de la Constitución comprende no solo a los NNA en situación de abandono sino que se extiende la protección, prevista en este artículo constitucional, a la niñez y adolescencia en general, declarando así la obligación del Estado «de proteger especialmente al niño y al adolescente» (Tribunal Constitucional, Exp. 0052-2004-AA/TC, fj. 3).

De otro lado, el TC otorga alcance constitucional al interés superior del niño/a, estableciendo que forma parte del bloque de constitucionalidad del citado artículo 4.º constitucional, ello a través del artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente, del principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y del artículo 3.º inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>25</sup>.

25 Véase al respecto, STC Expediente N.º 6165-2005-HC/TC de 6 de diciembre de 2005, fj. 12, STC Expediente N.º 4646-2007-PA/TC de 17 de octubre de 2007, fj. 45, Exp. N.º 02079-2009-PHC/TC, fj. 11 y STC Expediente N.º 03247-2008-PHC/TC, fj. 9.

Lo expuesto constituye, sin duda, un importante avance en materia de reconocimiento constitucional del ISN, que busca contribuir a la verdadera protección y realización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha emitido diversas sentencias en favor de la protección de los derechos de niños/as y adolescentes, no desde la perspectiva adultocéntrica, sino desde el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos y titulares de derechos específicos. Así, a modo de ejemplo, el intérprete supremo de la Constitución ha sostenido que la protección de la dignidad o desarrollo físico, psíquico o social de los NNA no se puede supeditar a la voluntad o intereses de los padres, madres o responsables de su tutela, ni a los intereses del Estado o de la sociedad (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 2132-2008-AA/TC, fj. 11). En cuanto a quiénes están obligados a respetar el interés superior del niño/a, el TC reconoce que no solo es el Estado sino toda la sociedad en su conjunto, lo que comprende la actuación de todas las instituciones privadas<sup>26</sup>, además de sus progenitores o tutores.

Un caso de particular relevancia es aquel en el cual se impuso al ciudadano brasileiro Jesús de Mesquita Oliveira la sanción de salir obligatoriamente del país, estando impedido de ingresar al territorio nacional y, por tanto, estar con su hija y esposa (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 02744 2015-PA/TC). Resulta importante resaltar varios aspectos a partir de los cuales argumenta los alcances del ISN, en el caso concreto, en los cuales acierta en sostener, en primer lugar, que «en la valoración que formulen las entidades públicas o privadas del interés superior del niño que justificaría la separación de sus padres, tutores u otros responsables, resulta de vital importancia que tomen en cuenta la participación del menor y la manifestación de su opinión, en tanto se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura» (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 02744 2015-PA/TC, fj. 33). De la mano con lo expuesto, refiere que «cualquier decisión relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia que, a partir del Estado, se adopte a través de sus representantes (funcionarios, autoridades, empleados, etc.), por motivos vinculados con la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe ser excepcional, de carácter temporal, y deberá estar justificada en el interés superior del niño», valorando adecuadamente las circunstancias propias de los padres o familiares de los NNA en cada caso (fj. 36). Cabe asimismo citar la «superación de las concepciones paterno-autoritarias, al dejar de considerar al niño y el adolescente como objeto de protección, para asumirlos como sujetos a los que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos [STC 3247- 2008-PHC/TC]. Este principio orienta la interpretación y entendimiento de los diversos derechos del niño y el adolescente [STC 01817-2009-PHC/TC]» (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 02744 2015-PA/TC, fj. 36).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido la obligación de garantizar, en todo momento y a todo nivel, el interés superior de los niños, las niñas

---

26 Ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a que este principio vincula también a las entidades privadas. Véase STC Expediente N.º 4646-2007-PA/TC, fj. 46.

y los adolescentes frente a cualquier otro tipo de interés (Tribunal Constitucional, Exp. 02132-2008-AA, fj. 10; Exp. 2079-2009-HC, fj. 13; Exp. 02132-2008-AA, fj. 10). Esta misma sentencia precisa que «la protección especial brindada a niños, niñas y adolescentes no significa, de alguna forma, que les pueda considerar como un mero objeto de protección, sino más bien como auténticos sujetos de derechos»; y que «la protección que se les brinda no debe basarse únicamente en su situación de debilidad o vulnerabilidad», sino que «parte de reconocerlas como personas y está encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano<sup>27</sup> (doctrina de la «protección integral»). De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes está encaminada a fortalecer y permitir el despliegue de sus capacidades, así como a promover su bienestar, y jamás a su anulación o subordinación» (Tribunal Constitucional, Exp. 2018-2015-PA/TC, fj. 20).

Otra postura importante sostenida por el TC se presenta en un caso de denuncia por violación sexual en agravio de dos hermanas menores de edad (13 y 12 años) en una comunidad nativa, en el cual se declaró infundada la demanda por no ser el caso de competencia de la justicia comunal sino de la justicia penal ordinaria. En esta sentencia se refiere la imposibilidad de entender como costumbre comunal que una persona adulta pueda tener relaciones sexuales con menores de 14 años de edad (Tribunal Constitucional, Exp. 7009-2013 PHC/TC, Voto Singular de la Magistrada Ledesma Narváez, p. 22). Cabe referir que en el fundamento 24 del voto singular de la magistrada Marianella Ledesma, se reitera lo ya sostenido por el Tribunal Constitucional en anteriores sentencias sobre «la vinculatoriedad del principio del interés superior del niño, recogido en la Declaración de los Derechos del Niño y posteriormente asumido en la Convención de Derechos del Niño (STC 04646-2007-AA/TC, FJ 42). Este principio, que tiene entre sus dimensiones, según la Observación General N.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, la de ser un principio jurídico interpretativo fundamental y, a la vez, una norma de procedimiento, deriva de forma implícita del artículo 4.º de la Constitución antes mencionado (STC 03744-2007-PHC/TC, FJ 5)» (Tribunal Constitucional, Exp. 7009-2013 PHC/TC, Voto Singular de la Magistrada Ledesma Narváez, fj. 24). Asimismo, la magistrada sostiene, respecto a la participación de los niños/as y adolescentes en procesos judiciales, que esta debe ser *especial* en la medida en que los NNA poseen características singulares y particulares, debiendo procurar-

27 Cabe, sin embargo, referir, como se verá en el punto 5.1. del presente trabajo (Toma de conciencia sobre la persistencia de una situación de discriminación estructural en contra de los NNA), la referencia a «futuro ciudadano» resultaría cuestionable si es que partimos del carácter de ciudadano/a, entendido de manera amplia —postura que asumimos—, es decir, no circunscrita a la participación política a través del voto, sino como persona que, en ejercicio de su libertad y facultades evolutivas, participa en la vida política, económica, social y cultural del país (artículos 2.º inciso 17 y 31.º de la Constitución), ejerciendo sus derechos fundamentales de reunión, asociación, acceso a la información pública, entre otros, los cuales son reconocidos a los NNA, por el ordenamiento jurídico peruano. Se trata, sin embargo, de un tema cuyo desarrollo, por su especificidad, escapa a los alcances del presente trabajo.

se un escrupuloso y prioritario tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso (Exp. 03744-2007-PHC/TC, fj. 5).

Lo mencionado es solo una muestra de los avances logrados por el máximo intérprete de la Constitución, los que, no obstante, son aún insuficientes en aras de lograr la efectiva garantía de los derechos fundamentales de los NNA y la real aplicación del principio del interés superior del niño/a en el país.

#### **4.3. El establecimiento y desarrollo del Principio del interés superior del niño/a en el sistema jurídico interno nacional. Algunos casos emblemáticos que evidencian los avances y límites en relación con su contenido y aplicación**

En el año 2000 fue emitida la Ley N.º 27337, Código de los Niños y Adolescentes (CNA), con la finalidad de contar con una norma que, de manera integral, tratara sobre el reconocimiento de derechos, defensa y mecanismos para la protección de los NNA. Esta ley refuerza la importancia del respeto al principio del interés superior del niño/a, ya reconocido en el ámbito internacional, al establecerlo expresamente en el artículo IX de su Título Preliminar, el cual dispone que «[e]n toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés

Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos».

Por su parte, el artículo IV del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente establece que las personas menores de edad:

[...] gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes.

La Ley establece las circunstancias en que el ejercicio de estos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades.

Asimismo, el artículo 9.º de esta misma norma establece el derecho de los niño/as y adolescentes que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios, «de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez».

Años después, en el 2015, la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, establece entre los principios rectores para su interpretación y aplicación, previstos en el artículo 2.º, en relación con «toda medida que adopte el Estado a través de sus poderes públicos e instituciones, así como en la acción de la sociedad», al denominado Principio del interés superior del niño para «todas las medidas concernientes a las niñas y niños adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos» (inciso 2).

En este mismo sentido, el artículo 50 del Reglamento de la citada Ley 30364, D. S. 009-2016-MIMP, establece que, «[t]ratándose de actos de violencia en agravio de niñas, niños y adolescentes que no constituyan faltas o delitos, la Fiscalía Provincial Penal o Mixta, remite los actuados al Juzgado de Familia, cautelando el interés superior del niño y sus derechos, a fin que evalúe el inicio del proceso de contravención a sus derechos de conformidad a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes». Por su parte el artículo 77.º establece que «[l]a Unidad de Investigación Tutelar (UIT) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables que dirige el procedimiento de Investigación Tutelar [...] recibe denuncias por presunto abandono de niñas, niños y adolescentes, dispone el inicio del procedimiento de Investigación Tutelar y aplica las medidas de protección en función al interés superior de la niña, niño o adolescente». Finalmente, el artículo 99.º establece, entre los principios que rigen el Sistema Nacional previsto en la Ley, el del «interés superior de la niña, niño y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos» (inciso d). Por su parte, el Reglamento de la Ley 30403, que prohíbe el castigo físico o humillante (Decreto Supremo N.º 003-2018-MIMP), también establece el principio del ISN en sus artículos 4.º, 6.º inciso a) y 15.6.

Sin embargo, recién con fecha 17 de junio de 2016 se publica la Ley N.º 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño/a, en el marco de la Convención sobre Derechos del Niño, la Observación General N.º 14, y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y los Adolescentes. En consonancia con lo establecido en el ámbito internacional, como en las normas nacionales citadas líneas arriba, el artículo 2 de esta ley establece que «[e]l interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente [...] garantizando sus derechos humanos». Cabe destacar el artículo 4.º inciso 6 y el artículo 5.º, que inciden en la necesidad de argumentar y fundamentar jurídicamente las decisiones tomadas en consideración a los derechos de las y los niños. Por su parte, y en concordancia con la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 12.º) y el Código de los Niños y Adolescentes (artículos 9.º y IV del Título Preliminar), establece, entre las garantías procesales contempladas en el artículo 4.º, el derecho de los NNA a expresar su opinión (inciso 1); a la argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño/a (inciso 6); a los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a las y los niños (inciso 7), y a la evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración a los derechos del niño/a (inciso 8).

El reglamento de la Ley N.º 30466 (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP), desarrolla «los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos, procedimientos y demás actuaciones

del Estado o entidades privadas que conciernan a niñas, niños y adolescentes», estableciendo los principios, enfoques y disposiciones para la aplicación del interés superior del niño/a.

Adicionalmente, encontramos pronunciamientos en materia del ISN emitidos por instancias administrativas. Así, cabe mencionar la reciente emisión de la Resolución de Sala Plena N.º 003-2020-SERVIR/STC, de fecha 13 de junio de 2020, precedente administrativo sobre la falta de hostigamiento sexual tipificada en el literal f) del Artículo 49.º de la Ley N.º 29944, Ley de la Reforma Magisterial, valoración de los medios de prueba, acreditación y motivación de la falta. El fundamento 31 de esta resolución refiere que en nuestro ordenamiento jurídico «se exige a todas las autoridades que integran el Estado tener en cuenta el interés superior del niño no solo como principio sino también como norma de procedimiento que impone una serie de garantías procesales en pro de los intereses de los niños, niñas y adolescentes; los cuales deberán ser sopesados cuidadosamente cuando entren en conflicto con intereses de otras partes. En ese sentido, deberá ser un criterio a tomarse en cuenta al momento de realizar el razonamiento probatorio y valoración de los medios de prueba en los casos de hostigamiento sexual y violencia sexual en agravio de los menores».

De lo expuesto se aprecia la existencia de un progresivo reconocimiento normativo del ISN en diversas normas nacionales, que inclusive ha llevado a la emisión de la Ley 30466 y su reglamento, específicamente emitidos para el establecimiento expreso de parámetros y garantías procesales, precisamente para la consideración primordial del interés superior del niño/a.

Sin embargo, más allá de sus alcances y limitaciones, y al igual que ocurre con la mayor parte de las normas que forman parte del sistema de protección de los derechos fundamentales, los principales problemas se presentan, fundamentalmente, al momento de su aplicación por parte de los operadores jurídicos, en el marco de sus respectivas competencias.

La situación se agrava al encontrar, en el ámbito jurisdiccional, sentencias en las que las y los magistrados, no obstante ser intérpretes constitucionales por excelencia y protectores de derechos fundamentales, transgreden en sus decisiones el real contenido y alcances del principio del interés superior del niño/a. Así, por ejemplo, en una tesis que analiza diversas resoluciones emitidas en la jurisdicción de Arequipa sobre cuestionamientos de paternidad, que alegaban la defensa del interés superior del niño, niña y adolescente para sustentar sus decisiones, el autor identificó sentencias en las que se argumentaba la aplicación del ISN sin mayor fundamentación ni tener en cuenta las características especiales de cada caso en concreto, y sin escuchar a las y los menores de edad cuya paternidad estaba en disputa. De otro lado, en los procesos de impugnación de paternidad se encontraron casos en que el padre, madre o responsable de su tutela supeditaba la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su voluntad, considerando a los NNA como objetos de tutela bajo las decisiones de los padres/madres, o a los criterios de las y los jueces (Torreblanca, 2018, pp. 163-166).

En concordancia con lo expuesto en el párrafo anterior, preocupa haber identificado una sentencia en la Corte Suprema de Justicia en la que se realiza una inexplicable aplicación del interés superior del niño/a, en favor del autor de delito de violación sexual en agravio de una menor de edad, con quien mantenía una relación de convivencia y con quien tenía dos hijos. Dicha sentencia resuelve suspendiendo la ejecución de la pena privativa de libertad, fundándose en el «interés superior del niño/a», en tanto la pena privativa de libertad efectiva afecta la unidad familiar y a sus hijos menores de edad quienes dependen del imputado y han venido sido acogidos y cuidados por él (Corte Suprema de Justicia, Recurso Nulidad N.º 761-2028/Apurímac, 2018).

### **5. Propuestas para una adecuada interpretación y aplicación del Principio del interés superior del niño/a**

Todos los temas abordados hasta aquí nos permiten evidenciar los importantes avances logrados a la fecha en materia de regulación, interpretación y aplicación del Principio del interés superior del niño/a, de la mano con el reconocimiento del carácter de sujetos de derecho de los niños, niñas y adolescentes y del reconocimiento de sus derechos fundamentales.

A pesar de ello, y de que su aplicación obliga tanto al Estado como a toda la sociedad en su conjunto, la realidad nos continúa mostrando día a día la insuficiencia de lo desarrollado tanto en el marco del derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho interno. La situación se agrava pues, en muchos casos, no solo no se ha avanzado, sino que, inclusive, se evidencia una clara contradicción entre lo que se sostiene se viene aplicando «para garantizar el ISN» y la real protección y vigencia de los derechos de los NNA. En efecto, sin tener en cuenta todo lo desarrollado en materia de fuentes del Derecho (legislación, jurisprudencia, doctrina, principios) y de criterios de interpretación para la adecuada interpretación y aplicación del ISN y la vigencia de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, muchos operadores del Derecho continúan desnaturalizando su aplicación, utilizando el término «interés superior el niño/a» para la defensa de posturas precisamente opuestas a su contenido y alcances.

Las preguntas que deben surgirnos de inmediato son, en nuestro concepto, las siguientes:

- ¿Cuál es la razón para que se sigan produciendo violaciones a los derechos fundamentales de los NNA sustentadas en el «interés superior del niño/a», a pesar de existir desde siempre consenso en todas las sociedades sobre la importancia de proteger a los niños/as y adolescentes?, y
- ¿Cuál es la razón para que se siga desnaturalizando el contenido del principio del «interés superior del niño/a», a pesar de su carácter imperativo y la existencia de criterios obligatorios para su adecuada interpretación y aplicación desarrollados por las diversas instancias competentes?

La respuesta es, en nuestro concepto, la insuficiente toma de conciencia respecto a la persistencia de una discriminación estructural contra los niños, niñas y

adolescentes por razones de edad, y sobre la urgente necesidad de adoptar medidas para su erradicación de la mano con el planteamiento de alternativas que contribuyan a la real vigencia del interés superior del niño/a y la consiguiente protección de sus derechos fundamentales.

Llegado a este punto consideramos indispensable presentar algunos planteamientos y propuestas. La finalidad no es otra que contribuir a enfrentar, desde el derecho, el grave problema que aún enfrentan los NNA en materia de defensa y protección de sus derechos fundamentales.

### **5.1. Toma de conciencia sobre la persistencia de una situación de discriminación estructural en contra de los NNA**

Como hemos manifestado, a pesar de los logros jurídicos alcanzados, en los hechos aún no se llega a entender el real contenido y consiguiente aplicación del principio del interés superior del niño/a y del carácter de sujetos de derechos de los NNA, lo que se evidencia al momento de diseñar y, sobre todo, de aplicar políticas públicas, así como en el momento en que las y los operadores jurídicos resuelven situaciones concretas en las que se encuentra de por medio la protección de los NNA y de sus derechos. Y esta problemática no va a poder ser adecuadamente enfrentada y erradicada mientras no se enfrente la persistencia de discriminación estructural por razones de edad en contra de los niños, niñas y adolescentes.

En efecto, persiste —no solo en el Perú sino nivel mundial— toda una estructura social que, basada en patrones social y culturalmente arraigados, continúa hasta el día de hoy considerando a los NNA como «objetos de especial protección» por parte de quienes los tienen bajo su custodia o cuidado. Lo expuesto va de la mano con la continuidad de un paternalismo mal entendido<sup>28</sup> que, en vez de reconocer que los NNA son sujetos de derecho con plena dignidad y autonomía en el marco de virtud de la progresiva evolución de sus facultades, los continúa tratando como como personas sin individualidad ni voluntad, como incapaces de discernir y tomar decisiones, situación ante la cual consideran y optan, bajo un erróneo concepto de «protección», que lo mejor es mantenerles dependientes bajo el control y decisión de quienes ejercen su representación legal, inclusive en temas especialmente sensibles por estar vinculados a decisiones sobre su intimidad y necesidades básicas, afectando, así, su autonomía y dignidad, que son la base de los derechos humanos, es decir, su propia humanidad. Evidencia de lo expuesto es la concepción socialmente arraigada que continúa entendiendo a los NNA «como el futuro del país» y no como su presente.

La existencia de estas barreras sociales se evidencia también en la actuación de las y los funcionarios del Estado que en el marco de sus competencias, y más allá de las disposiciones jurídicas que consagran instituciones y medidas para la protección de sus derechos, en los hechos, siguen considerando decidir sobre los

28 Es importante referir que no toda medida paternalista es limitativa de derechos, pues existen aquellas que buscan satisfacer aquellas preferencias o planes de vida por las que las personas han optado libremente. Véase al respecto Nino, C. S. (1989), p. 414.

NNA como la mejor manera de abordar la problemática respecto a temas vinculados a las personas menores de edad.

La situación se agrava teniendo en cuenta que toda esta problemática es de carácter sistémico, por lo que requiere de una comprensión compleja y multicausal y de su consiguiente abordaje multidisciplinario para contribuir a lograr la real vigencia de los derechos fundamentales de los NNA. Ante esta situación es urgente reiterar y evidenciar que —aun cuando no suele reconocerse— todo lo referido se basa en que los NNA, como grupo etario, enfrentan todavía —y más allá de los avances logrados para la protección de sus derechos— una manifiesta situación de discriminación estructural.

Somos conscientes de que esta afirmación resulta retadora, más aún en un contexto en el cual en todas las sociedades ha existido, desde siempre, consenso sobre la necesidad de brindar afecto, formación y protección a los niños, niñas y adolescentes, tanto desde la familia como célula básica de la sociedad, como desde toda la sociedad y el Estado en su conjunto. Sin embargo, han sido precisamente estas mismas razones las que han permitido y aún permiten la persistencia de una extendida tolerancia social que, de manera consciente o inconsciente, continúa entendiendo como indispensable mantener el *status quo*, a fin de poder garantizar la necesaria protección que requieren las personas menores de edad.

En este sentido, consideramos necesario exponer los fundamentos que sustentan nuestra afirmación sobre la vulneración del principio derecho a la igualdad y no discriminación de los niños, niñas y adolescentes.

**5.1.1. Vulnerabilidad y discriminación estructural por edadismo contra los niños, niñas y adolescentes. Durante todo el desarrollo del presente trabajo nos hemos estado refiriendo a la obligación estatal de garantizar los derechos fundamentales de las personas, en especial de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por pertenecer a grupos históricamente discriminados.**

Como sostiene Barranco Avilés, el concepto de vulnerabilidad se encuentra estrechamente ligado al concepto de discriminación. Por lo general, el tratamiento de la situación de vulnerabilidad se ha realizado considerando a las personas pertenecientes a estos grupos como carentes de capacidad y autonomía, con las que se asume una actitud paternalista desde la cual se ignora a las personas del colectivo al momento de establecer sus propias necesidades e intereses, apareciendo así las nociones de «protección» y «responsabilidad». De esta manera, se evidencia la vinculación de la vulnerabilidad con una «tendencia a la discriminación» (Barranco, 2014, pp. 17, 19 y 36).

Como es sabido, el principio derecho a la igualdad implica que todos los seres humanos debemos ser tratados iguales, salvo que existan criterios objetivos y razonables que justifiquen una diferencia de trato (Eguiguren, 1997, p. 70). Hasta aquí es claro que los NNA, en función de su edad como condición natural, requieren un tratamiento distinto debido a la protección y cuidado especial que, sin duda, necesitan y que requiere ser brindado a todo ser en desarrollo y formación.

Ello comprende la obligación de quienes los tienen bajo su cuidado de brindarles afecto, atención, educación integral, alimentación, vestido, juego<sup>29</sup>, un ambiente armonioso, entre otros; para lo cual el Derecho establece los mecanismos para garantizar la efectiva protección de sus derechos fundamentales en caso se presenten situaciones de vulneración a estas necesidades especiales.

Resulta por demás razonable y necesario que la minoría de edad constituya un argumento para justificar una diferencia de trato para establecer la falta de capacidad de ejercicio para, por ejemplo, celebrar por sí mismo y de manera autónoma un contrato de compraventa de un inmueble, o la falta de capacidad para contraer matrimonio. El problema se presenta en los casos de diferencias de trato injustas y arbitrarias, que, en vez de responder a una real protección, lo que hacen es limitar u obstaculizar la protección de sus derechos fundamentales como, por ejemplo, su integridad (física, psicológica y moral), opinión, salud integral, identidad, entre otros.

Llegado a este punto, cabe reconocer que la complejidad de la realidad nos muestra que no siempre resulta fácil identificar cuándo se está realmente estableciendo límites constitucionalmente admisibles para la efectiva protección de los derechos de los NNA, en aplicación del interés superior del niño/a; y cuándo, por el contrario, se trata de una afectación a sus derechos fundamentales y a su calidad de sujetos de derecho. Lo expuesto se exagera, teniendo en cuenta el carácter abierto e indeterminado de las disposiciones que reconocen los derechos fundamentales y principios como el del interés superior del niño/a, y la consiguiente necesidad de determinar su aplicación, convirtiéndolos en reglas para situaciones y contextos concretos a partir de exigencias argumentativas.

Sobre el particular, consideramos que un punto clave para dicha determinación, además del uso de principios y criterios de interpretación constitucional y de derechos fundamentales y de los alcances planteados en el presente trabajo, es identificar si se trata de supuestos que, en última instancia, afectan principios base del Derecho como son su dignidad y su autonomía progresiva en el marco de la evolución de sus facultades. Y es que, en estos casos, lo que se estaría vulnerando son todos aquellos derechos que se encuentran intrínsecamente vinculados a su condición de ser humano y que les han sido expresamente reconocidos en el marco del proceso de especificación de los derechos humanos<sup>30</sup>.

Cabe, al respecto, tener en cuenta que en virtud de lo dispuesto por la Convención sobre Derechos del Niño, «los niños son dignos en tanto que niños (y no solo en tanto que adultos en potencia) por lo que es necesario implementar derechos que consideren estas diferencias para evitar que los niños sean tratados como meros medios» (Barranco, 2014, p. 37), situación esta última que contradeciría la razón de ser del Estado Social y Democrático de Derecho, cual es garantizar los

---

29 El derecho al juego está expresamente reconocido en el artículo 31.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

30 El denominado proceso de especificación implica incidir en el análisis de la situación de cada ciudadano o ciudadana en atención a particulares consideraciones como el género, discapacidad, etnia, edad, entre otras. Véase al respecto Bobbio (1991, p. 109).

derechos fundamentales de todas las personas sin discriminación de ningún tipo. Estrechamente vinculado con lo expuesto se encuentra el concepto de dignidad que, en postura que compartimos, comprende tres objetos concretos de protección: a) el derecho a diseñar su plan de vida (vivir como se quiera), b) la presencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), y c) la intangibilidad de bienes no patrimoniales como la integridad física y moral (vivir sin humillaciones) (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 381/14 de 13 de junio de 2014).

Coincidimos, asimismo, con Barranco Avilés, para quien salvaguardar la dignidad humana, común a todos los seres humanos como titulares de derechos, implica impedir que estos sean tratados como meros medios, siendo los derechos humanos «instrumentos orientados a salvaguardar a las personas de su instrumentalización» (Barranco, 2014, p. 27). En este sentido, cuando el estereotipo social niega a los NNA la capacidad de opinar, o incluso elegir aun cuando en función de su autonomía progresiva pueden entender y discernir sobre su situación, «se les está negando también uno de los atributos que de forma unánime se consideran definitorios de la dignidad humana» (Barranco, 2014, p. 30).

Solo a modo de ejemplo, y más allá del necesario análisis, la situación específica de un NNA o de un grupo de NNA, la afectación a su dignidad se podría presentar en los casos en los que (en contra de lo que establece la normatividad en la materia) no se tomara en cuenta su opinión en situaciones de tenencia o adopción; o cuando no se considerara su libertad de creencia, o su orientación sexual o identidad de género, o su libre desarrollo para la determinación de su apariencia, gustos o preferencias, salvo en aquellos casos en que exista prueba objetiva de que estas afectan su propia vida, salud o integridad. Y es que, en una lógica adultocéntrica, se suele considerar que la voluntad u opiniones del NNA no resultan ser las mejores para su bienestar, incurriendo así en una falsa concepción de protección y, por consiguiente, en la visión de entenderlos solo por encontrarse en etapa de crecimiento y desarrollo, como objetos de protección y no como verdaderos sujetos de derecho. De esta manera, partiendo de un malentendido concepto de cuidado que limita injustificadamente su capacidad y autonomía, se cae en un supuesto de discriminación disfrazado de protección, que no se basa en la causa natural de su edad, sino en barreras sociales que consideran a las personas menores de edad como «inferiores», y que Barranco Avilés califica como un tipo de discriminación que denomina «edadismo» (Barranco, 2014, p. 36).

El artículo 2.º de la Convención sobre Derechos del Niño establece la aplicación de los derechos a todos los niños/as, sin excepción alguna, siendo obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger a los NNA de toda forma de discriminación<sup>31</sup>. Lo expuesto se vincula a su vez con el concepto de discrimi-

31 Entre las diversas normas que establecen el derecho a la no discriminación cabe mencionar el artículo 3.º inciso c) del Reglamento de la Ley N.º 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño (DS 002-2018-MIMP). Entre los principios para su aplicación contempla el de igualdad y no discriminación en virtud del cual todas las niñas, niños o adolescentes ejercen sus derechos en igualdad de condiciones, sin

nación que se consagra en los tratados vinculados a discriminación, y que permite definir como «discriminación contra los niños, niñas y adolescentes» a toda distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por las personas menores de edad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera<sup>32</sup>.

En virtud de lo expuesto, cuando se presentan situaciones de diferenciación arbitrarias o injustificadas contra los NNA —como las mencionadas líneas arriba— a partir de las cuales se les niega su carácter de sujetos de derechos y se limita sus derechos fundamentales afectando o poniendo en juego su dignidad y autonomía, se incurre en acciones que no solo vulneran a la persona menor de edad contra la que se producen, sino que afectan, por razón de su edad, a todo el grupo de personas conformadas por los NNA, el cual es reconocido tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como por el derecho interno como grupo en situación de especial vulnerabilidad.

Resulta entonces claro que, en casos como los planteados, las afectaciones a los derechos de los NNA, en razón de su minoría de edad, encajan en el concepto de *discriminación estructural*, pues se definen por tener un sentido negativo intenso, fundado en razones históricamente prejuiciosas y estereotipos sociales por los cuales o el Estado o los particulares tratan como inferiores a personas pertenecientes a un grupo humano que tiene determinada condición —que en el caso de los NNA es la edad<sup>33</sup>—, en función de la cual se les considera como inferiores o se les desconoce en los hechos como titulares de derechos, afectando su dignidad (García, 1991, p. 249), al entenderlos como medios antes que como fin en sí mismos, poniéndolos en una situación de control u opresión y de dominación.

La situación se agrava por la complejidad de la discriminación estructural, pues confluyen en ella diversos factores a nivel individual, familiar, comunitario, y social/institucional que contribuyen a su existencia y persistencia. Así, la discriminación estructural o sistémica responde a un fenómeno social y cultural contra un grupo social e históricamente excluido y discriminado por complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias profundamente arraigados e instalados en las personas, instituciones y la sociedad en su conjunto, los cuales se reproducen socialmente y se transmiten de generación en generación, afectando la vigencia de sus derechos fundamentales, debido a relaciones de poder en acciones que se dirigen (con o sin intención) contra ellas (Salomé, 2017, pp. 133-134), lo que afecta al grupo social —que en este caso son los NNA— por

---

discriminación alguna por motivos entre los cuales se encuentra expresamente establecido el de la edad.

32 Véase, al respecto, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 1.º, y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 1.1.

33 La discriminación que se produce «contra una persona afecta en realidad a todas las personas que componen o integran dicho grupo discriminado» (Defensoría del Pueblo, 2012, p. 95).

el solo hecho de ser tales, considerándoles como inferiores o subordinados a las personas adultas.

Es más, en el marco del carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (Naciones Unidas, 1993, párr. 5), así como por la propia naturaleza relacional del derecho a la igualdad y no discriminación (García, 1991, p. 229), su vulneración afecta otros derechos fundamentales de los NNA, en especial su dignidad, vida digna, integridad física, psicológica y moral, salud, así como al libre desarrollo o los planes de vida de los NNA.

En cuanto a sus manifestaciones, la discriminación estructural que se produce contra los NNA no solo es directa (expresa, manifiesta), sino que, precisamente, debido a que se sustenta en patrones y estereotipos socialmente arraigados contra las personas menores de edad, suele ser indirecta, es decir, se acostumbra —ya sea de manera consciente o inconsciente— sustentar en razones neutrales o «aparentemente» razonables, pero que producen un efecto adverso o discriminatorio en la persona menor de edad afectada y, por ende, en el grupo discriminado por razón de su minoría de edad. A ello hay que sumar que suelen presentarse como medidas paternalistas o aparentemente ventajosas que buscan proteger a las personas discriminadas, pero que en realidad constituyen una falsa protección, siendo contraproducentes al mantener la discriminación, perpetuando estereotipos o patrones culturales. La situación se agrava si se tiene en cuenta que, cuando los estereotipos llevan a que unas personas dependan de otras, los derechos terminan sirviendo para legitimar y consolidar las relaciones de poder que se producen en los espacios (Barranco, 2014, p. 30).

En virtud de todo lo expuesto consideramos urgente visibilizar la persistencia de esta situación de discriminación estructural contra los NNA, la cual, al estar prohibida para el Estado y los particulares, requiere de una decidida intervención desde el Estado para impedir se siga continuando con la sistemática reproducción social y transmisión intergeneracional de la discriminación por edadismo.

De no llegarse a tomar conciencia de lo expuesto, los esfuerzos y avances jurídicos en materia de protección y promoción de los derechos de los NNA seguirán resultando insuficientes ante la reproducción de las barreras sociales y transmisión intergeneracional de facto de patrones discriminatorios que impiden la vigencia de sus derechos, problema estructural que se presenta no solo en el plano nacional sino también en el derecho comparado (Riaño, 2019, p. 258).

## **5.2. Imposibilidad de sostener la adecuada aplicación del Principio del interés superior del niño/a en casos resueltos que presentan discriminación por edadismo en contra de niñas, niños y adolescentes**

Las actuales constituciones poseen un alto contenido sustancial, principista y valorativo sin el cual no puede existir un verdadero Estado constitucional o social y democrático de Derecho. Lo expuesto guarda directa relación con la razón de ser del Estado que, como se encuentra expresamente establecido en los artículos 1.º y 44.º de la Constitución peruana, es la defensa de la persona humana y el respeto de su autonomía y dignidad, en especial de aquellas que se encuentran en

situación de especial vulnerabilidad y que, por ende, son más proclives a sufrir discriminación, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes.

Dado su carácter general y abstracto, los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución requieren pasar a ser definidos como reglas para la resolución de los casos en los cuales, de presentarse derechos o bienes en conflicto, se realizarán la ponderación y la argumentación jurídica, siempre en el marco de la constitucionalización material o sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos y el consiguiente diálogo de derecho internacional-derecho interno (Landa, 2014, pp. 219-254), todo lo cual contribuirá a arribar a respuestas adecuadas con base en exigencias deliberativas y argumentativas. Cabe mencionar que esta necesidad de ponderación y argumentación es también referida por Riaño para la adecuada solución de los casos en los que está de por medio la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de la aplicación del interés superior del niño/a (2019, pp. 247-248).

Así, para la aplicación del Principio del interés superior del niño/a se requiere, también, pasar al establecimiento de reglas que permitan definir su contenido ante situaciones concretas, lo que se encuentra directamente vinculado con el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos y el respeto de sus derechos específicos.

De la mano del interés superior del niño/a, como principio garantista, existen principios consagrados en la Convención sobre Derechos del Niño que, de acuerdo con la definición de Cillero Bruñol, son de carácter estructurante, es decir, que permiten a la vez el ejercicio de otros derechos y la resolución de conflictos que se den entre sí, siendo uno de ellos el de la igualdad y no discriminación (artículo 2.º) (Cillero, 1999, pp. 4-5). Esto último resulta de especial relevancia para nuestro planteamiento pues, identificada una situación de discriminación contra los NNA, resultará imposible sostener que la decisión se encuentra debidamente argumentada y amparada en una adecuada aplicación del interés superior del niño/a, pues este se basa en el respeto de su dignidad, de las características propias de las y los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo, el cual implica el pleno aprovechamiento de sus potencialidades (Aguilar, 2008, pp. 242-243).

En efecto, la adecuada aplicación del interés superior del niño/a implica, necesariamente, que se trate de situaciones que realmente protejan el carácter de sujeto de derechos, la libertad y la dignidad de las y los menores de edad, y no de aquellas que los objetivizan dejando de lado su real protección en favor de las decisiones e intereses de quienes los tienen bajo su cuidado. Y la mejor manera de evitar este riesgo es identificar la situación concreta y, a partir de ella, analizar y visibilizar si se trata de un caso en el que realmente aplica el interés superior del niño/a; o si, por el contrario, enmarca en una aparente protección detrás de la cual se evidencia un supuesto de discriminación estructural (directa o indirecta) contra los NNA. Solo de esta manera se podrá realmente lograr establecer un adecuado contenido y consiguiente aplicación del Principio del ISN.

Cabe incidir en que la estrecha vinculación entre el interés superior del niño/a y el principio de prohibición de discriminación se encuentra, asimismo, reconocido en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, que establece que

«la no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados» (Naciones Unidas, 1993, párr. 5).

Ahora bien, como en toda presunta situación de discriminación de *iure* o de facto, más aún ante una realidad socialmente tolerada, resultará importante aplicar el denominado Test de la clasificación sospechosa (presunción de inconstitucionalidad), que permitirá determinar si existe o no justificación de una diferenciación en los casos que se trate de NNA y, por ende, si está o no fundada en una discriminación<sup>34</sup> como es el caso del edadismo.

En tal sentido, solo cuando no exista duda de la corrección de la diferenciación podrá esta considerarse como constitucional, debiendo dicha diferenciación redundar en una efectiva protección de sus derechos fundamentales, lo que comprende el respeto de su autonomía y dignidad. Si por el contrario, la diferenciación afecta el carácter de sujetos de derecho de los NNA y vulnera derechos como su dignidad, identidad, opinión, integridad, salud integral, libre desarrollo o participación, dejando de lado su voluntad y su participación en las decisiones que les competen por ser de su interés, se tratará de una situación de discriminación que, como tal, deberá generar la inmediata acción del Estado para erradicarla. Por el contrario, en caso de presentarse una duda respecto a si la diferenciación afecta sus derechos fundamentales, se considerará que existe discriminación y, por ende, vulneración del principio del interés superior del niño/a o adolescente. Lo expuesto va de la mano con la existencia de una suerte de núcleo duro de derechos del niño/a que constituye un claro límite a la actuación del Estado, de la sociedad y de su familia (Aguilar, 2008, p. 230).

### **5.3. Propuestas y pautas a seguir para contribuir al establecimiento del contenido, y la consiguiente aplicación efectiva del interés superior del niño/a, así como a la vigencia de su derecho a la igualdad y no discriminación, dignidad y demás derechos fundamentales**

Sobre la base de los principios y pautas de interpretación constitucional y de derechos fundamentales, así como de la denominada Internacionalización del Derecho Constitucional, es que hoy se debe garantizar la protección de los NNA, en el marco de los estándares internacionales de protección de sus derechos fundamentales y de los principios-derechos de dignidad, libre desarrollo de la personalidad, igualdad y no discriminación, y participación.

Complementariamente a lo expuesto, resulta clara la urgencia, a partir de la aplicación del test de igualdad y de la clasificación sospechosa, de eliminar, en cada situación concreta, cualquier riesgo de discriminación y consiguiente vulneración del principio del interés superior del niño/a, escondida bajo el disfraz de una supuesta protección que, en los hechos, no es otra cosa que la afectación de su dignidad, autonomía e igualdad.

34 A modo de ejemplo, véase Tribunal Constitucional (Exp. 2317-2010-AA/TC), fj. 32, 33 y 34.

De no tomar conciencia de esta necesidad, se seguirá incurriendo en el error de intentar corregir los problemas de aplicación efectiva del ISN y de la vigencia de derechos de los NNA sin enfrentar las verdaderas raíces o causas de los mismos, las que en estos casos suelen basarse en la persistencia —a pesar de los avances normativos— de una discriminación estructural por edadismo en contra de las personas menores de edad.

Aun cuando cada uno de los puntos a plantear requiere de un tratamiento más detallado que escapa a los alcances del presente trabajo, también consideramos importante enumerar los siguientes criterios o pautas que buscan contribuir a una mejor definición y aplicación del interés superior del niño/a, al respeto de su condición de sujeto de derechos, a la erradicación de la discriminación y respeto de su dignidad y autonomía y, por ende, a la consiguiente vigencia de sus derechos fundamentales<sup>35</sup>:

- a) El interés superior del niño/a no consiste en una simple declaración de intenciones de carácter vago, sujeta a múltiples interpretaciones. Por el contrario, es exigible y debe necesariamente ser cumplido y aplicado en cada situación concreta por las y los operadores jurídicos, para la protección de los derechos fundamentales de los NNA. La aplicación del interés superior del niño/a, como principio, introduce un criterio finalista de maximización de sus derechos fundamentales (Garrido, 2013, p. 143). Ello guarda relación con el hecho de que el interés superior del niño «contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad» (Aguilar, 2008, p. 238).
- b) Dado el reconocimiento de un catálogo enunciativo de derechos, consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño, el contenido del interés superior del niño/a se define como la plena satisfacción integral de sus derechos. Así, «sólo lo que se considera derecho puede ser interés superior» (Cillero, 1999, p. 78). Lo expuesto implica lograr la máxima satisfacción —siempre que sea posible— y la menor restricción de dichos derechos (Cillero, 1999, p. 83).
- c) Si bien el interés superior del niño/a no será el único factor que se debe tener en cuenta ante una situación concreta, sí deberá ser objeto de consideración primordial (Plácido, 2006, p. 4) al momento de realizar el análisis, pero sobre la base de factores objetivos y razonables. El principio del interés superior del niño/a requiere que el énfasis se ponga en el real y mayor bienestar y el respeto de la condición de sujetos de derechos de las personas menores de edad, convirtiéndose dicho énfasis en una suerte de símil de este principio con el denominado principio *pro homine o favor libertatis* que, en este caso concreto, adquiere un especial énfasis o especificidad en

---

35 Algunas de los planteamientos que se presentan a continuación han sido previamente planteados en Garcés (2009), pp. 251 a 282.

el respeto de los derechos de los NNA. Ello implica que, en los casos en que existan dudas (en la aplicación de normas o en su interpretación), se optará por la posición más favorable a las personas menores de edad (Garrido, 2013, p. 144), lo que guardando así vinculación con el denominado *favor libertatis* o *pro homine* o pro persona que, de acuerdo con la especificidad de los derechos de personas menores de edad, opera a favor de los niños, niñas y adolescentes de una manera reforzada.

- d) El principio del interés superior del niño/a exige tomar en cuenta al niño/a como ser humano en plenitud, e implica abandonar estereotipos y viejas presunciones, reconociendo que los niños y niñas son capaces y, por ende, deben participar y pronunciarse manifestando sus opiniones e intereses (Aguilar, 2008, p. 230).

En el derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia viene emitiendo, desde tiempo atrás, importantes sentencias en respeto de los derechos fundamentales de los NNA<sup>36</sup> como el libre desarrollo de la personalidad y su identidad, incidiendo en su condición de sujetos de derecho en relación con cada una de las etapas de la vida del ser humano<sup>37</sup>. Así, por ejemplo, ha resuelto protegiendo las decisiones de alumnos/as de los colegios, vinculadas a su apariencia física o personal como el uso del cabello corto, uso de *piercings*, etc. (Sentencia T-839/07 de 11 de octubre de 2007). De este modo, «[...] el largo del cabello y la forma del peinado, el maquillaje y el adorno corporal, así como el uso de accesorios hacen parte del derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás [...]» (SU-641 de 1998, apartado 4).

Cabe asimismo mencionar que, como sostiene Cillero Bruñol (1999), el respeto de los intereses de los NNA no implica que no se deba «evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño, en relación a sus consecuencias para el conjunto de sus derechos fundamentales, así como en relación al nivel de madurez del niño, pero esta valoración [...] exige una carga argumentativa superior a la decisión que se aleja de la opinión» de las personas menores de edad (Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 207). Nuevamente, aquí se evidencia la fuerza expansiva y protección reforzada que debe operar en favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, por ende, de su interés superior.

- e) No se podrá sostener la afectación del interés superior del niño/a en aquellos casos en que no se argumenta, motiva o especifica los daños que se

36 Véase al respecto, Garcés (2012).

37 Véase al respecto, S 355-06 sobre penalización del aborto, donde se alude al discernimiento de los adolescentes, en la que se menciona a la SU-642 de 1998, donde se determinó que un menor de cuatro años contaba con suficiente capacidad para la elección libre de su vestimenta y, por lo tanto, también de su apariencia personal (apartado 10.2); y también se hace referencia a la SU-337 de 1999, que citó «la validez del consentimiento del menor frente a tratamientos o intervenciones que inciden en su definición sexual» (apartado 10.2).

pueden producir en su contra, en cuyo caso se generan dudas respecto a si realmente se trata del interés de los NNA o más bien del interés de la autoridad, de la sociedad o de la familia.

- f) La aplicación del ISN no implica un trato desigual arbitrario a favor de niños/as y adolescentes; por el contrario, responde a un tratamiento diferenciado que debe fundarse en causas objetivas y razonables, derivadas de la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el ser humano en esta etapa de su vida, en la cual los derechos fundamentales se deben entender como obligatorios o irrenunciables (González, 2011, p. 111).
- g) El principio de protección, contemplado en el artículo 3.º de la Convención sobre Derechos del Niño, es de carácter estructurante, y se refiere al compromiso que asumen los Estados de asegurar al niño/a la protección y el cuidado necesarios para su bienestar. Sin embargo, este concepto de «protección» de los NNA no puede ser sinónimo de limitar la voluntad de las personas menores de edad, ya que ello contradeciría su propia esencia, cual es, en el marco de la Doctrina de Protección Integral, respetar su condición de ser humano, su dignidad, desarrollo personal, deseos, intereses, opiniones y expectativas.

Al respecto, concordamos con Alex Plácido en que la determinación del interés superior del niño/a corresponde al énfasis que la Convención sobre Derechos del Niño pone en el/la niño/a y adolescente «*como individuo, con sus opiniones y sentimientos propios, y como persona con plenos derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales*» (2006).

Manfred Liebel manifiesta que, siendo sujetos de derecho, es decir, titulares de derechos y deberes, los niños y niñas tienen derecho a tomar decisiones sobre su propia vida, más aún cuando estas tienen carácter existencial. Respecto a la evolución de sus facultades, además de la edad, esta tiene que ver con las experiencias de vida de cada niño/a. En todo caso, lo que se debe evitar en todo momento es una postura adultocentrista que menosprecie toda forma infantil de razonar o de pensar, calificándola de irracional, inmadura o carente de valor (2015, p. 57).

- h) Resulta indispensable dejar de lado lo que en el imaginario colectivo se viene considerando hasta la fecha como «personas autónomas y racionales», ya que ello solo genera barreras sociales que operan en contra de la real vigencia de los derechos de las personas que, como los NNA, se encuentran en situación de vulnerabilidad, que afectan su dignidad y el derecho a no ser discriminados/as. En tal sentido, debe tenerse en claro que la autonomía, así entendida en el imaginario social, no es el presupuesto para la atribución de derechos, sino, en buena medida, el objetivo perseguido (Barranco, 2014, p. 23).
- i) La situación de discriminación de facto de los niños, niñas y adolescentes se agrava debido a que estos no constituyen un grupo homogéneo. Así, y más aún en realidades como la peruana, los NNA pertenecen, además, de manera simultánea, a grupos que a su vez sufren discriminación por dife-

rentes razones como el sexo, la orientación sexual o identidad de género, el origen étnico, la discapacidad, entre otras. Esta discriminación simultánea requiere de la aplicación de un enfoque interseccional, el cual plantea la necesidad de brindar respuestas a estas realidades de discriminación múltiple y simultánea que sufren las personas menores de edad y que los llevan a estar más expuestos a la vulneración de sus derechos fundamentales.

- j) Vinculado al punto anterior, resulta fundamental incorporar el enfoque de género a fin de evidenciar la especial situación de vulnerabilidad que enfrentan las niñas y las adolescentes por el hecho de ser mujeres, debido a la persistencia de roles, espacios y atributos de género que no permiten alcanzar una igualdad real entre mujeres y hombres, situación que no solo se manifiesta en la discriminación y consiguiente vulneración de su derecho fundamental a una vida libre de violencia, sino, en general, en la vulneración de derechos fundamentales como la identidad, educación, salud, derechos reproductivos, entre otros.
- k) Lo expuesto se encuentra también relacionado con la necesidad de brindar un tratamiento diferenciado a las y los niños (de 0 a 12 años) y a las y los adolescentes (de 12 hasta los 18 años). La distinción niñez-adolescencia responde a etapas en la formación del ser humano que, dada la evolución del grado de madurez física, psicológica y moral por la que atraviesan las personas en el proceso de desarrollo, requiere de un tratamiento diferenciado que permita el ejercicio progresivo y autónomo de sus derechos fundamentales, ante la necesidad de contar con espacios de autodeterminación.
- l) Resulta urgente el diseño e implementación de políticas públicas y estrategias integrales y articuladas en los tres niveles de gobierno, destinadas a la progresiva erradicación de la discriminación estructural en contra de los NNA, la cual opera, la mayoría de veces, de manera inconsciente en el colectivo social, debido a barreras sociales y a una tolerancia centrada en una concepción adultocéntrica. En este sentido, deben tratarse de estrategias interdisciplinarias, ya que el Derecho de por sí no es suficiente para erradicar la discriminación estructural como fenómeno sociocultural complejo y multicausal. Lo expuesto va de la mano con la necesidad de que, en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales, se privilegien los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, lo que garantizará la reducción del margen de discrecionalidad del Estado<sup>38</sup>.
- m) Es indispensable la deconstrucción de patrones socioculturales discriminatorios que privilegian lo adultocéntrico frente al enfoque de niñez y adolescencia. Ello requiere la transformación de dichos patrones, de las normas y cultura institucional que refuerzan la situación de inferioridad o subordinación de los NNA y su control por parte de las personas adultas. Lo expuesto implica una estrategia que contribuye a la capacitación y sensibilización de las y los funcionarios del Estado en su conjunto, así como

---

38 Véase Cillero (1999) y Freedman (2005).

la acción directa, estratégica, programática y descentralizada del Estado peruano y de sus servicios públicos. Asimismo, se requiere de una estrategia comunicacional y de educación de toda la sociedad en su conjunto, más aún cuando se trata de un cambio que, por ser estructural, requiere de estrategias progresivas, continuas y de carácter programático.

## 6. Consideraciones finales

Los avances logrados a la fecha, en materia de reconocimiento normativo y aplicación del interés superior del niño/a, resultan innegables. Sin embargo, teniendo en cuenta los años transcurridos desde su establecimiento y los problemas que aún se presentan en su aplicación, aún es poco lo avanzado.

La situación se agrava debido a los estereotipos social y culturalmente arraigados que impiden que, en los hechos, la sociedad y los propios funcionarios/as estatales reconozcan que los NNA son sujetos de derecho y que, por ende, requieren que sus derechos fundamentales sean respetados. Lo expuesto no implica en absoluto una negación de la necesidad e importancia de su protección por parte de quienes los tienen bajo su cuidado; por el contrario, se trata de garantizar que dicho deber de protección y cuidado realmente sea ejercido en beneficio y respeto de quienes, siendo personas menores de edad, deben gozar de igualdad, dignidad y libre desarrollo, igual que cualquier otro ser humano, debiendo garantizarse su derecho a expresar sus propios sentimientos, intereses y posturas.

Hace falta, entonces, sincerar la existencia de una afectación de derechos que, a pesar de los logros, aún persiste contra las personas menores de edad, y más aun contra quienes se encuentran en situación de especial vulnerabilidad por la interseccionalidad de la que son víctimas (niñas y adolescentes mujeres, NNA con discapacidad, NNA indígenas, afrodescendientes, en situación de pobreza, entre otros).

Lo expuesto exige una deconstrucción de la institucionalidad vigente y la consiguiente voluntad política por parte del Estado, en todos sus niveles de gobierno, para erradicar la discriminación por razones de edad que hoy juega en contra de los derechos de los NNA y que responde a la persistencia de concepciones sociales y culturales enraizadas, que obstaculizan la vigencia de sus derechos fundamentales.

Queda aún un largo camino por recorrer para llegar a la meta, y para ello se requiere de la urgente adopción de acciones y políticas públicas integrales y articuladas, de la mano con la capacitación, educación y sensibilización de la sociedad y, en especial, de todas las y los funcionarios públicos del Estado, en el marco de sus respectivas competencias y funciones. En tal sentido, debemos tener en consideración, ahora más nunca, que una real protección de los niños, niñas y adolescentes y de la vigencia del interés superior del niño/a implica dejar de lado un concepto de protección conformado por disposiciones de carácter paternalista y autoritario que, en vez de solucionar el problema, terminan afectando flagrantemente la plena vigencia de los derechos de los/as niños, niñas y adolescentes y su condición de sujetos de derecho, afectando directamente su dignidad, libre desarrollo y su derecho a no ser discriminados.

Finalmente, resulta indispensable que las y los operadores jurídicos —y en especial las y los magistrados constitucionales como intérpretes jurídicos por excelencia— tomen conciencia de la trascendencia, en el marco de sus funciones, de coadyuvar a otorgar una real protección de los derechos fundamentales de los NNA y de su derecho a no ser discriminados por razones de edad, a partir de la adecuada aplicación del interés superior del niño/a. Pero también es imprescindible que todas y todos, desde la sociedad y las familias, asumamos el firme compromiso de contribuir, desde nuestros respectivos espacios y roles, a una real protección y consiguiente respeto de la dignidad e igualdad de todos los niños, niñas y adolescentes del país.



## REFERENCIAS

### DOCTRINA

- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6 (1).  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2670601>
- Atienza, M. (2010). *Bioética, derecho y argumentación*. Themis.
- Barranco, M. (2014). Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo. En M. Barranco y C. Churruca (Eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. Tirant Lo Blanc.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís Roig. Editorial Sistema.
- Canché, L. (2012). El niño y adolescente como ciudadano mexicano. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 45 (135).  
[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332012000300004#:~:text=El%20derecho%20privado%20reconoce%20al,para%20acceder%20a%20su%20disfrute](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300004#:~:text=El%20derecho%20privado%20reconoce%20al,para%20acceder%20a%20su%20disfrute).
- Carbonel, M. (2020). *El interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Su definición jurisprudencial*.  
<https://miguelcarbonell.me/2020/04/28/el-interes-superior-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-su-definicion-jurisprudencial/>
- Carbonel, M. (2020, 27 de agosto). El interés superior de la niñez: Análisis de casos prácticos. *Curso online Centro Carbonell*. <https://centrocarbonell.online/>
- Cillero, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. *Infancia, ley y democracia en América Latina*, 2 (1). Temis.
- Eguiguren, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas*, 15.
- Espinoza, J. (1998). *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Grijley.
- Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium. Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*.  
<https://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>

- Garcés, C. (2009). Apuntes para una adecuada interpretación de la normatividad vigente en materia de niñez y adolescencia en el ordenamiento constitucional peruano, desde una perspectiva constitucional. *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 16-19 de setiembre de 2009, 1. IIDC; APDC; UNAM; PUCP.
- García, J. (1991). La Cláusula general de igualdad. *Academia de la Magistratura (1997) Derecho Constitucional*, 1. Materiales del Módulo Derecho Constitucional del Programa de Formación de Aspirantes. Tirant lo Blanch.
- Garrido, R. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- González, M. (2012). *Los derechos del niño en la reproducción asistida*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/8.pdf>
- González Contró, M. (2011, enero-abril). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XLIV, (130), 107-133.
- Ibáñez, J. (2010). *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>
- Landa, C. (2014). El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: Entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional. *Constitutionalismo y democracia en América Latina. Controles y riesgos*. Adrus.
- Landa, C. (2015). ¿Diálogo entre la jurisprudencia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano. En: López, L. y Saiz, A. (Eds.). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los DDHH. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Palestra.
- Lansdown, G. (2005). *La evolución de las facultades del niño*. Save The Children, Centro de Investigaciones Innocenti (UNICEF).
- Liebel, M. (2015). Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades. Universidad de Berlín. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, (pp. 43-61).

- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea.
- Pinochet, R. y Ravetllat, I. (2015). El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 44. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512015000100002&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100002&lng=es&nrm=iso)
- Plácido, A. (2006). El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional. *Cuadernos jurisprudenciales* 6 (62). Diálogo con la Jurisprudencia.
- Ravetllat, I. y Contreras, C. (2019). El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Estudio a la luz de su aplicabilidad. *Estudios Constitucionales*, 17 (2). [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002019000200225](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002019000200225)
- Salomé, L. (2017). *El concepto «discriminación estructural» y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos* [trabajo para optar el Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid].
- Santamaría, M. (2018). El concepto del interés superior del niño y su concepción constitucional. *Colección Infancia y Adolescencia*, 7, Universitat Politècnica de València. <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/123416/Santamar%C3%ADa%20-%20El%20concepto%20del%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%20y%20su%20dimensi%C3%B3n%20constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

## TESIS

- Garcés, C. (2012). *El derecho al libre desarrollo de la persona en el ordenamiento jurídico peruano vigente* [tesis de maestría con mención en Derecho Constitucional]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Riaño, V (2019). El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional. [Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Universidad Libre de Colombia, Facultad de Derecho, Instituto de Posgrados].

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17688/Tesis%20doctoral%20Vilma%20Ria%20C3%20B1o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Torreblanca, L. (2018). *Hacia una solución proporcional y tuitiva en los procesos de cuestionamiento de la paternidad en el Perú* [tesis para optar el grado de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Pontificia Universidad Católica del Perú].

## DOCUMENTOS

Congreso Constituyente Democrático (1993a). Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de Debates. Tomo I Sesión del 1 de marzo de 1993, (pp. 616-633). Debate Constitucional Pleno 1993.

Congreso Constituyente Democrático (1993b). Diario de los Debates. Tomo I Sesión del 06 de julio de 1993 intervenciones de Julio Castro Gómez, Eusebio Vicuña Vásquez y Humberto Sambuceti Pedraglio y César Fernández Arce, (pp. 359-375).

Defensoría del Pueblo. (2012). *Las trabajadoras del hogar en el Perú. Una mirada al marco normativo nacional e internacional establecido para su protección*. Serie Documentos Defensoriales. Documento Defensorial N.º 21.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2018). Reglamento de la Ley N.º 30466. Decreto Supremo N.º 002-2018.MIMP.

Naciones Unidas (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena, 25 de junio de 1993. Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

UNICEF (2014). Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres Protocolos Facultativos.

<https://www.unicef.org/argentina/media/571/file/CDN.pdf>

## RESOLUCIONES Y JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Comité de los Derechos del Niño. (2003). Observación General 5. Medidas generales de aplicación El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Comité de Derechos del Niño. (2006). Observaciones sobre el Tercer informe periódico emitido por el Estado peruano. CRC/C/PER/CO/3, 14 de marzo de 2006.

Comité de Derechos del Niño (2009). Observación General 12. El derecho del niño a ser escuchado.

- Comité de Derechos del Niño (2013). Observación General 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Comité de Derechos del Niño (2016). Observaciones finales a los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú. CRC/C/PER/CO/4-5, 2 de marzo de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia (1998, 5 de noviembre) Sentencia SU-641/1998 (Educación).
- Corte Constitucional de Colombia (2014, 13 de junio). Sentencia T-381/14 (Derecho fundamental a la salud).
- Corte Constitucional de Colombia (2007, 11 de octubre). Sentencia T-839/07 de 11 de octubre de 2007.
- Corte IDH (2002, 28 de agosto) Opinión Consultiva «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño».
- Corte IDH (2004, 2 de septiembre). Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. N.º 112.
- Corte IDH (2009, 16 de noviembre). Caso González y otras («Campo algodón») vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C N.º 205.
- Corte IDH (2012, 24 de febrero). Sentencia de Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.
- Corte IDH (2012, 4 de septiembre). Caso Masacres del Río Negro vs. Guatemala, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C. N.º 250.
- Corte IDH (2014, 19 de agosto). Opinión Consultiva «Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional».
- Corte Suprema de Justicia (2018, 28 de mayo). Sala Penal Permanente. Recurso Nulidad N.º 761-2028/Apurímac.
- Tribunal Constitucional (2004, 1 de setiembre) STC Expediente N.º 0052-2004-AA/TC- FJ 3 (J. J. C. C.).
- Tribunal Constitucional (2006, 24 de abril) Exp. N.º 047-2004-AI/TC (Gobierno Regional de San Martín vs. Congreso de la República).
- Tribunal Constitucional (2005, 28 de octubre) Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC acumulados (Colegio de Abogados de Arequipa y otro).
- Tribunal Constitucional (2005, 6 de diciembre) STC Expediente N.º 6165-2005-HC/TC (Blanca Lucy Borla Espinoza).

- Tribunal Constitucional (2005, 16 de mayo) STC Expediente N.° 00053-2004-PI/TC (Defensoría del Pueblo vs. Municipalidad Distrital de Miraflores).
- Tribunal Constitucional (2007, 17 de octubre). STC Expediente N.° 04646-2007-AA/TC (Feliciano Contreras Arana).
- Tribunal Constitucional (2008, 14 de agosto). STC Expediente N.° 0347-2008-PCH/TC (Cusco J.V.C.B.).
- Tribunal Constitucional (2008, 12 de noviembre) STC Expediente N.° 03744-2007-PHC/TC (José Luis Ñiquin Huatay).
- Tribunal Constitucional (2009, 7 de octubre). STC Expediente N.° 1817-2009-PHC/TC (J.A.R.R.A. y V.R.R.A.).
- Tribunal Constitucional (2010, 9 de setiembre). STC Expediente N.° 2079-2009-HC (L.J.T.A. e I.M.T.A.).
- Tribunal Constitucional (2011, 9 de mayo) STC Expediente N.° 2132-2008-AA/TC, FJ 11 (Rosa Felícita Elizabeth Martínez García).
- Tribunal Constitucional (2016, 8 de noviembre) STC Expediente N.° 02744 2015-PA/TC. (Jesús De Mesquita Oliviera y otros).
- Tribunal Constitucional (2016, 19 de octubre) STC Expediente N.° 02018-2015-PA/TC. (Erik Armando Lecca Vigil y otro).

## «LOS ANIMALES ME IMPORTAN»: UNA APROXIMACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO DE LA NATURALEZA AL CONTEXTO PERUANO

*Néstor Daniel Loyola Ríos\**  
Defensoría del Pueblo de Perú

El artículo aborda la relación que existe entre el ser humano y los demás seres vivos que forman parte del medio ambiente, así como las concepciones antropocéntricas, biocéntricas y ecocéntricas que giran en torno a la primacía de cada especie. Ese vínculo permite explicar la aparición de una corriente denominada «constitucionalismo de la naturaleza», y cómo ha sido plasmada en algunas Constituciones. También se presentan algunas sentencias emblemáticas para apreciar el impacto que ha tenido dicha concepción en el tratamiento específico de los animales<sup>1</sup>, pero con un especial énfasis en las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional (TC) peruano. Finalmente, luego de un estudio dogmático y jurisprudencial sobre el estatus jurídico de los animales, se analiza la incidencia que tiene o podría tener el constitucionalismo de la naturaleza en la protección de estos seres vivos.

### I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día podría resultar difícil aseverar que el hombre es el único ser vivo que merece algún tipo de protección jurídica, si es evidente que habita también junto con otras especies que contribuyen a su desarrollo material y espiritual. Sin embargo, de qué forma debería tutelarse a esos otros individuos, como animales o plantas, es un aspecto que por varios años el Derecho se ha encargado de analizar, sin encontrar alguna respuesta uniforme. Así, podríamos encontrar posturas tradicionales que anteponen la soberanía humana, hasta posiciones heterodoxas, que adopten planteamientos de los derechos de los animales y, en medio de estas, teorías del bienestar animal, que buscan evitar las peores formas de maltrato y sufrimiento. Incluso, concepciones ecologistas, que van desde un ambientalismo conservacionista hacia visiones biocéntricas (Padilla, 2019, p. 393).

\* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor en la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, con estudios de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente en la Universidad Privada del Norte y la Universidad Tecnológica del Perú. Autor de diversos artículos en materia constitucional. Correo electrónico: nestorloyola5@gmail.com.

<sup>1</sup> La doctrina y la jurisprudencia nacional suelen llamarlos animales no humanos para diferenciarlos del hombre. Pero, aquí, solo se les denominará animales.

Se ha ido abriendo paso, entonces, una corriente doctrinaria sobre el constitucionalismo de la naturaleza (con una fuerte presencia en Latinoamérica) y que es necesario conocerla para entender sus alcances y perspectivas. Sobre todo, si la jurisprudencia constitucional parece estar marcando un camino sinuoso frente a nuevas situaciones que involucran a los animales, ríos, bosques, entre otros.

De esta manera, considerando la aún incipiente discusión que se ha producido sobre el tema en el contexto peruano, el presente artículo tiene por objeto reflexionar sobre el valor que se le ha atribuido, principalmente, a los animales, las consecuencias jurídicas que acarrea su reconocimiento legal y constitucional, así como las idas y venidas en la jurisprudencia. Ello, con el fin proponer una lectura de acuerdo con esta nueva vertiente dogmática.

## II. EL HOMBRE, LOS ANIMALES Y LA NATURALEZA

Probablemente, la relación entre el ser humano, los animales y la naturaleza sea mucho más estrecha de lo que pensamos. Una breve revisión sobre el particular nos permitirá apreciarlo:

### 1. Una relación de coincidencias y desavenencias

La vida animal y ecológica es inescindible a la existencia humana, la cual puede sustentarse en razones de índole social, cultural, económica, etc. Piénsese en el caso de los perros guías, cuya Ley 29830 permite a las personas con discapacidad visual permanecer en ellos y emplearlos en lugares públicos o privados, incluyendo medios de transporte y centros de trabajo.

En los tratamientos médicos también suelen usarse animales, tal como sucede con la equinoterapia o la delfinoterapia (Pulgarín y Orozco, 2016, p. 226) y en el ámbito económico, puede mencionarse a la ganadería, que constituye una de las actividades productivas más importantes del país. De igual manera, el sentimiento afectivo creado hacia nuestras mascotas revela, una vez más, esa relación íntima que existe entre humanos y animales. Quizás, un acto que da cuenta de ello se produjo con el fatídico incendio ocurrido a inicios de año por la deflagración de gas licuado de petróleo (GLP) en el distrito de Villa El Salvador, en donde un menor de edad falleció por las grandes quemaduras en su cuerpo, luego de haber salvado a su perro Lester de las llamas que consumían su vivienda.

Pero la relación entre humanos y animales no es reciente, sino que se remonta a las antiguas civilizaciones. La cultura egipcia, desarrollada aproximadamente hace 3000 a. C., concebía a sus deidades con rasgos antropomorfos, precisamente por las cualidades que imponían los animales ante su sociedad: *Anubis* (señor de la muerte), era un hombre con cabeza de chacal; *Horus* (dios del cielo y la guerra), estaba representado con cabeza de halcón; *Kheper* (dios de la resurrección) tenía cabeza de escarabajo; entre otras figuras más.

En la cultura inca, el cóndor era considerado un ave sagrada por su cercanía con los cielos y el puma encarnaba la fuerza y sabiduría. También era frecuente la presencia del viringo o perro sin pelo en los territorios Mochica o Chimú, lo que inclusive conllevó a reconocerlos como la raza canina oriunda del Perú y patrimonio nacional mediante la Ley 27537.

En el caso de la naturaleza, acaece un comportamiento similar que con los animales. Y es que el hombre, preocupado por preservar la biodiversidad de su entorno, ha reconocido diversas áreas naturales, como reservas nacionales (Pacaya Samiria, Paracas, Titicaca, etc.), parques nacionales (Cutervo, Manú, Huascarán, etc.), reservas paisajísticas (cañón del Cotahuasi) o santuarios nacionales (lagunas de Mejía, los Manglares, etc.).

La situación de nuestros pueblos indígenas también es un ejemplo de esta conexión con la naturaleza, ya que el valor que le otorgan a sus tierras, árboles, agua y, en general, sobre todo recurso natural que esté vinculado a su medio ambiente es reconocido como la base de sus culturas, su integridad, su vida espiritual y su supervivencia económica (Abreu, 2012, p. 191).

Ahora bien, todo lo anterior podría graficar al ser humano como un agente depredador, que se beneficia de todo ser vivo para satisfacer sus múltiples necesidades o intereses particulares, ya que muchas veces hace uso de ellos con fines de subsistencia, entretenimiento, explotación o cacería indiscriminada, generando a su paso maltratos, muertes, contaminación, tala ilegal u otro comportamiento nocivo. Pero, así como la fauna y la flora padecen por la acción del hombre, este también puede verse enfrentado por la naturaleza de aquellos. En efecto, los fenómenos medioambientales, las condiciones fisiológicas o las sustancias tóxicas que emanan varios animales o plantas pueden convertirse —a su vez— en un verdadero peligro contra la humanidad.

Todo ello demuestra, evidentemente, el nexo recíproco que se da entre los seres humanos, los animales y la naturaleza, aunque, desde luego, con un mayor predominio del primero frente a cualquier otra especie biótica o abiótica.

## **2. Una mirada desde las teorías antropocéntricas a las ecocéntricas:**

El orden social ha sido construido de modo tal que el ser humano se ha convertido en el punto arquimédico de todo lo que está sobre la tierra. Difícilmente podrían admitir algunos, que los animales o la naturaleza tienen igual o mayor grado de importancia que las personas, pues estas ejercen su poder hegemónico frente a cualquier otro ser viviente. Incluso, en el plano jurídico, se reconoce como principio basilar a la dignidad humana (no animal y tampoco de la naturaleza), por tanto, el respeto y protección del Estado debe estar a su servicio.

Así pues, aparece la doctrina del antropocentrismo, denominada también bienestarismo o especismo, el cual coloca al ser humano por encima de todo ser vivo sobre el planeta. Constituye un fin superior en relación con los animales y la naturaleza en general, por lo que, si bien no es ajeno a la protección del medio ambiente, solo lo considera como un instrumento para su beneficio propio. Frente a ese enfoque, surgieron las teorías biocentristas, que sitúan al ser humano como parte integrante de la naturaleza y con el mismo valor, dada su condición de seres vivos: «se deja de percibir al hombre como razón única para proteger el ambiente, pues más allá de la posible extinción del ser humano por la destrucción de la naturaleza, esta última debe protegerse porque pertenece tanto a las generaciones que en ella habitan como a las venideras y a la humanidad en general» (Gómez, Vargas e Ibáñez, 2019, p. 429).

Entre las concepciones antropocéntricas y biocéntricas, vale precisar, no subyace una suerte de contradicción. Por el contrario, tanto la flora, la fauna y el ser humano cobran la misma importancia y se complementan en un mismo espacio: la naturaleza. Se avanza de una idea jerarquizadora entre los seres vivos hacia un sentido igualitario, y de una visión individualista a una comunitaria.

Junto a las teorías anteriores, se suma la corriente ecocentrista, antibienestarista o antiespecista. Esta señala que, así como «se debe ser antirracista o antisexista por combatir esa prevalencia de razas o de género, igualmente hay que cuestionar la hegemonía de una [...] especie (la humana) por encima de otras». Por lo tanto, «el antiespecismo cuestiona el bienestarismo por no ser una postura que garantice la liberación plena del animal y ni la afirmación de los derechos del animal» (Foy, 2014, p. 159) y acaso de la naturaleza.

La diferencia entre el biocentrismo y el ecocentrismo radica en que este propugna principalmente por el reconocimiento de los animales y la naturaleza como entes que tienen derechos, pues, así como el ser humano es digno de protección, también los demás seres vivos pueden alcanzar tal condición. Ya no se trata solo de otorgar similar valor a los seres que han convivido durante todo el proceso de evolución, sino hacerlos acreedores de determinadas prerrogativas y obligaciones frente al Estado y los particulares.

En suma, las ideas que anteceden muestran las concepciones que se tiene sobre el ser humano frente a su entorno y sobre las cuales el Estado toma posición para regular los derechos o deberes que a cada sujeto le corresponde.

### III. EL ESTATUS JURÍDICO DE LOS ANIMALES

Los animales en el Código Civil peruano se encuentran regulados como bienes muebles de naturaleza corpórea y semoviente, habida cuenta de que el artículo 886 señala que en esta categoría se ubican aquellos «bienes que puedan llevarse de un lugar a otro». Siguiendo esa premisa, el legislador permite que puedan ser objetos de apropiación, accesión, transferencia o configurar responsabilidad objetiva. Además, el Código Penal tipifica al hurto y robo de ganado, así como el maltrato de animales domésticos y silvestres como delitos contra el patrimonio.

Como se puede apreciar, los animales parecen haber sido reducidos a meras cosas porque dependen en todo sentido de las personas y forman parte de su patrimonio. De modo que el ser humano se convierte en su único dueño, que adquiere potestad para ejercer sobre estas cualquier atributo del derecho de propiedad o de reparar cualquier daño causado a terceros.

Esta concepción civilista, de raigambre romanista, considera que los bienes son cosas que satisfacen las necesidades del sujeto (Varsi, 2017, p. 29) y, por tanto, pueden ser susceptibles de utilidad y apropiación. No reconoce a los animales, por tanto, la capacidad para autodeterminarse y su existencia está circunscrita a un contenido netamente patrimonial.

En ese entendido, calificar a los animales como cosas o bienes implica que estos sean tratados como objetos de derecho, es decir, aquello sobre el cual un sujeto de derecho tiene un determinado interés jurídico. Ilustrativo, para estos

efectos, resulta el clásico ejemplo de Juan Espinoza (2002, p. 59), cuando sostiene que, si una norma dispone la prohibición de pisar el césped, esto no implica que el pasto posea un «derecho a no ser pisado», ya que dicha tutela se basa en los intereses propios de los sujetos de derecho. Lo mismo podría predicarse si una norma proscribiera acercarse a determinados animales de granja, pues dicho mandato no genera que los pollos o patos posean un «derecho de no acercamiento» o un «derecho al libre tránsito», sino que la regulación se emite con el fin de salvaguardar la integridad de las personas.

En resumidas cuentas, el tratamiento de los animales para el Derecho Privado se ajusta más al contenido que propone una teoría antropocéntrica, dado que son regulados como seres sirvientes a las necesidades humanas y, por consiguiente, se hallan regulados para proteger jurídicamente los bienes de la persona.

## 1. Los animales a partir de un enfoque constitucional

### 1.1. ¿Hacia una nueva categoría de sujeto de derecho?

El influjo del movimiento constitucional en los últimos siglos ha sido determinante para repensar en la concepción que durante años se les ha atribuido a clásicas instituciones jurídicas provenientes del Derecho Civil. Para explicar esto, el profesor Konrad Hesse ha sostenido que el Derecho Constitucional brinda guías, directrices e impulsos para garantizar la evolución del Derecho Privado a las circunstancias actuales, así pues, «[e]l Derecho Constitucional reacciona en general con rapidez a los cambios de la realidad; gracias a la amplitud y apertura de sus normas está en situación de tener en cuenta las transformaciones de los presupuestos y de las exigencias más rápidamente y más fácilmente que el Derecho Privado. Debido a su influencia sobre el Derecho Privado, se convierte así en un medio para su desarrollo. De este modo puede actuar como motor de un cambio también de la legislación y de la jurisprudencia jurídico-privadas» (1995, pp. 84-85).

En esa medida, el avance interdisciplinario de la ciencia ha permitido conocer que los animales no son seres carentes de sensibilidad, sino que poseen capacidad de experimentar un conjunto de emociones y sentimientos ante estímulos internos o externos. Por tanto, no pueden seguir siendo catalogados como cosas ni accesorios humanos, ya que todo esto les hace, cuando menos, merecedores de cierto margen de autonomía y autodeterminación.

El tipo de carácter, forjado en base a las circunstancias específicas que rodean su hábitat, configura su propia individualidad frente al hambre, peligro, cansancio, aburrimiento, etc., lo que demuestra —a su vez— un determinado grado de consciencia y voluntad. Ello es fácil de comprobar, cuando se observa la resistencia que presentan al ingreso de un camal o al momento de acercarlos a personas que no tienen identificadas.

Siendo seres conscientes y sintientes, José Rey señala que «eso les hace merecedores de un respeto, les hace en la teoría moral, merecedores del principio de dignidad que nos obliga a tratar a los demás nunca como meros medios, sino como fines. Dicho con otras palabras, nuestra comunidad moral que es una cons-

trucción intelectual no natural, debe incluir también a aquellos seres que tienen una percepción individual de sí mismos, de lo que quieren, de lo que no quieren y que son vulnerables ante los ataques o sufrimientos infringidos por otros seres, que presentan un conjunto de capacidades que potencialmente pueden desarrollar» (2018, p. 29).

Todo lo anterior ha conllevado a sostener que, si los animales gozan de algunos atributos humanos (dignidad, vida, integridad, etc.), podrían ser considerados dentro de la categoría de sujetos de derecho. Esa misma idea es defendida por Eugenio Zaffaroni, actualmente juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien a partir de la tipificación del maltrato animal ha resaltado con especial convicción la necesidad de otorgarles la condición de sujetos de derecho: «A nuestro juicio, el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos» (2011, p. 54).

Martha Nussbaum, por su parte, en su libro sobre *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión* (2007) cuestiona el famoso contrato social celerado por y para los seres humanos, como una de las razones que motivaron la negación de los animales en el ejercicio de determinados derechos. Por eso, a partir de su teoría sobre el enfoque de capacidades, propone darles ese reconocimiento y reintegrarlos a un nuevo orden ecológico que consolide la idea de una justicia global e interespecie, es decir, que vaya más allá de lo humano (p. 41).

Incluso, a nivel internacional, se han gestado sendos instrumentos normativos (*soft law*) orientados a asignar derechos a los animales. Así, por ejemplo, la «Declaración Universal de los Derechos de los Animales» (1989) les reconoce —*inter alia*— el derecho al respeto, a la atención, a los cuidados, a vivir libre en su propio ambiente natural, a una alimentación reparadora, al reposo, etc.; la Declaración de los Grandes Simios (1993) propone reconocer a los grandes primates —seres humanos, gorilas, chimpancés y orangutanes— el derecho a la vida, la libertad individual y la prohibición de la tortura; y, la Declaración Universal para el Bienestar Animal (2003) establece una serie de obligaciones positivas a favor de los animales: prohibir todo trato cruel e inhumano y prever la satisfacción de sus necesidades básicas.

Siendo ello así, rechazar la idea de que los animales tienen derechos porque no pertenecen a la especie humana, supondría caer en un especismo radical, ya que en el fondo se trata de seres vivos que presentan similares necesidades, emociones, sentimientos, etc. Empero, a pesar de que el constitucionalismo no ignora su condición particular, tampoco ha tomado una postura al respecto. De hecho, en la doctrina se han planteado argumentos que objetan y respaldan esta tesis, como las que se enuncian a continuación:

**a) Argumentos en contra**

- *Los animales no tienen derechos, en realidad, son mínimos éticos de justicia del ser humano en relación con la naturaleza*

Existen principios básicos en la humanidad que están orientados a garantizar el bien común, como la dignidad y la justicia. Estos valores inspiran el com-

portamiento del ser humano y constituyen presupuestos éticos para rechazar cualquier acto que tienda a menoscabar la integridad de otros seres vivos.

Por eso, el sufrimiento, las emociones, la consciencia relativa y otros atributos que asocian a los animales con los humanos son insuficientes para reconocerles la existencia de un catálogo de derechos. Los animales adquieren un alto estándar de protección por un sentido de justicia que subyace en la esencia de los seres humanos, el cual suele confundirse con deberes o exigencias en forma de derechos para los animales. Por eso, como sostiene Chávez-Fernández «[d]esde un iusnaturalismo realista no es viable plantear la existencia de los llamados derechos de los animales (2017, p. 151).

- ***El reconocimiento de derechos para los animales solo se daría en el plano teórico, porque no pueden exigirlos por sí mismos***

Los animales, aun cuando tengan cierto grado de consciencia y puedan expresar sus sentimientos, no tienen capacidad para reclamar derechos eventualmente reconocidos, ya que no cuentan con el desarrollo psicosomático que tienen ontológicamente los seres humanos.

Resulta, pues, ilusorio pensar que, ante la afectación de su derecho a la alimentación, se dirijan a los tribunales de justicia a presentar demandas; o en el supuesto de que se les impute la comisión de daños, se defiendan en las instancias judiciales para contradecir los cargos, presentar excepciones o formular alegatos.

Por tanto, toda vez que su nivel de consciencia no ha podido llegar al umbral necesario para dotarlos de agencia plena para reclamar sus derechos, considerarlos sujetos de derecho resulta una posición inviable.

- ***No se puede reconocer derechos a los animales, si solo algunos de ellos poseen capacidades humanas***

Aunque los avances científicos puedan demostrar que algunos animales poseen consciencia y sensibilidad, como los monos, los delfines, los caballos, etc., es claro que no es el común denominador en esa especie. Por ejemplo, las esponjas o las anémonas marinas son algunos casos en los cuales su naturaleza biológica no les ha favorecido, porque al carecer de cerebro y sistema nervioso no tienen condiciones para acceder a derechos subjetivos. Esa situación difiere del ser humano, pues el reconocimiento de sus derechos radica en la dignidad y libertad que tienen, en tanto llevan naturaleza humana, independientemente de que existan malformaciones genéticas o problemas psicológicos que modifiquen sus patrones conductuales.

- ***Los animales no son sujetos de derecho porque no pueden cumplir con sus obligaciones jurídicas***

Por sujeto de derecho se entiende a «un ente al cual se le imputan situaciones jurídicas subjetivas, es decir, derechos y deberes» (Fernández, 2001, p. 313), y que recae siempre, y en última instancia, en la vida humana (Espinoza, 2002, p. 57).

En el caso de los animales, el nivel de entendimiento alcanzado —si bien importante— no los coloca en una posición adecuada para cumplir con

los mandatos prescriptivos emanados por las autoridades o responder por la ilicitud de sus actos. Piénsese, por ejemplo, en la obligación jurídica de respetar un toque de queda o de no morder, picar o arañar a terceros. Tales deberes difícilmente podrían ser cumplidos, como sucedió en la Edad Media con el juicio que se les hizo a los animales.

De ahí que no podría hablarse de un sujeto de derecho construido, solamente para anteponer derechos frente a otros, pero incapaz de honrar sus cargas o deberes jurídicos.

- *Los animales no pueden ser comprendidos en la categoría de «personas», porque es incompatible con su naturaleza*

El concepto «persona» es uno evidentemente vinculado con la naturaleza humana y, por ende, a la categoría de sujeto de derecho. Sobre el particular, existen dos clases de personas: física o natural y jurídica o moral, pero, en ambos casos, el análisis se reconduce finalmente al ser humano.

La ficción creada por el Derecho para incorporar a la persona moral como sujeto de derecho toma como premisa la base existencial del hombre —en su faz individual o colectiva— y su proyección jurídica, por lo que de esa manera se vuelve acreedora de derechos y también de obligaciones.

Es claro que los animales no tienen naturaleza humana, por consiguiente, no caben ser tratados como personas. Su lenguaje y sentido común, por mencionar algunos supuestos, son limitados y no pueden ser equiparables a las del ser humano.

#### **b) Argumentos a favor:**

- *Los animales pueden ser considerados personas en una acepción jurídicamente amplia*

Históricamente, el concepto «persona» fue usado para nombrar la máscara que utilizaban actores de teatro en Grecia y Roma, pero luego, esa denominación se trasladó al actor mismo. En tanto, persona, como sujeto de derecho, aparece en Roma en forma tardía, pues antes se utilizaba el término *caput* (cabeza y, por extensión, persona individual) (Bandieri, 2015, pp. 36-38).

Fue la usanza del lenguaje la que relacionó el concepto «persona» con la naturaleza humana, aunque también se admitía la existencia de personas que no eran humanas, como los seres sobrehumanos, personas jurídicas, animales o, inclusive, humanos que no fueron considerados personas, como los esclavos de la antigua Roma.

En consecuencia, si lo que se entiende por persona, actualmente, ha sido producto de una creación ideal por el Derecho, no se hallan argumentos para prohibir categóricamente la ampliación de esa figura. Por el contrario, una interpretación sociológica e histórica coadyuvaría a incluir a los animales.

- *Existen personas que no pueden exigir sus derechos por sí solas y eso no es impedimento para reconocerles su condición de sujeto de derecho*

Se dice que los animales no pueden tener derechos, porque no tienen cómo reclamarlos. Sin embargo, ese argumento no es atendible, pues existen mu-

chos humanos que tampoco pueden exigir sus derechos por sí mismos (las personas con discapacidad intelectual severa o el concebido), y nadie se atrevería a decir que no son sujetos de derecho.

Además, no se debe confundir la condición de sujeto de derecho con su capacidad procesal, que viene a ser la «aptitud para poder ejercer por sí mismo, válidamente, las situaciones jurídicas procesales de las cuales se es titular» (Priori, 2012, p. 49). En todo caso, podrían adaptarse otros recaudos procesales para garantizar su asistencia jurídica.

▪ ***Existen personas que no pueden cumplir con sus obligaciones jurídicas, pero siguen siendo consideradas sujetos de derecho***

Muy similar al punto anterior, como refiere Zaffaroni, «son muchos los sujetos humanos de derechos que no tienen capacidad para cometer infracciones, como todos los involuntables (incapaces de acción o de conducta). Frente a ellos se reacciona con el derecho administrativo, o sea, si protagonizan un proceso lesivo, se detiene este con medidas de coerción directa que, por cierto, deben respetar su dignidad de sujetos de derecho. No sería nada diferente lo que debe plantearse frente al animal» (2011, p. 60).

Para el profesor argentino, imponer alguna medida de internamiento a una persona con discapacidad volitiva y encerrar en un zoológico a un puma que circula en la vía pública no ofrecería mucha diferencia. Pero, lo importante de considerar al animal como sujeto de derecho estaría en que podría preferirse respetar su derecho a la vida, es decir, optar por atraparlo, en lugar de matarlo indiscriminadamente (Zaffaroni, 2011, p. 61). Ergo, su comportamiento lesivo sí podría ser objeto de sanciones de acuerdo con su propia naturaleza.

▪ ***Los derechos de los animales recaen solo para aquellos que cuenten con un sistema nervioso***

Se han formulado cuestionamientos sobre qué animales comparten capacidades humanas, para descartar cualquier intento por reconocerles derechos. Sin embargo, en opinión que compartimos con José Rey, «el límite está en poseer un sistema nervioso central. Tener un sistema nervioso central parece que es lo fundamental a la hora de experimentar sensaciones, tener una individualidad y una posibilidad de desarrollar diversas capacidades. Esto significa que, por ejemplo, una esponja o un coral, aun siendo animales no tienen sistema nervioso. Y algo probablemente parecido ocurre con determinados moluscos. Estos animales estarían fuera de la comunidad moral y no habría una relevancia moral en su utilización como medios para nuestros fines» (2018, p. 29).

▪ ***El rechazo por los derechos de los animales es una cuestión cultural***

Peter Häberle, uno de los más grandes representantes del *iusculturalismo*, ha señalado que la Constitución no es un cuerpo normativo inerte, pues su fuerza normativa radica en el dinamismo cultural de las sociedades. Por eso, en su texto *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* señala que «[l]a Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o

un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos» (2000, p. 34).

Lo anterior es relevante, porque los reparos para aceptar a los animales como sujetos que poseen derechos subjetivos son otra muestra de los vaivenes de la historia. Recuérdese, por ejemplo, la defensa por mantener a los esclavos como una forma de propiedad o el rechazo por reconocer la igualdad de derechos entre afrodescendientes y «blancos» o entre mujeres y varones. Estos hechos representan episodios manchados con sangre en la evolución de nuestras sociedades, los cuales, a pesar de la fuerte resistencia social y judicial, terminaron convirtiéndose en justas reivindicaciones por la defensa de los derechos.

De ahí que el problema que acaece con los animales sea otro capítulo más en la historia de la humanidad, que necesita ser debatido para comprender que el avance científico, sociológico, antropológico o ético, en estos tiempos, exige estimar la existencia de un conjunto de derechos a favor de otros seres vivos.

## 1.2. Los animales como seres sintientes protegidos por leyes especiales: ¿Un *tertium genus*?

Los planteamientos antagónicos del acápite anterior dieron origen a una tercera posición sobre el estatus jurídico de los animales, en la que reconociéndoles su condición de seres sintientes serían beneficiados con leyes especiales. Esta propuesta grafica un intento por erradicar su cosificación, pero sin llegar a calificarlos como sujetos de derecho.

En efecto, como señala Carlos Rogel, los animales son «seres vivos, fieros unas veces, mansos en otras, que se pierden, van de un lugar a otro por sí mismos, tienen crías y son bien distintos, por todo ello, de las cosas inertes, inanimadas. No siendo sujetos de derechos en los ordenamientos jurídicos, son seres singulares, merecedores de reglas singulares» (2018, p. 32).

En ordenamientos comparados se acoge esta teoría. Por ejemplo, el artículo 285.a del Código Civil austriaco menciona que: «Los animales no son cosas; están protegidos por leyes especiales. [...]»; mientras que el artículo 11.1 de su Constitución Política, consagra el bienestar animal como una de las obligaciones del Estado.

Igualmente, el Código Civil alemán regula en su artículo 90.a que: «Los animales no son cosas. Están protegidos por leyes especiales. [...]». Por su parte, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania estipula que: «El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial».

Por su parte, el artículo 641 del Código Civil de Suiza indica que: «Los animales no son objetos. [...]». En tanto, el artículo 80 de su Constitución otorga a

la legislación federal la capacidad de regular: *i*) La custodia de los animales y los cuidados que deban dárseles; *ii*) La experimentación con animales y los atentados a la integridad de animales vivos; *iii*) La utilización de animales; *iv*) La importación de animales y de los productos de origen animal; *v*) El comercio y transporte de animales; y, *vi*) La matanza de animales.

La regulación constitucional europea ha tenido repercusión en gran parte de los países de Latinoamérica —conforme se verá en los siguientes apartados—, al punto de que, al margen de las posturas en torno al estatus de los animales, existe un consenso básico sobre la protección mínima que deben gozar como seres vivos. Un nivel de protección que, además, encuentra diferencias según las características propias de su especie y la función que cumplen para la sociedad.

De ahí que, la regulación específica orientada a garantizar el bienestar de las especies destinadas al consumo humano no sea igual para la experimentación e investigación científica, la crianza doméstica o las que pertenecen a la vida silvestre. De manera general, en el primer caso, se buscará generar, *inter alia*, el menor sufrimiento posible, así como adecuadas condiciones sanitarias; en el segundo, intervenciones alternativas no invasivas, salvo que estas no existan o fueran ineficaces. En el tercer supuesto se evitará todo atentado contra su integridad e individualidad, a menos que sea médicamente prescrito, así como incentivar la pelea o su explotación. Finalmente, el último grupo quedará protegido frente al comercio o tenencia ilegal, las mutilaciones, exhibición lucrativa, etc.

## 2. Los animales en la Constitución Política peruana

Nuestro texto constitucional no contiene una referencia expresa y directa sobre los animales, no obstante, alberga determinadas disposiciones que nos permiten acercarnos a entender cuál es el rol que cumplen en la sociedad y cómo el Estado debe actuar frente a un escenario en el que se hallen amenazados. Ello nos conduce a apreciar las normas de la Constitución Ambiental<sup>2</sup> para incorporar la dimensión axiológica, finalista y evolutiva de los preceptos constitucionales en materia ambiental (Canosa, 1996, p. 81), con el objeto de brindarle orden a una realidad que avanza galopante.

Así, dentro de ese acervo normativo podemos mencionar al artículo 2.22 que consagra el derecho «a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado», el artículo 68 que afirma que «[e]l Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica», así como los artículos 2.16 y 70 que garantizan el derecho de propiedad, pero desde su función ecológica, para asegurar la autosostenibilidad del medio ambiente.

Estimamos que tales normas, caracterizadas por su amplitud conceptual, son la base constitucional para construir una teoría en la cual se conceda protección (progresiva) a favor de los animales, pues los silencios de la Constitución no deben ser interpretados como una excusa para desamparar aquello que merece especial atención. Y si bien es cierto que no están identificados sino a partir del

---

2 Denominada también Constitución Ecológica o Constitución Verde.

medio ambiente, la propiedad y la diversidad biológica, resultan indiscutibles los mandatos de preservación, cuidado y garantía que tienen los poderes públicos y particulares frente a ellos.

Finalmente, vale anotar que *prima facie* no es posible determinar cuál es la posición que ha tomado el constituyente sobre el estatus jurídico de los animales; sin embargo, curiosamente esta idea parece haber sido fijada por el legislador, cuando en la Ley 30407 —Ley de Protección y Bienestar Animal— señala que el Estado protege «a las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres» reconociéndolos como «seres sensibles» (artículos 1.1 y 14)<sup>3</sup>. Aún así, no deja de ser llamativo el reglamento de la Ley que regula el régimen jurídico de canes, aprobado con Decreto Supremo 006-2002-SA, cuya redacción legislativa estipula el «derecho» de todo can a la protección de su vida, integridad física, salud, alimentación, desarrollo en un ambiente apropiado y en armonía y sociabilidad con la comunidad (artículo 5).

#### IV. EL CONSTITUCIONALISMO DE LA NATURALEZA: UNA RESPUESTA INMEDIATA PARA UN PROBLEMA VIGENTE

##### 1. Orígenes, controversias y avances:

La doctrina del constitucionalismo de la naturaleza hace referencia a la revaloración del medio ambiente y la biodiversidad que, a la luz de las normas constitucionales, cada Estado ha decidido consagrarla de manera especial para asignar un nuevo significado a sus competencias y atribuciones, así como a las relaciones sociales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido implícitamente esta concepción, denominándola *tendencia* en la Opinión Consultiva 23/17: «Medio ambiente y derechos humanos» (2017), por cuanto resalta que en diversos ordenamientos se viene otorgando personería jurídica a la naturaleza, sea en vía normativa como pretoriana: «Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la

3 Esta Ley derogó a la anterior Ley 27265 —Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres Mantenidos en Cautiverio— que reconocía formalmente derechos a los animales. En su articulado fijó como objetivo «fomentar el respeto [de los] derechos de los animales» (artículo 2, literal b) y estableció como obligación del Estado «a velar [por los] derechos de los animales» (artículo 4.1).

naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales» (párr. 62).

Esta concepción es valiosa desde el punto de vista político y epistemológico. El primero, porque su «interpretación defiende una perspectiva biocéntrica de las relaciones entre seres humanos y naturaleza que está en conflicto con la mirada antropocéntrica que usualmente va de la mano del constitucionalismo moderno»; mientras que, el segundo, debido a que «se fundamenta en un tipo de saber, el indígena, que no ha sido considerado generalmente como una fuente legítima de conocimiento jurídico y político» (Bonilla, 2019, p. 8).

Dentro de esta corriente, encontramos a la Constitución de Brasil (1988) —pionera por su visión ecológica— que recogió en su artículo 225 el deber constitucional de proteger a la fauna frente a los actos de crueldad: «Todas las personas tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, el cual es un bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable. El Poder Público y la colectividad tienen el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. Párrafo 1. Para garantizar la efectividad de ese derecho, corresponde al Poder Público: VII - proteger la fauna y la flora, quedando prohibidas, de acuerdo con la ley, las prácticas que pongan en peligro su función ecológica que provoquen la extinción de especies o que sometan a los animales a tratos crueles».

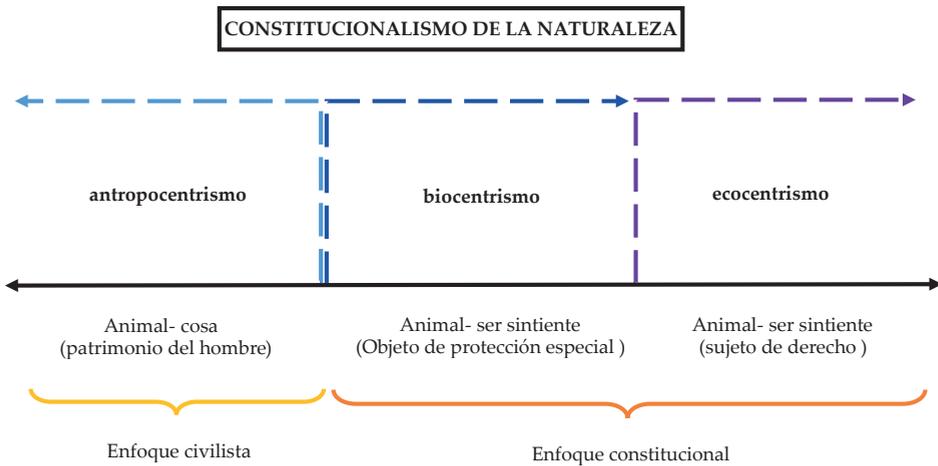
Así, también, el preámbulo de la Constitución de Ecuador (2008) destaca «[u]na nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*». Además, el artículo 71 reconoce a la naturaleza o Pacha Mama como sujeto de derecho mediante el siguiente tenor: «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema».

De manera similar, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009) expresa en su preámbulo el respeto por todos los seres que viven en su territorio y, en particular, por la naturaleza: «[...] Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. [...] Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra. [...] Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia».

Sin embargo, a pesar que no contempla a la naturaleza como sujeto de derecho —a diferencia de su par ecuatoriano—, sí limita el disfrute del medio ambiente al desarrollo de otros seres vivos. En su artículo 33 afirma: «Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente».

Un sector de la doctrina ha considerado que el constitucionalismo de la naturaleza se trata de una versión radical de los movimientos ecologistas y animalistas que se han constitucionalizado en algunos Estados socialistas, en abierta contraposición de aquellos que tienen más bien un corte liberal, como lo son buena parte de los países de Sudamérica. Empero, al margen del cuño ideológico que esta concepción entraña, lo cierto es que constituye una teoría hacia la reivindicación del medio ambiente y los demás seres vivos. El siguiente gráfico podrá coadyuvar a sintetizar la explicación:

#### CONSTITUCIONALISMO DE LA NATURALEZA



Elaboración propia

En suma, pretende romper con viejos postulados irreconciliables sobre el tratamiento de la naturaleza, los animales y el hombre, que se asentó durante siglos bajo un constitucionalismo antropocentrista dominante. Y, en ese contexto, rescata la cosmovisión de la región andina para eliminar los privilegios históricos, expandiéndose en Colombia, Argentina, Perú, México y algunos países del continente europeo.

#### 2. Algunas sentencias paradigmáticas a nivel comparado:

El influjo del constitucionalismo de la naturaleza se ha hecho notar con los casos «río Vilcabamba» (Ecuador - 2011), «explotación mineral» (Ecuador - 2015), «río

Atrato» (Colombia - 2016), «río Ganges» (India - 2017), «río Whanganui» (Nueva Zelanda - 2017), «Amazonía colombiana» (Colombia - 2018), en los cuales se reconoció como sujetos de derecho a determinados bienes naturales. No obstante, atendiendo el objeto de este trabajo, se abordará algunos pronunciamientos emblemáticos respecto a la vida animal:

### 2.1. Caso: «Orangutana Sandra» (Argentina - 2015):

La Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) interpuso una demanda de *habeas corpus* a favor de una orangutana, ya que había sido privada arbitrariamente de su libertad por los representantes de un zoológico de Buenos Aires. En ese sentido, precisaron que la integridad física y mental de la simia estaba deteriorada, por lo que era urgente trasladarla al santuario de Sorocoba en Sao Paulo (Brasil).

La demanda fue rechazada en las dos primeras instancias, pero cuando subió a la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se emitió una sentencia relevante que, aunque no exenta de polémica, amparó la pretensión bajo el siguiente fundamento: «[A] partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos animales no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente» (Causa CCC68831/2014/CFI).

La libertad de la orangutana se basó, entonces, en una interpretación evolutiva sobre el valor de los animales para los Estados, lo que supone el reconocimiento progresivo de ciertos derechos para proteger su individualidad.

### 2.2. Caso: «Chimpancé Cecilia» (Argentina - 2016)

En otra oportunidad, la AFADA presentó un *habeas corpus* para liberar a una chimpancé que se encontraba viviendo sola en el zoológico de Mendoza —ante la muerte de sus dos compañeros— y en unas condiciones extremadamente inadecuadas para su especie.

Al resolver el caso, el Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza decidió conceder dicho *habeas corpus*, convencido de que: «Los animales deben estar munidos de derechos fundamentales y una legislación acorde con esos derechos fundamentales que ampare la particular situación en la que se encuentran, de acuerdo con el grado evolutivo que la ciencia ha determinado que pueden alcanzar. No se trata aquí de otorgarles los derechos que poseen los seres humanos sino de aceptar y entender de una buena vez que estos entes son seres vivos sintientes, que son sujetos de derechos y que les asiste, entre otros, el derecho fundamental a nacer, a vivir, a crecer y morir en el medio que les es propio según su especie. No son los animales ni los grandes simios objeto de exposición como una obra de arte creada por el hombre» (Expediente P-72.254/15, p. 37).

Siguiendo el fallo anterior, se observa cómo la interpretación evolutiva abre paso a un nuevo reconocimiento jurídico de los animales a partir de su sintiencia (capacidad de sentir), la cual no pretende asignar idénticos derechos entre humanos y no humanos, sino aquellos que le son propios por su naturaleza.

### 2.3. Caso: «Corrida de toros» (Colombia - 2013)

La Corporación Taurina de Bogotá presentó una tutela contra la Alcaldía Mayor de Bogotá y el Instituto Distrital de Recreación y Deporte, porque decidieron resolver el contrato que le otorgaba el uso de la plaza de armas de Santa María para realizar espectáculos taurinos.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo «la existencia de un deber constitucional de protección de la fauna» sustentado en «la dignidad humana, el deber de protección del ambiente y la función social y ecológica de la propiedad», dado que se reconoce a los animales como seres sintientes no humanos (Sentencia T-296/13, apartado 5.1.2.2.).

No obstante, la corporación decidió amparar la demanda, permitiendo las corridas de toros, en tanto representan expresiones artísticas y culturales de vieja raigambre histórica, pero bajo la atinencia de que se cautele el sufrimiento animal, se realice en ciertas ocasiones y en lugares donde configuren una tradición periódica e ininterrumpida (restricciones de modo, tiempo y lugar).

Para este alto tribunal, la sintiencia, en tanto concepto jurídico, solo puede atribuir deberes constitucionales para proteger el bienestar de los animales, que necesitan ser evaluados a la luz de los bienes y valores asignados a los seres humanos.

### 2.4. Caso: «Animales de circo» (Colombia - 2014)

Un grupo de personas interpusieron una demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 1638, que prohíben el uso de animales silvestres, nativos o exóticos, en circos. La corporación colombiana fue enfática al señalar que dicha proscripción se encuentra constitucionalmente justificada: «La protección de los animales desde la perspectiva de los deberes morales y solidarios —bienestar animal—, como del comportamiento digno que los humanos están obligados a proveer respecto de otras especies —seres vivos y sintientes— en aras de la conservación del medio ambiente» (Sentencia C-283/14, fundamento 8.2). En consecuencia, mantuvo su posición respecto al estatus jurídico de los animales y declaró infundada la demanda.

Mediante una concepción biocentrista, la corte colombiana otorgó protección a los animales, pero no como seres titulares de derechos, sino como seres integrantes del medio ambiente que aseguran la especie humana.

### 2.5. Caso: «Oso Chucho» (Colombia - 2020)

Nuevamente en Colombia se dio un caso en el que entró al debate jurídico la protección de un animal. Se trataba de un *habeas corpus* interpuesto a favor de un oso de anteojos, llamado Chucho, con el objeto de que sea trasladado del zoológico de Barranquilla a la reserva forestal Río Blanco en Manizales, pues su cautiverio le estaba generando complicaciones a su salud.

En primera y segunda instancia la demanda fue desestimada, pero luego la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia que cambió la condición de los animales como seres sintientes a verdaderos titulares de derechos: «[L]os otros seres sintientes también son sujetos de derechos indis-

cutiblemente. No se trata de darles derechos a los sujetos sintientes no humanos, iguales a los de los humanos, equiparándolos en un todo, para creer que los toros, los loros, los perros o los árboles, etc., tendrán sus propios tribunales, sus propias ferias y festividades, sus juegos olímpicos o sus universidades; ni que los otros componentes de la naturaleza deban ser titulares de las mismas prerrogativas o garantías de los humanos sino de reconocerles los correspondientes, los justos y convenientes a su especie, rango o grupo» (AHC4806-2017, apartado 2.4.4). En ese sentido, revocó la decisión impugnada y dispuso ubicar al oso «a una zona que mejor se adecúe a su hábitat, con plenas y dignas condiciones de semicautiverio» (AHC4806-2017, Decisión, Resuelve, Primero).

Al final, el caso llegó a la Corte Constitucional colombiana, vía tutela (amparo) contra resolución judicial (*habeas corpus*), en el que por mayoría decidieron dejar sin efecto el *habeas corpus*, porque el derecho a la libertad individual no puede ser ejercida por animales (Sentencia SU-016/20). Sin embargo, la magistrada ponente, Diana Fajardo Rivera, dejó constancia en su voto de que la Constitución colombiana sí permite reconocer a los animales no humanos como seres sintientes titulares de derechos.

El caso muestra una situación muy peculiar en el Estado colombiano, pues si bien en la sentencia T-622 del año 2016 y otros antecedentes ha reconocido a la naturaleza como un sujeto de derechos, no ha sucedido lo mismo cuando se trata de evaluar la situación de los animales.

## **2.6. Caso: «animales marinos en espectáculos itinerantes» (México - 2017)**

Una empresa, propietaria de varios mamíferos marinos, impugnó el artículo 60 bis de la Ley General de Vida Silvestre para que se le permita realizar espectáculos marinos itinerantes. Sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana rechazó lo solicitado, aduciendo que «la prohibición de utilizar mamíferos marinos en espectáculos itinerantes es mejorar la calidad de vida de estas especies para su mejor conservación, pues se ha demostrado que el transporte es un factor que aumenta la mortalidad de estos animales, al elevarse el estrés al que están sometidos, lo que desemboca en una multiplicidad de enfermedades, además de muertes por manejo inadecuado» (Amparo en Revisión 639/2016, apartado IV).

Este fallo es importante, porque de la argumentación efectuada por los ministros de la Corte se desprende la consideración de los animales como seres sintientes, que encuentran protección a través del resguardo del medio ambiente.

## **2.7. Caso: «Pelea de gallos» (México - 2018)**

La Comisión Mexicana de Promoción Gallística presentó una demanda de amparo contra la Ley de Protección a los Animales para el Estado de Veracruz, bajo el argumento de que la prohibición de las peleas de gallos constituía una vulneración al derecho a la cultura y a la propiedad de los avicultores.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resaltó el cambio que viene adoptando México por descosificar a los animales, al punto de reconocer los aportes

de algunas legislaciones locales por «concebirlos como “seres sintientes» merecedores de un “trato digno”» (Amparo en Revisión 163/2018, apartado 2). Con todo ello decide desestimar la demanda, al determinar que «la prohibición de realizar peleas supera el examen de proporcionalidad en estricto sentido, toda vez que logra conseguir con alta eficacia la promoción el bienestar animal, al tiempo que las limitaciones a la libertad de trabajo y al derecho de propiedad de los quejosos se encuentran no resultan (*sic*) muy intensas» (Amparo en Revisión 163/2018, apartado 4).

En efecto, a través de la aplicación del conocido test de proporcionalidad, el tribunal mexicano resolvió, para el caso concreto, que la protección del bienestar animal en las peleas de gallos se antepone frente al derecho a la cultura, trabajo y propiedad de las personas en general y los propietarios granjeros, en particular.

### 3. Los animales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

Nuestro TC ha ido construyendo una línea jurisprudencial sobre la protección de los animales, principalmente, en los últimos años. Conviene, entonces, hacer un breve repaso por estas puntuales decisiones:

#### 3.1. Caso: «Perros guías» (2014)

Margarita Cósar y otros ciudadanos presentaron una demanda de amparo contra Plaza Veá para que se les permita el ingreso en compañía de su animal de asistencia (perro guía) a todas sus cadenas a nivel nacional, al ser personas con discapacidad visual.

A pesar de que la controversia versaba sobre los actos de discriminación que sufría dicho grupo vulnerable por las restricciones en el acceso a esos establecimientos comerciales, el tribunal analizó los atributos especiales que diferencian a un perro guía con un perro mascota. Concretamente indicó: «[N]o cualquier perro cumple la condición de “perro guía”. Para serlo es preciso que el animal posea un conjunto de cualidades especiales; por ejemplo, ha de ser equilibrado, tranquilo, obediente y sociable; asimismo, debe ser de tamaño mediano. Cabe mencionar que el entrenamiento riguroso al que es sometido inhibe por completo su instinto de caza, lo capacita para relacionarse adecuadamente con la gente, para vivir dentro de una casa, acudir a tiendas, viajar en transportes públicos e interactuar con otros animales. En su prolongado entrenamiento (en promedio dos años), se le enseña a caminar con una correa y a permanecer al lado izquierdo de su dueño, de modo que no le cause interferencias en el andar. [...] se lo entrena para obedecer, asumir responsabilidades y adquirir habilidades que le permitan resolver situaciones tensas. Si en principio está entrenado para obedecer a su amo, llegado un caso extremo, por ejemplo, que la vida e integridad de su dueño esté en peligro, puede desobedecerlo con la finalidad de salvaguardarlo. Los perros guía son animales sometidos a rigurosas pruebas psicológicas, médicas, sociológicas y de movilidad del usuario» (Expediente 02437-2013-PA/TC, pp. 37-38).

Finalmente, declaró fundada la demanda y ordenó a la emplazada que permita el ingreso de las personas con discapacidad visual junto con sus perros guías.

### 3.2. Caso: «Tenencia de mascotas en departamentos» (2018)

Juan Ruelas interpuso una demanda de amparo contra la Junta de Propietarios del edificio Antonio Miró Quesada, para que se inaplique el reglamento interno que prohibía la tenencia de mascotas en el inmueble.

El TC llegó a la conclusión de que la norma reglamentaria era inconstitucional por no superar el principio de necesidad en el test de proporcionalidad. Lo relevante de su argumentación radicó en reconocer una especie de derecho a tener mascotas, a partir del derecho al libre desarrollo de la personalidad, debido al vínculo significativo que representa para algunas personas: «[L]a tenencia de una mascota es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el entendido de que es opción de cada persona el decidir si tiene una mascota o no, lo cual corresponde al plan de vida de cada individuo. [...] puede tener un significado importante en su vida, desarrollando determinados vínculos afectivos y emocionales [...]» (Expediente 01413-2017-PA/TC, fundamento 11).

### 3.3. Caso: «Horse Brown» (2019)

Hasta el año 2018, el TC no había sentado una posición respecto a la protección específica para los animales. Únicamente, había mostrado ligero interés sobre la situación particular de alguno de ellos en los casos antes mencionados. Sin embargo, recién a mediados de 2019 decidió fijar posición en el tema, luego que el representante de la empresa Horse Brown S.A.C. interpusiera un *habeas corpus* contra el Servicio de Parques de Lima para que le entreguen los caballos, ovejas y cabras, de su propiedad, que estaban siendo usados, disfrutados y maltratados en el Parque de los Anillos.

Más allá de la reconversión procesal que aplicó el TC para pronunciarse por el fondo, vía amparo, señaló la necesidad de reconocer unos «deberes constitucionales hacia los animales no humanos», ya que estos no pueden ser iguales que la persona humana por cuestiones biológicas, psicológicas y éticas. Así, «de la Norma Fundamental se desprende que es un deber jurídico general de los humanos el no causar a los animales no humanos, tales como los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, dolor y sufrimiento desproporcionado e injustificado. Por consiguiente, dicho deber no pertenece únicamente al ámbito de los deberes morales o, si se quiere, al terreno de lo extrajurídico, sino que es de recibo en nuestro marco constitucional y, en ese sentido, goza de fuerza normativa» (Expediente 07392-2013-HC/TC, fundamento 24).

Bajo esa premisa, el TC se adhiere a la tercera posición esgrimida sobre la situación jurídica de los animales. Dejan de ser concebidos como cosas para valorar su condición de seres sintientes, cuyas relaciones con el hombre pueden concretizarse a través del derecho al medioambiente equilibrado y adecuado, al libre desarrollo de la personalidad, de propiedad, a la libertad de creación científica.

### 3.4. Caso: «Corridas de toros y peleas de gallos» (2020)

Un grupo de ciudadanos presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Primera Disposición Final de la Ley 30407 (Ley de Protección y Bienestar Animal),

que exceptuaba su aplicación a las corridas de toros y peleas de toros y gallos, debido a su carácter cultural.

El TC, a pesar de que ya había dejado establecido en su anterior pronunciamiento que existen deberes constitucionales a favor de los animales, como el de erradicar todo acto que les infrinja dolor y sufrimiento, no alcanzó los cinco votos mínimos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de la norma, por lo que el empleo de animales en estas prácticas costumbristas quedó vigente (Expediente 00022-2018-PI/C). En efecto, tres magistrados votaron por declarar fundada la demanda, tres para que sea infundada y uno para que sea fundada en parte.

Desde luego que hay marcadas diferencias entre una y otra actividad festiva; sin embargo, no es aquí el espacio para discutir las, sino resaltar algunos fundamentos que nos ayuden a conceptualizar la esfera jurídica de los animales. En esa línea, la magistrada Ledesma Narváez fue enfática al señalar que el núcleo duro del Derecho proscribía toda clase de prácticas violentas contra seres humanos o cualquier otro ser vivo (animales). Situación que conduce a repensar en el cambio de un modelo antropocéntrico por uno ecocentrista, «en el que se cuestiona el rol del ser humano en la sociedad y en el mundo, en tanto es un ser social que también convive con el medio ambiente y los animales» (fundamento de voto 49). Por último, cierra su posición con la cita de una sentencia emitida por la Suprema Corte de Kerala (India), deslizándose, tal vez, su afinidad en el criterio jurídico asumido por dicho tribunal, aunque sin mencionarlo expresamente. Ese fragmento expresaba: «Por lo tanto, no es solo nuestro deber fundamental mostrar compasión a nuestros amigos animales, sino también reconocer y proteger sus derechos [...]. Si los humanos tienen derecho a los derechos fundamentales, ¿Por qué no los animales?» (fundamento 53).

Por su parte, el magistrado Miranda Canales manifestó que no es posible afirmar que la Constitución brinde una protección indirecta a los animales por su condición de seres sintientes, por lo que dicho mandato solo podría producirse en el ámbito de lo constitucionalmente posible. Ello significa, entonces, que solo existe un «deber legal de protección a favor de los animales» proveniente de la Ley 30407 y, por ende, pueden ser limitados: «[S]on valiosos y merecedores de protección porque permiten el desarrollo del ser humano y no por su condición de seres sintientes, ya que esto último no ha sido reconocido en ningún artículo de la Constitución y tampoco puede ser interpretado directamente» (fundamento de voto 8).

Con una opinión diferente, el magistrado Ramos Núñez precisó que dicha protección sí tiene asidero constitucional y se ampara en lo que se denomina «dignidad animal». Pero ello, resulta insuficiente para vetar algunas de estas manifestaciones culturales, si se toman algunas medidas preventivas.

Por eso llegó a la conclusión de que solo debería prohibirse la pelea de gallos con navajas o espuelas, debido a la intervención humana por dotarles elementos adicionales a su agresividad y, además, consideró que: «las autoridades deben verificar que los animales a los que se refiere la excepción no sean víctimas de maltratos previos a ingresar a la cancha o ruedo que menoscaben su integridad,

salud o capacidades», «el legislador, cada veinte años, debe analizar el estado del debate en torno a una eventual prohibición de las prácticas», «establecer cuáles son los departamentos y provincias en los cuales las corridas de toros constituyen tradiciones culturales, sin que pueda expandirse a otros lugares», «se implementen reglamentos que regulen la realización de corridas de toros y peleas de gallos en las localidades en que constituyen tradición», «garantizar que se restrinja el acceso de menores de edad a las corridas de toros y a las peleas de gallos», entre otras (parte resolutive del voto).

Finalmente, una de las principales reflexiones del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera estuvo dedicada a los animales como titulares de derechos, pues recuerda que «las recientes discusiones en torno a ello apuntan a la posibilidad que en un futuro próximo le sean reconocidos a nivel normativo, es decir de manera expresa, derechos constitucionales a los animales, como titulares plenos de algunos de ellos» (fundamento de voto 13), empero —hasta que eso suceda— existe un claro deber de protección a los animales como seres sintientes. En consecuencia, a su juicio, la norma cuestionada debía ser declarada inconstitucional, por cuanto la tortura o el trato cruel no puede ser concebida dentro del derecho a la cultura o la identidad cultural (fundamento de voto 42).

#### **4. La influencia del constitucionalismo de la naturaleza en el Perú: Entre el hoy y el mañana**

El Derecho Constitucional está viviendo un proceso sumamente complejo en torno a la preservación de nuestras especies de fauna y flora. Si se observa la jurisprudencia de otras latitudes en los últimos diez años, podrá evidenciarse cambios importantes en la forma cómo ahora se concibe a los seres vivos que habitan en nuestro entorno. Ello no es más que un acercamiento del denominado constitucionalismo de la naturaleza hacia la construcción de un nuevo orden social ecológico.

El Perú, inmerso en este contexto, también ha encontrado —a través de su jurisprudencia y la legislación— razones constitucionales para reconocer un parámetro mínimo de protección a favor de los animales, mas no la titularidad de derechos subjetivos, ya que sin desconocer su valor como seres vivos pasibles de protección jurídica, no se les llega a reconocer capacidad para el ejercicio de determinados derechos. Aunque creemos, sin embargo, que tampoco estamos alejados de tal posibilidad.

Los argumentos para negarles la condición de sujetos de derecho, o son poco consistentes o se sostienen en una marcada valoración antropocéntrica. En tanto, año tras año, la realidad plantea serios desafíos que conllevan a reflexionar si la vida animal solamente puede ser garantizada a partir de obligaciones y no de derechos específicos para esta especie. Aunado a ello, es un hecho incontrovertible la expansión del constitucionalismo de la naturaleza y esto se advierte no solo de países cuyas Constituciones asignan textualmente derechos subjetivos a otros seres vivos no humanos. El reconocimiento de varios ríos o la Amazonía misma, como sujetos de derecho, constituye un punto de partida para pensar quizás en un siguiente paso: la consagración de algunos derechos para los animales.

No olvidemos que la Constitución es un texto inacabado, por lo que su interpretación se halla en constante evolución por la presencia de diversos factores sociales y culturales que aparecen en un determinado momento de la historia. Por eso, Hesse sostenía que «ante un cambio de las circunstancias cabe acudir a nuevas interpretaciones, o que, finalmente, determinados cambios de la realidad constitucional podrían producir un cambio en el significado de ciertos preceptos de la Constitución escrita» (2012, p. 96). Y, en esa medida, no sería necesario positivizar su condición de sujetos de derecho, pues podría pensarse que vía mutación constitucional o como derechos implícitos al conjunto de normas constitucionales que protegen a la naturaleza, se incorporen derechos especiales para los animales.

Después de todo, los votos minoritarios de hoy —como el ocurrido en los últimos pronunciamientos de los tribunales constitucionales de Colombia y Perú— pueden convertirse en las posiciones jurisprudenciales que rijan el mañana.

## V. CONCLUSIÓN

El constitucionalismo de la naturaleza es una corriente dogmática que propugna por insertar un sentido ecocentrista a las normas constitucionales referidas al medio ambiente, con el objeto de ofrecer una finalidad más tuitiva para aquellos seres vivos distintos al hombre. Su aparición ha ido aparejada de relevantes decisiones a nivel comparado, que han elevado a la categoría de sujeto de derecho a los animales y a varios elementos de la naturaleza, como ríos o bosques amazónicos.

En el Perú, si bien la Constitución Política no ha reservado alguna disposición para referirse a los animales, su protección jurídica puede determinarse a partir de los artículos 2.16, 2.22, 68 y 70, que reconocen al medio ambiente, la biodiversidad y la propiedad —en su dimensión ecológica—, como bienes de relevancia constitucional que contribuyen a la conservación de la naturaleza y, por consiguiente, el dinamismo de las sociedades.

Para el legislador, dicha protección radica en el reconocimiento de su condición de seres sensibles, por lo que en la Ley 30407 ha establecido diferentes obligaciones que tanto el Estado como los particulares deben cumplir inexorablemente en beneficio de los animales. Y, en esa misma línea, el máximo intérprete de la Constitución también ha optado por consagrar una serie de deberes con rango constitucional destinados a evitar el maltrato y sufrimiento de estas especies, a raíz del caso «Horse Brown».

Sin embargo, la jurisprudencia no ha mantenido una posición firme al respecto, pues en la última sentencia del TC sobre el caso «Corridas de toros y peleas de gallos» prácticamente convalidó el maltrato animal por cuestiones culturales, al no encontrar el consenso necesario para prohibir esta práctica.

Entonces, como quiera que estamos ante un tema cuya discusión parece mostrar una preocupación cada vez más álgida en el país<sup>4</sup>, deviene necesario reflexionar acerca del valor que se le debiera otorgar a los animales en el ordenamiento

4 Aunque el debate doctrinal podría remontarse, inclusive, hasta el siglo XX, con las clásicas obras de Peter Singer y Tom Regan, quienes vislumbraron posiciones favorables sobre la defensa de los animales.

nacional. La toma de decisión no es menor, en la medida que de por medio no solo se trata de proteger a esos seres vivos, sino a toda naturaleza y a la humanidad en general.

Si es suficiente imponer deberes para terceros, podría ir precisándose por vía legislativa los contenidos mínimos de las obligaciones, de tal manera que se logre atender a las específicas necesidades de cada especie, según sus rasgos biológicos y funcionales que ocupan dentro de la sociedad. O, en todo caso, repensar si una reforma constitucional o una interpretación vía mutación constitucional de las normas ambientalistas podrían abrir el paso hacia una categoría autónoma de sujeto de derecho, que les permita ejercer ciertas prerrogativas y salvaguardar su existencia ante actos humanos de explotación y destrucción. Sea cual fuere el caso, los retos para el constitucionalismo actual todavía siguen vigentes.



## REFERENCIAS

### 1. LIBROS Y REVISTAS

- Abreu Blondet, R. (2012), Medio ambiente, derechos colectivos, consulta previa y ejercicio de derechos humanos por personas jurídicas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Konrad Adenauer Stiftung. Año XVIII, 187-200.
- Bandieri, L. (2015). Los animales, ¿tienen derechos? *Prudentia Iuris*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. 79, 33-55.
- Bonilla Maldonado, D. (2019). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia. 42, 3-23.
- Canosa Usera, R. (1996). Aspectos constitucionales del derecho ambiental. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 94, 73-109.
- Chávez-Fernández Postigo, J. (2017). ¿Deben tomarse en serio los llamados derechos de los animales? Un análisis a partir del enfoque de Martha Nussbaum. *Prudentia Iuris*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. 83, 149-167.
- Espinoza Espinoza, J. (2002). *Derecho de las personas*. Editorial Rodhas S. A. C.
- Fernández Sessarego, C. (2001). ¿Qué es ser «persona» para el Derecho? *Revista Derecho PUCP*. Pontificia Universidad Católica del Perú. 54, 289-333.
- Foy Valencia, P. (2014). La constitución y el animal: Aproximación a un estudio comparado. *Revista Foro Jurídico*. Pontificia Universidad Católica del Perú. (13), 155- 174.
- Gómez-Rey, A., Vargas-Chaves, I. e Ibáñez-Elam, A. (2019). El caso de la naturaleza: derechos sobre la mesa. ¿Decálogo o herramienta? *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. (pp. 423-443.) Universidad Libre.
- Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos.
- Hesse, K. (1995). *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Editorial Civitas.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós.
- Padilla Villarraga, A. (2019). Animales no humanos: nuevos sujetos de derechos en el constitucionalismo latinoamericano. *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, (pp. 389-421). Universidad Libre.
- Priori Posada, G. (2012). La capacidad en el proceso civil. *Derecho & Sociedad*. Pontificia Universidad Católica del Perú. 8, 43-51.
- Pulgarín Tavera, N. y Orozco Sena, J. (2016). Terapia asistida con animales: aproximación conceptual a los beneficios del vínculo humano-animal. *Revista Kavilando*, 8, (2), 221-228.
- Rey Pérez, J. (2018). *Los derechos de los animales en serio*. Editorial Dykinson S. L.
- Rogel Vide, C. (2018). *Personas, animales y derechos*. Editorial Ubijus; Editorial Reus S. A.
- Varsi Rospigliosi, E. (2017). *Tratado de derechos reales*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Zaffaroni, E. (2000). *La Pachamama y el humano*. Editorial Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

## 2. OPINIÓN CONSULTIVA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por Colombia: Medio ambiente y derechos humanos.

## 3. SENTENCIAS

### 3.1. Tribunal Constitucional de Perú

- Sentencia del Expediente 00022-2018-PI/TC.
- Sentencia del Expediente 01413-2017-PA/TC.
- Sentencia del Expediente 07392-2013-HC/TC.
- Sentencia del Expediente 02437-2013-PA/TC.

### **3.2. Corte Constitucional de Colombia**

- Sentencia SU-016/20.
- Sentencia C-283/14.
- Sentencia T-296/13.

### **3.3. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México**

- Amparo en Revisión 639/2016.
- Amparo en Revisión 163/2018.

### **3.4. Poder Judicial de Argentina**

- Expediente P-72.254/15.
- Causa CCC68831/2014/CFI.



**¿HOGAR, DULCE HOGAR?: LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CASAS PARTICULARES A PARTIR DE LA SENTENCIA GUILLÉN DOMÍNGUEZ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

*Renato Antonio Constantino Caycho\**  
Pontificia Universidad Católica del Perú

La privación de libertad de personas con discapacidad es un asunto altamente polémico en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Existe una controversia entre diversos órganos de protección de derechos humanos sobre la interpretación del artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Un asunto recientemente discutido a nivel internacional es la posibilidad de que la privación de libertad se pueda presentar en un hogar individual. Al respecto, en 2019, el Tribunal Constitucional decidió el caso *Guillén Domínguez* sobre la privación de libertad de una persona con discapacidad en su propio hogar. El Tribunal Constitucional aborda la situación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y analiza las diferentes posturas existentes sobre la materia. No obstante, el presente documento plantea que el Tribunal omite ciertos elementos en su análisis sobre cómo y desde cuándo se produce la privación de libertad. Ello genera problemas para incluir esta situación en un marco general de derecho a la libertad personal. Adicionalmente, es problemático que las reparaciones no se alineen con lo desarrollado en la sentencia.

«No podía culpar del todo, tampoco,  
a la extraña condena impuesta por la Casa»

*Casa - Enrique Prochazka*

\* Abogado peruano. Obtuvo la licenciatura en Derecho y el magíster en Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). También tiene un Master of Laws en International Legal Studies por American University Washington College of Law. Es docente a tiempo completo del Departamento de Derecho de la PUCP y miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad (GRIDIS - PUCP). Código ORCID: 0000-0002-5721-1541.

El autor agradece a Francisca Figueroa, Renata Bregaglio, Luis Andrés Portugal y Paula Camino por sus amables sugerencias. También a Kerli Solari por la asistencia en la investigación. Varias de las ideas de este artículo fueron debatidas el semestre 2019-2 en el módulo sobre salud y autonomía, que estuvo a mi cargo, en el Seminario de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP.

## 1. Introducción

La libertad personal parece ser un derecho de configuración sencilla: no se puede privar de ella por medios ilegales o arbitrarios<sup>1</sup>. No obstante, la realidad indica que esta configuración no ha sido suficiente para proteger a ciertos grupos particularmente vulnerables. Por ejemplo, migrantes en todo el mundo se han visto sometidos a detenciones administrativas<sup>2</sup>. Y las personas con discapacidad se han visto privadas de libertad en diferentes espacios. Para este grupo, un espacio común de reclusión han sido las instituciones (también conocidas como asilos). De acuerdo con la European Coalition for Independent Living, una institución es «cualquier lugar en el cual personas que ha sido designadas como personas con discapacidad son aisladas, segregadas y/o obligadas a vivir juntas. También es cualquier lugar en el que las personas no tienen, o no se les permite ejercer control sobre sus vidas y sus decisiones del día a día. Una institución no se define únicamente por su tamaño» (European Coalition for Community Living, 2009, p. 10). Otro ejemplo claro son los hospitales psiquiátricos, donde a personas con discapacidad se les priva de la posibilidad de salir al exterior y, en la mayoría de casos, son sometidos a prácticas de medicación forzosa y otras de trato cruel, inhumano y degradante (Lewis y Campbell, 2017, p. 51; Méndez, 2013).

La irrupción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD)<sup>3</sup> ha disparado discusiones sobre las posibilidades o no de mantener estas prácticas. En tal sentido, a partir del artículo 14 de la CDPD<sup>4</sup>

1 En el Perú, la Constitución señala dos motivos para ello:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

[...] f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

2 En el sistema interamericano, véase *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, 2010.

3 Fecha de entrada en vigor: 3 de mayo de 2008.

4 Artículo 14: Libertad y seguridad de la persona

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

se ha discutido sobre si y cómo se pueden permitir las privaciones de libertad de personas con discapacidad psicosocial más allá de las causales comunes (Flynn y Arstein-Kerslake, 2017; Gurbai y Martin, 2018; Martin y Gurbai, 2019; Minkowitz, 2011; Nilsson, 2014). Adicionalmente, en aplicación del artículo 19 de la CDPD<sup>5</sup>, se ha comenzado a pensar en cómo las personas con discapacidad pueden realmente ser parte de la comunidad y vivir de manera tal que, como señala la Convención, «no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico».

A partir de ello, se ha apuntado a lograr que las personas con discapacidad dejen de vivir en, según Goffman, «instituciones totales»: «un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente» (Goffman, 2001, p. 13). Las cárceles y psiquiátricos tienen esta característica (Foucault, 2001, pp. 127-152; 2014, pp. 15-34; 2018, pp. 265-296). También sucede en espacios como asilos o centros de atención residencial donde se encierran, principalmente, a personas con discapacidad y se les administra una rutina que no tienen poder de cambiar. No obstante, de acuerdo con el Comité sobre derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas (en adelante, Comité CDPD), «ni siquiera los hogares individuales, pueden ser llamados sistemas de vida independiente si contienen otros elementos definitorios de instituciones o de institucionalización» (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2017, párr. 16.c).

Esto genera una situación particularmente interesante: pueden haber casos de privación de libertad que se presenten en casas privadas. Estos hechos serán extraños porque no se resolverán de la manera común. Ante una privación de libertad en una cárcel, una comisaría o un psiquiátrico, la respuesta del Derecho será que la persona debe ser liberada. Cuando la privación ocurra en un hogar individual, la respuesta tendría que ser distinta, y tendría que tomar en cuenta la pregunta que Piers Gooding adelantó sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: «¿Cómo puede mantenerse al mínimo la regulación de la vida íntima de las personas y conservando salvaguardas efectivas contra el abuso?» (Gooding, 2013, p. 443). Es decir, el Derecho tendrá que tomar dos decisiones

---

5 Artículo 19: Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad  
Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

complejas: ver qué situaciones va a permitir y cuáles va a prohibir dentro de un hogar; y de qué manera va a ejercer un poder de vigilancia sobre el hogar.

Al respecto, en el 2019, el Tribunal Constitucional Peruano resolvió la demanda de *habeas corpus* interpuesta a nombre de Juan José Guillén Domínguez, un ciudadano peruano con discapacidad intelectual, que se vio privado de su libertad en la casa de su madre (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019). El presente estudio analizará la decisión del Tribunal Constitucional y presentará qué problemas pueden derivarse de su decisión. Para ello, primero se expondrán los hechos del caso. Luego, se analizará la comprensión del Tribunal Constitucional sobre la privación de libertad de personas con discapacidad<sup>6</sup>, a la luz de los estándares internacionales y de su propia jurisprudencia previa. Finalmente, se buscará dar luces sobre la decisión del Tribunal Constitucional acerca de la privación de libertad de personas con discapacidad en una casa privada y sus consecuencias jurídicas.

## 2. Los hechos del caso *Guillén Domínguez*

El caso tiene como protagonista a Juan José Guillén Domínguez (en adelante, el señor Guillén Domínguez), una persona adulta con síndrome orgánico cerebral crónico psicótico y retardo mental profundo (términos empleados por el Tribunal Constitucional). Procesalmente, se tienen dos hilos conductores: un proceso de interdicción contra el señor Domínguez Guillén, y un proceso de *habeas corpus* iniciado por el señor José Antonio Guillén Tejada (padre del señor Guillén Domínguez) contra la señora Carolina Domínguez Ávila (madre del señor Guillén Domínguez) por las condiciones en las que vivía su hijo.

Con respecto al proceso de interdicción, el 23 de junio de 2011, la señora Domínguez Ávila interpuso una demanda de interdicción contra el señor Guillén Domínguez. El 1 de abril de 2013, el Primer Juzgado de la Corte Superior de Arequipa la designó provisionalmente como curadora. Ello fue ratificado el 25 de agosto de 2015, cuando el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Arequipa declaró a la señora Domínguez Ávila como curadora legítima del señor Guillén Domínguez, de manera definitiva. En tal resolución correspondiente, se señaló que la habitación del señor Guillén Domínguez se encontraba en desorden, no tenía iluminación ni ventilación y despedía malos olores. Asimismo, se indicó que Juan José ya no contaba con la asistencia de la técnica en enfermería, por lo que dejó de asistir a la escuela.

Por otra parte, en lo que concierne al proceso de *habeas corpus*, el 11 de abril de 2013, el señor Guillén Tejada interpuso una demanda de *habeas corpus* contra la señora Domínguez Ávila, en favor de su hijo, por la presunta vulneración de los derechos a la integridad personal, la libertad de tránsito y a no ser sometido a tratos humillantes. Solicitó el retiro de las rejas metálicas y el tapiado de la ventana que la madre había colocado en la habitación del señor Guillén Domínguez. Según señaló el padre en la demanda, la señora Domínguez Ávila y los dos hijos de

6 Si bien en el artículo se va a usar el término «personas con discapacidad», usualmente varias de las situaciones estarán referidas a personas con discapacidad intelectual o personas con discapacidad psicosocial.

ella y el señor Guillén Domínguez vivían en el domicilio de ambos padres, pero en espacios separados. La demandada y el hijo menor vivían en el segundo piso del inmueble, mientras que el señor Guillén Domínguez fue ubicado por la madre en una habitación del primer piso, donde colocó dos rejas: una que da acceso al patio y otra a la habitación contigua. El señor Guillén Tejada señaló que las rejas se encontraban cerradas, lo cual le impedía comunicarse con su hijo y auxiliarlo en casos de emergencia, dado que este solía presentar ataques de epilepsia que lo hacían requerir asistencia permanente. A la vez, indicó que la madre tapió la ventana ubicada en la parte superior de la puerta de la habitación, por lo cual Juan José quedó totalmente incomunicado. Finalmente, señaló que, a pesar de pagar una pensión para sus hijos y la señora Domínguez, esta trabajaba hasta altas horas de la noche y, durante ese periodo, dejaba encerrado a su hijo, sin ningún contacto con sus familiares.

Al día siguiente, el 12 de abril de 2013, se realizó una inspección judicial donde se consignó lo siguiente: (i) en la habitación había una cama en estado regular; (ii) en lugar de una puerta de madera, la habitación tenía rejas; (iii) el baño del interior de la habitación no tenía puerta; (iv) ni la habitación ni el baño contaban con focos, lo cual hacía precaria la iluminación; (v) ni la habitación ni el baño tenían una ventilación adecuada, dado que podía percibirse olor a humedad; (vi) una de las ventanas tenía rejas en el lado posterior, (vii) el señor Guillén Domínguez se encontraba en la mesa del comedor con el televisor encendido.

Posteriormente, la señora Domínguez Ávila contestó la demanda, señalando que el señor Guillén Domínguez nunca era dejado solo y que, de 7 a. m. a 3 p. m., de lunes a sábado, era asistido por una técnica en enfermería, quien lo acompañaba a un centro de rehabilitación y a dar paseos. Sostuvo que su hijo debía estar siempre acompañado porque en ocasiones era agresivo; a pesar de la medicación, tanto ella como la técnica habían sido agredidas. Alegó, también, que la reja en la habitación solo era empleada por las noches para evitar que su hijo se escape, se haga daño o sea lastimado por terceros. Por último, indicó que el señor Guillén Domínguez no podía ser ubicado en el segundo piso porque este no podía caminar bien y, en esa sección de la casa, había ventanales y escaleras; además que podía empujarla a ella o a su otro hijo.

Un mes después, el juez dispuso que se practique una pericia psiquiátrica al señor Guillén Domínguez. El peritaje del 22 de mayo de 2013 consignó que: «es una persona con síndrome orgánico cerebral y retraso mental profundo, que no controla sus emociones, que no puede hacer tareas de autocuidado y puede ser agresivo o dañar físicamente a otras personas». Además, se señaló, «que requieren medidas de seguridad para alejar o guardar objetos con los que pueda dañarse, así como una constante supervisión en su desplazamiento y durante las noches». Un segundo peritaje, del 28 de setiembre de 2013, señaló que, además, el señor Guillén Domínguez tiene epilepsia.

El 23 de setiembre de 2013, el Tercer Juzgado Unipersonal de Arequipa declaró fundada, en parte, la demanda de *habeas corpus*, y ordenó a Carolina Domínguez acondicionar una habitación para el señor Guillén Domínguez en el segundo piso,

e implementar medidas de seguridad, como alejar objetos peligrosos y colocar vallas en las escaleras. Asimismo, dispuso que, en caso el padre no pudiera dormir en la misma habitación, se implemente una puerta de madera que se cierre únicamente en la noche y permita una supervisión permanente.

El 5 de noviembre de 2013, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa revocó la sentencia, declarándola infundada. Debido a que el señor Guillén Domínguez requería atención especial, la Sala consideró que las medidas adoptadas por la madre, para su seguridad y la de los demás, eran razonables. Adicionalmente, consideró que no se vulneró los derechos invocados, en tanto el favorecido no se encontraba privado de su libertad. Finalmente, consideró que, a causa de su estado de dependencia, podía ser contraproducente que viviera en el segundo piso. Ante esto, Juan Antonio Guillén interpuso recurso de agravio constitucional, la figura que permite la revisión por parte del Tribunal Constitucional.

El 28 de marzo de 2019, el Tribunal Constitucional, en un hecho muy poco común, realizó una inspección ocular, donde constató que la habitación de Juan José se encontraba con rejas en su acceso principal y con tapiado en la ventana. Asimismo, comprobó que se encontraba encerrado la mayor parte del tiempo, en condiciones que no eran del todo idóneas ni higiénicas.

Finalmente, el 30 de abril de 2019, el Tribunal Constitucional emitió su sentencia, indicando que sí había una vulneración a la libertad personal. A partir de dicha constatación, dispuso el retiro de las rejas de su habitación y del tapiado de su ventana; también ordenó al Juzgado de Arequipa que convierta el proceso de interdicción en uno de apoyos y salvaguardas, de acuerdo con la reciente reforma del Código Civil, que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad<sup>7</sup>. Finalmente, ordenó al Ministerio Público tomar «un rol más activo, en el ejercicio de sus funciones, a fin de evitar que se ponga en peligro la vida o la integridad de las personas con discapacidad» (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. resolutivo 2).

### **3. El abordaje del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad**

Este capítulo se va a centrar en el análisis sobre privación de libertad que realiza el Tribunal Constitucional. Si bien hay otros elementos rescatables e interesantes en la sentencia<sup>8</sup>, creo que una novedad indiscutible es el abordaje de la privación de libertad de personas con discapacidad en casas privadas. Como se verá, los motivos para ella siguen siendo discutidos en la doctrina y la jurisprudencia internacional. Y la posibilidad de que esto se produzca en una casa es también un asunto muy poco discutido a nivel internacional, por lo que analizar la decisión del Tribunal Constitucional y sus consecuencias resulta muy importante.

<sup>7</sup> Sobre la reforma del Código Civil, en materia de capacidad jurídica de personas con discapacidad, véase Bregaglio Lazarte y Constantino Caycho, 2020; Constantino Caycho, 2020.

<sup>8</sup> Al respecto, véase Bolaños Salazar, 2019.

Al respecto, cabe anotar que el Tribunal Constitucional encuentra que la privación de libertad se da porque el señor Guillén Domínguez es encerrado en su casa y la puerta de su habitación está enrejada y su ventana tapiada (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párrs. 64-66). De hecho, en una interpretación poco lúcida, los magistrados Blume Fortini y Ferrero Costa afirmaron que «la ponencia sostiene que la colocación de rejas en la habitación del favorecido vulnera su derecho a la libertad individual, toda vez que don Antonio Guillén Tejada, padre del favorecido, no cuenta con un duplicado de las llaves para poder abrir las rejas e ingresar a la habitación» (Fundamento de voto de los magistrados Blume Fortini y Ferrero Costa. STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 3). Es decir, entendieron que la privación de libertad se mide desde el padre y no desde el afectado. A continuación, se verificará si acaso eso constituye, realmente, una situación de privación de libertad y cómo se podría haber definido adecuadamente.

### 3.1. Alcances de la libertad personal

La libertad personal es una de las defensas más básicas frente al Estado. No obstante, en la actualidad, los espacios de privación de libertad van más allá de las cárceles y las comisarías. El propio Comité de Derechos Humanos ha reconocido que una privación de libertad también puede ser una detención administrativa en un aeropuerto, el internamiento de un niño en un orfanato, o la hospitalización involuntaria (Comité de Derechos Humanos, 2014, párr. 5). Sin apostar por una definición, dicho Comité indica que una privación de libertad «implica una restricción de movimientos más estricta en un espacio más limitado que la mera interferencia con la libertad de circulación» (Comité de Derechos Humanos, 2014, párr. 5) que «se hace sin el libre consentimiento» (Comité de Derechos Humanos, 2014, párr. 6) de la persona.

Siguiendo en el nivel convencional, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes indica, en su artículo 4, que «por privación de libertad se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente». Esta definición tendría tres elementos: un aspecto objetivo (la contención física en una institución pública o privada), un aspecto subjetivo (no se puede salir libremente), y una vinculación con el Estado a través de la decisión de una autoridad.

Por otro lado, la Corte Interamericana no ha sido particularmente precisa en sus definiciones (Casal, 2014, p. 183). De hecho, su definición sobre privación de libertad ha sido calificada como «ambigua» pues no se distingue de la libertad de movimiento (Antkowiak y Gonza, 2017, p. 144). Así, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, manifestó que: «protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física» (*Caso Chaparro Álvarez y Lapo*

*Íñiguez vs. Ecuador*, 2007, párr. 53). De manera operativa, se puede entender que la libertad personal protege «el estado de libertad física o corporal del ser humano, que resulta afectado por medidas de inmovilización, retención, reclusión u otras análogas» (Casal, 2014, p. 183).

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado una definición más cercana a la del Comité de Derechos Humanos. Así, ha planteado que la privación de libertad tiene un contenido objetivo y uno subjetivo. En el primer nivel, debe haber un confinamiento por un periodo de tiempo considerable; en el segundo, la persona no debe haber consentido dicho confinamiento (Schabas, 2015, p. 227; *Case of Storck vs. Germany*, 2005, párr. 74; *Case of Stanev vs. Bulgaria*, 2012, párr. 117). Esta definición resulta útil y práctica.

A nivel interno, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad personal garantiza la libertad locomotora «frente a cualquier supuesto [...], independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado» (STC Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, 2002, párrs. 1-2)<sup>9</sup>. En tal sentido, el Tribunal no ofrece una definición de privación de libertad que sea útil para calificar lo sucedido con el señor Guillén Domínguez. No obstante, al no especificar, el Tribunal Constitucional abre la posibilidad de que existan privaciones de libertad efectuadas por privados e, incluso, que estas se realicen en un hogar.

### 3.2. El tratamiento de la libertad de personas con discapacidad en la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional

La sentencia Guillén Domínguez no es la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional ha tenido que decidir sobre la libertad personal de personas con discapacidad<sup>10</sup>. Como el propio Tribunal señala en los párrafos 51 y 52, ya había tenido casos donde había tratado sobre «el derecho a la libertad personal de personas con discapacidad mental en contextos de tratamientos médicos llevados a cabo en algún un centro de salud» (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 51). El Tribunal menciona solamente dos casos: R.J.S.A. Vda. de R. y Medina Villafuerte. No obstante, el tratamiento jurisprudencial, como se verá a continuación, ha sido mayor. En general, el debate ha recaído en cuáles son los criterios para decidir que una persona con una discapacidad psicosocial debe estar privada de libertad, en una institución, sin haber cometido un acto ilícito: centro de salud o asilo.

En 2007, el Tribunal Constitucional resolvió el caso presentado por la señora R.J.S.A. Vda. de R., a nombre propio y como representante (en su calidad de cu-

<sup>9</sup> A nivel doctrinario, se ha entendido que la libertad personal protege la decisión de una persona de movilizarse sin estar sujeto a «amenazas, coacciones o restricciones» ilegales (Sosa Sacio, 2018, p. 187).

<sup>10</sup> Para un repaso detallado de las sentencias del Tribunal Constitucional, sobre derechos de personas con discapacidad, véase Verano *et al.*, 2018. Para las sentencias sobre personas con discapacidad mental, véase, Rodríguez Gamero, 2020. Al respecto, se está omitiendo de esta enumeración la sentencia del caso Pedro Gonzalo Marroquín Soto, por versar sobre medidas de seguridad, en el marco de la aplicación de la inimputabilidad (STC Exp. N.º 03426-2008-PHC/TC, 2010). Sobre la inimputabilidad, véase Cuenca Gómez, 2015, pp. 192-203, y para el caso peruano, Bregaglio y Rodríguez, 2017.

radora) de su hija G. R. S (STC Exp. N.º 3081-2007-AA, 2007). Su pretensión era lograr que, a pesar del alta con el que contaba la hija, esta volviese a ser internada en un centro de salud de manera permanente. Si bien el Tribunal reconoció la existencia de estándares internacionales que apostaban por la proscripción de la atención intramuros, indicó que esto no sería adecuado por la condición de pobreza y de persona mayor de la madre que debe cuidar a una mujer con discapacidad psicosocial: no tiene agua ni luz y una operación en la cadera le impide hacer fuerza. Todo ello, según el Tribunal, le «impide una aplicación mecánica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, pues ello supondría declarar que la paciente G. R. S. debe abandonar el nosocomio para integrarse a su entorno familiar y social, e implicaría un desconocimiento en el caso concreto, del derecho a la salud, a la vida y a la dignidad de G. R. S.» (STC Exp. N.º 3081-2007-AA, 2007, párr. 62). Por lo mismo, al final, el Tribunal decidió anular el alta que tenía la persona con discapacidad, lo que significa que debe seguir en el hospital.

El 11 de julio de 2008, el Tribunal emitió su sentencia para el caso Medina Villafuerte (STC Exp. N.º 2480-2008-AA, 2008). El caso es similar al reseñado en el párrafo anterior. La madre de un ciudadano con discapacidad psicosocial pide que hijo sea retornado al centro de salud mental, a pesar de contar con el alta médica. En su argumentación, la madre plantea que tiene problemas de salud que le impiden hacerse cargo de su hijo. En la sentencia, el Tribunal indicó que «aun cuando en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se garantice que todas las personas con discapacidad mental tienen el derecho a no permanecer internadas de manera definitiva, en el presente proceso, por las especiales circunstancias del caso, este Tribunal estima que la atención a nivel familiar sería un comportamiento heroico que no redundaría en una mejora de la salud mental del favorecido, sino que la podría agravar» (STC Exp. N.º 2480-2008-AA, 2008, párr. 26). Por ello, al final decide volver a internar al señor Medina Villafuerte.

Meses más tarde, el 7 de noviembre de 2008, el Tribunal emitió sentencia en el caso 5842-2006-HC/TC. Dicha sentencia tiene que ver con un *habeas corpus* formulado a favor de las personas internadas en el Instituto de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi. La pretensión indicaba que había una privación de libertad ilegal y una serie de prácticas posteriores de afectación a la integridad personal. En tal momento, el Tribunal siguió el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Así, indicó que la libertad personal de personas con discapacidad psicosocial únicamente puede ser afectada «a través de medidas legalmente previstas y rigurosamente acreditadas, consecuentes con las características del padecimiento y las necesidades del tratamiento; y que además sean razonables y moderadas en la mayor medida posible, es decir que eviten el sufrimiento y preserven el bienestar» (*Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, 2006, párr. 25; STC Exp. N.º 05842-2006-HC, 2008, párr. 86).

El Tribunal no analizó los casos de todos los internos de manera individual. En ese sentido, indicó que hay una privación de libertad en los casos en los que

hubo un «ingreso irregular» (STC Exp. N.º 05842-2006-HC, 2008, párr. 139). Para el Tribunal, estos ingresos irregulares eran aquellos en los que se ingresaban a niños con el consentimiento de alguien que no ejercía la patria potestad. Pero no determinó violaciones a la libertad personal en el caso de los adultos. Al respecto, el Tribunal asume la posibilidad del ingreso por emergencia como una causal que no viola la libertad personal. No obstante, en una interpretación amplia y errónea, determina que hay tres tipos de emergencias:

- a) Los casos de una potencial amenaza sustentada en una conducta agresiva comprobada (por ejemplo, a través de denuncias policiales) no sólo respecto del mismo paciente (autoagresión), sino también de sus familiares y/o terceros, pues no puede esperarse a que se produzca el daño o, peor aún, éste se convierta en irreversible;
- b) Los casos de una manifiesta y comprobada incapacidad de sostenimiento económico provocada por la adicción y/o enfermedad mental en personas mayores de edad; y,
- c) Los casos de quienes han sido condenados por delito doloso por hechos derivados de la adicción (STC Exp. N.º 05842-2006-HC, 2008, párr. 115).

El segundo supuesto permite internar involuntariamente a personas con discapacidad, únicamente bajo la premisa de que tienen problemas para su sostenimiento. Dicha lógica no tiene ningún sustento a nivel internacional y constituye una forma de discriminación indirecta contra personas con discapacidad y también una afrenta a su autonomía.

Finalmente, en setiembre de 2009, el Tribunal Constitucional resuelve el proceso de *habeas corpus* interpuesto por el señor José Orlando Bustamante Candiotti a favor de su hermana Luz Margarita Bustamante Candiotti, persona con discapacidad mental, y dirigida contra la directora de una casa de reposo, donde la señora Bustamante Candiotti habría sido privada de su libertad (STC Exp. N.º 2313-2009-HC/TC, 2009). El señor Bustamante Candiotti alegó que su hermana había sido internada en esta casa por otros familiares, a pesar de que él era el curador y, por tanto, tal decisión era de su competencia. De acuerdo con el acta de constatación, Luz Bustamante ya había manifestado que no deseaba quedarse en dicho lugar. En su argumentación, el Tribunal afirma que «no se debe inferir de ningún modo que las personas con discapacidad mental adolezcan de voluntad o que su voluntad no tenga valor alguno» (STC Exp. N.º 2313-2009-HC/TC, 2009, párr. 4). No obstante, no rechaza la curatela como institución (STC Exp. N.º 2313-2009-HC/TC, 2009, párr. 6). Y, por lo mismo, al momento de resolver no indica que hay una privación de libertad por confinar a alguien contra su voluntad. Más bien, plantea que existe porque no se siguió la formalidad legal de que dicha decisión sea tomada por el curador y el consejo de familia (STC Exp. N.º 2313-2009-HC/TC, 2009, párr. 16)<sup>11</sup>. Por ello, aunque se comprueba que la privación de libertad fue «irregular», no corresponde «que necesariamente se retome al estado anterior a la lesión del derecho fundamental» (STC Exp. N.º 2313-2009-HC/TC, 2009, párr.

11 Art. 619 del Código Civil peruano:

«Habrà un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. [...]».

16). En este sentido, se dispone que la libertad de la señora Bustamante Candiotti solamente será efectiva luego de que el consejo de familia determine dónde y con quién debe vivir.

A manera de resumen, el Tribunal Constitucional no ha tenido un criterio claro sobre las privaciones de libertad que viven las personas con discapacidad psicosocial. En los casos *R.J.S.A. Vda. de R. y Medina Villafuerte* decidió que las personas con discapacidad psicosocial que, de acuerdo con los médicos, no necesitaban estar internadas, debían serlo porque para sus familiares era inviable cuidarlas. En este sentido, el Tribunal Constitucional decidió solucionar un problema de vivienda o de apoyos para la vida independiente a través de una innecesaria privación de libertad<sup>12</sup>.

Posteriormente, en el caso Instituto de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi, el Tribunal abre la puerta a la posibilidad de internamientos involuntarios, bajo un falso manto de «emergencia». Finalmente, en el caso Bustamante Candiotti, donde la privación es en una casa de reposo, el problema no se resuelve con la voluntad de la persona privada de libertad sino a partir de una formalidad: la decisión de un consejo de familia. Es decir, la voluntad de la persona es irrelevante para determinar si está o no encerrada; importa más la decisión de un grupo de familiares.

Todas estas sentencias fueron emitidas con posterioridad a la adopción de la CDPD. Y todas, salvo *R.J.S.A. Vda. de R.*, se decidieron luego de la entrada en vigor de la CDPD para el Perú. En este sentido, resulta grave que el Tribunal no haya tenido en cuenta la Convención en su razonamiento. Pero resulta más grave aún que su interés retórico por la situación de la salud mental (STC Exp. N.º 3081-2007-AA, 2007, párrs. 25-48; STC Exp. N.º 2480-2008-AA, 2008, párrs. 10-20; y STC Exp. N.º 05842-2006-HC, 2008, párrs. 62-88) no haya generado una jurisprudencia atenta a la voluntad de las personas con discapacidad. Por el contrario, pesaron más siempre las posibilidades económicas de las familias o las formalidades asociadas a la interdicción.

### **3.3. Estándares internacionales sobre libertad de personas con discapacidad**

En el caso Guillén Domínguez, el Tribunal Constitucional se apoya en una serie de instrumentos internacionales para precisar los criterios en los que sí sería válida la privación de libertad de una persona con discapacidad por fuera del ámbito penal. Así, entre los párrafos 53 y 58 explora las diferentes posturas que existen con respecto a la privación de libertad de personas con discapacidad. En esta sección trataremos de explicar dichas posturas.

#### ***3.3.1. Una mirada al derecho a la libertad personal en la CDPD***

La CDPD ha sido reconocida como un tratado que ha cambiado una serie de presunciones sobre los derechos humanos (Mégret, 2008). No obstante, varios han notado que existe una apuesta por cierta indeterminación con respecto a las nor-

12 Esta idea es originalmente de Renata Bregaglio.

mas (Lord, 2010). Y, justamente, el artículo 14 es uno de los más polémicos y se puede decir que no hay un estándar internacional (Gurbai y Martin, 2018), que hay un *impasse* entre los diferentes órganos de derechos humanos (Martin y Gurbai, 2019) o, como mínimo, que existe una tensión entre ellos (Serra, 2018).

Desde una mirada histórica, se haya que durante las negociaciones del tratado, algunas organizaciones de sociedad civil solicitaron la inclusión del internamiento involuntario como una forma de tortura (Lord, 2010, p. 44). No obstante, eso no sucedió.

Por otro lado, en la negociación del artículo 14, la primera redacción planteaba la inclusión de

1. Los Estados partes se asegurarán de que las personas con discapacidad, en pie de igualdad con las demás: [...] b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente, y que únicamente sean privadas de su libertad de conformidad con la ley y en caso alguno [únicamente [exclusivamente] en razón de su discapacidad] [la existencia de una discapacidad justificará la privación de libertad] (Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, 2005a).

Como se ve, existía debate sobre si la prohibición a la privación por discapacidad debía ser un entendimiento amplio o estricto. Unos meses después, el jefe de las negociaciones planteaba que «hubo un amplio debate sobre la necesidad de añadir los calificativos “únicamente” o “exclusivamente” antes de la expresión “de su discapacidad”, en el apartado b) del párrafo 1 [...]. Algunas delegaciones se mostraron extremadamente partidarias de incluir esos calificativos, pero muchas se opusieron». Y por ello buscó una nueva opción que fuera un «compromiso aceptable» (Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, 2005b, párr. 57). Las posteriores versiones, incluyendo la que quedó en el tratado, no volverían a mencionar ningún adverbio. Pero eso no ha evitado que existan diversas interpretaciones. Justamente, como ha mencionado Lord, esta es la clase de situación en la que no queda claro si hay un entendimiento común o un desacuerdo disfrazado de consenso (Lord, 2010). Al respecto, vale la pena anotar que en las negociaciones sobre el artículo 15 CDPD<sup>13</sup> también se debatió si la institucionalización forzosa debía estar permitida o no (Lord, 2010, pp. 47-52). Al final, no hubo una mención explícita. Esto fue tomado como un triunfo por varias organizaciones de la sociedad civil. De hecho, si bien varias intentaban conseguir un pronunciamiento que prohibiese dicha práctica,

13 Artículo 15: Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.  
1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.  
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

«cuando esto se volvió imposible de conseguir, adoptaron la estrategia de incidencia alternativa, que no debería haber referencia al tratamiento forzoso en la CDPD dado que esto le daría legitimidad» (Kayess y French, 2008, p. 30). Sin embargo, como mencionan Kayess y French, al no hacer ninguna mención a la institucionalización forzosa, en realidad, se deja esta práctica sin una regulación específica (2008, p. 30).

### 3.3.2. *Los entendimientos sobre la libertad personal de personas con discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

Frente a esta indeterminación, han sido los pronunciamientos de diversos órganos los que han ido perfilando el contenido del artículo 14. Dicho debate fue resumido por el Tribunal Constitucional. Por un lado, el Comité CDPD ha interpretado dicha norma (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2015) indicando que no se admite ninguna restricción de libertad sobre la base de la discapacidad, incluso, cuando pueda suponer un riesgo para la propia persona o para terceros (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 54). De acuerdo con el Tribunal Constitucional (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 55), otros órganos de Naciones Unidas han tomado planteamientos similares como la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009, párrs. 48-49); Catalina Devandas, como relatora de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2019a, párrs. 46-49); Manfred Nowak, como relator de Naciones Unidas contra la tortura (2008, párr. 64)<sup>14</sup>; Dainius Pūras, como relator de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2017, párrs. 63-65), y el Comité CEDAW (2014, párr. 37.a).

No obstante, tal no es la única postura. El Tribunal Constitucional reconoce que otros órganos de Naciones Unidas han sostenido que se permite la privación de libertad cuando exista peligro para sí mismo o para terceros (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párrs. 56-57). Ello ha sido defendido por el Comité de Derechos Humanos (2014, párr. 19) y el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (2016, párrs. 7-8). También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido lo mismo (*Caso Stanev vs. Bulgaria*, 2012, párr. 145; *Rooman vs. Belgium*, 2019, párr. 192)<sup>15</sup>.

Por otro lado, aunque el Tribunal Constitucional no ingresó en la discusión de salvaguardas para esta clase de privaciones de libertad, hay órganos que sí los han empezado a determinar. Así, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha sido el órgano que más ha trabajado cómo puede darse una privación de libertad en estos casos. Probablemente tenga que ver con que su trabajo no es prohibir una práctica específica sino aquellas que puedan constituir tortura. De esta manera, el Comité contra la Tortura ha manifestado, para el caso de China, por ejemplo, que debe

14 Vale la pena mencionar que el relator que asumió el cargo luego de Nowak, el profesor Juan Méndez, tomó una posición distinta (Méndez, 2013, párr. 69).

15 Para un análisis de la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase Bartlett, 2012.

Evitar la hospitalización o la reclusión forzosa por motivos médicos, a menos que se imponga como último recurso, por el plazo mínimo necesario y únicamente cuando la medida vaya acompañada de salvaguardias procesales y sustantivas adecuadas, como revisiones judiciales inicial y periódicas oportunas, el acceso sin restricciones a un abogado y a mecanismos de denuncia, así como un sistema efectivo e independiente de vigilancia y denuncia (Comité contra la Tortura, 2016b, párr. 43.d).

Es decir, para el referido comité, la persona solamente puede ser hospitalizada por razones médicas<sup>16</sup> y esto solamente puede ser hecho como último recurso, por el menor tiempo posible, y debe ser decidido por un juez. La noción de último recurso debe ser entendida como situaciones en las que «todas las demás opciones razonables no sirvan para evitar el riesgo de manera satisfactoria» (Comité contra la Tortura, 2014b, párr. 17). De acuerdo con otra observación final del Comité, la decisión debe ser estrictamente necesaria y proporcional (Comité contra la Tortura, 2017, párr. 32). Además, la persona debe poder tener asistencia jurídica y la posibilidad de cuestionar la decisión judicialmente (Comité contra la Tortura, 2016a, párr. 27). También, se debe velar por que el informe psiquiátrico, que sirve para la hospitalización, deba ser brindado por un médico psiquiatra imparcial, no vinculado con la institución (Comité contra la Tortura, 2014a, párr. 23.c). Finalmente, también debe haber un órgano de revisión y fiscalización (Comité contra la Tortura, 2014a, párr. 23.d). Estas salvaguardas deberían brindar luces sobre cómo podría funcionar la privación de libertad o, en todo caso, como podría ser el tránsito hacia un sistema sin ninguna clase de privación de libertad (Davidson, 2020).

#### **3.4. La conclusión del Tribunal sobre el estándar aplicable a los casos de libertad personal de personas con discapacidad**

En la sentencia bajo análisis, el Tribunal analiza los pronunciamientos indicados y reafirma que no existe un consenso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre la privación de libertad de las personas con discapacidad, o sobre la interpretación del artículo 14 de la CDPCD. En consecuencia, sostiene que mientras es claro que la discapacidad *per se* no puede constituir la única razón para privar a una persona de su libertad, el estándar no es claro cuando la discapacidad es empleada como un motivo, junto con la finalidad de garantizar la seguridad de la persona o de terceros (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 58)<sup>17</sup>. Esta conclusión es similar a la que ha esbozado recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Guachalá Chimbo vs. Ecuador*. En dicho caso, la CIDH ha indicado que, para un caso de internamiento en un psiquiátrico, «cualquier excepción a la obligación de obtener el consenti-

16 La precisión tiene que ver con la práctica del Estado chino de hospitalizar en psiquiátricos a disidentes políticos.

17 Vale aclarar que, a nivel doctrinario, se ha planteado la posibilidad de imaginar regímenes de restricción no basados en la discapacidad (Flynn y Arstein-Kerslake, 2017). Esta posibilidad ha sido objetada por otro sector (Minkowitz, 2017). Se revisará esto líneas abajo.

miento informado debe basarse en una situación concreta y excepcional de emergencia en el caso particular, situación que en ningún caso puede configurarse por el sólo hecho de tener una discapacidad mental» (Informe N.º 111/18. Caso 12.786 *Informe de fondo Luis Eduardo Guachalá Chumbó y familia vs. Ecuador*, 2018, párr. 138). Queda esperar qué criterio adoptará la Corte Interamericana cuando resuelva el caso.

Es importante precisar que, al momento de la redacción de la sentencia, no existía una ley de salud mental en el Perú<sup>18</sup>. El Tribunal, a pesar de ello, reconoció que las normas vigentes al momento parecen inclinarse hacia un sistema comunitario de salud mental (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 59). Esto deriva, principalmente, del Reglamento de la Ley 29889<sup>19</sup>. Por tanto, el Tribunal sostuvo que la regla general en el Perú es que las personas con discapacidad no pueden ser privadas de la libertad sobre la sola base (real o percibida) de la discapacidad (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 60). Sin embargo, es posible restringir la libertad personal en casos excepcionales, cuando ello garantice la seguridad de la persona o de terceros. Esta decisión debe ser tomada siguiendo las garantías procedimentales y sustantivas, aunque no indicó cuáles eran esas; y debe ser empleada como último recurso. Al respecto, la Ley de Salud Mental y su Reglamento incluyeron algunas garantías que constituyen un avance. Así, por ejemplo, se establece un límite de tiempo (12 horas en la ley y 72 horas en el Reglamento). La ley, adicionalmente, prescribe órdenes sobre cómo puede ser el internamiento o la hospitalización. Entonces, indica que no puede haber prohibición de visitas o de comunicación con el exterior, aunque, lamentablemente, indica que puede hacerse si hay un beneficio terapéutico.

Adicionalmente, el Tribunal sostiene que el Estado debería tomar medidas para eliminar, progresivamente, formas de tratamiento que requieran una restricción de libertades, y dirigirse hacia un sistema de salud mental totalmente basado en la comunidad. Esto último llama poderosamente la atención, porque el Tribunal parece reconocer que hay un problema con la privación de libertad de personas con discapacidad, cuando el motivo está asociado a la discapacidad, aunque no lo sea explícitamente. Así, el Tribunal Constitucional estaría dándole una mirada de progresividad a un derecho civil y político. Esta no es una idea común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque ha sido planteada teóricamente con anterioridad para otros derechos (Bregaglio Lazarte, 2010, p. 49).

Siguiendo esta postura, se puede decir que no es posible garantizar adecuadamente el derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad sin un

18 Esto ha cambiado desde entonces. Ley 30947, Ley de Salud Mental, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 23 de mayo de 2019.

19 Decreto Supremo 033-2015, Aprueban el Reglamento de la Ley N.º 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental, publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, el 6 de octubre de 2015. Fue derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N.º 007-2020-SA, publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, el 5 marzo de 2020.

adecuado sistema de salud mental. Es decir, solamente será posible garantizar ese derecho a la libertad personal, cuando el sistema de salud permita que los usuarios de salud mental puedan tomar decisiones sobre su tratamiento, siempre de manera previa e informada.

### 3.5. Una propuesta desde la doctrina: un marco jurídico neutral a la discapacidad

Las discusiones reseñadas tienen un origen claro: se necesita una respuesta clara para las crisis psiquiátricas. Ha sido complejo plantear desde el Derecho una propuesta que permita evitar ciertos daños sin afectar gravemente los derechos de las personas con discapacidad. Al respecto, Flynn y Arstein-Kerslake han planteado que el entendimiento del artículo 14 no es prohibir toda detención sino aquellas basadas en la discapacidad (Flynn y Arstein-Kerslake, 2017). Por tanto, sería posible que existan privaciones de libertad si la discapacidad no es el motivo. Han llamado a su propuesta «neutral a la discapacidad». Estas autoras proponen la idea de «riesgo de un daño grave e inminente a la vida, salud o seguridad» como un legitimador para la coerción estatal (Flynn y Arstein-Kerslake, 2017, p. 49). No es la discapacidad la habilitadora sino el riesgo.

No obstante, esta propuesta no está exenta de debate. En los casos de riesgo a la propia vida o integridad, parece haber un ejercicio de paternalismo peyorativo que es difícil compatibilizar con la mayor parte de marcos constitucionales. En los casos de riesgo hacia terceros, resulta compleja la forma como esto se articularía con el Derecho Penal y el cuestionamiento a figuras como la inimputabilidad (Bregaglio y Rodríguez, 2017) y la peligrosidad, desde una mirada de discapacidad. Aunque, por otro lado, si se esperase la comisión del acto de agresión o se asumiera que el daño que hace una persona con discapacidad en situación de crisis es una expresión de voluntad, se podría generar, en especial, en lugares con poca atención en salud mental, un aumento en la población con discapacidad encarcelada (Dinerstein, 2014). Finalmente, ninguna de estas dos posiciones está libre de ser cuestionada por ser discriminatoria, en tanto, a pesar de los esfuerzos por ser una propuesta neutral, al final del día solo se aplicaría a personas con discapacidad.

En todo caso, cualquier medida que interfiera en el derecho a la libertad de personas con discapacidad mental debe ser específica y muy corta: solo para efectos de contención<sup>20</sup>. Si acaso se puede imaginar un mundo sin internamiento involuntario, dicha contención podría seguir existiendo, por ejemplo, a través de la policía (Zinkler y von Peter, 2019, p. 4). La actual Ley de Salud Mental peruana que plantea la posibilidad de un «internamiento» únicamente por doce horas, parece inscribirse en dicha mirada<sup>21</sup>. Difícilmente este es un debate que vaya a

20 Esta acción buscaría evitar el escalamiento de una crisis y el daño a terceros. No podría extenderse más allá de un periodo corto de tiempo: doce horas, por ejemplo. Y no podría acompañarse de medidas de coerción, constaría únicamente de la limitación de la libertad locomotora en un espacio reducido.

21 Cabe indicar que el Reglamento de la Ley de Salud Mental, aprobado por Decreto Supremo N.º

acabar pronto, pero considero que las consecuencias tienen que ser analizadas con cuidado<sup>22</sup>.

#### 4. La privación de libertad de personas con discapacidad en una casa: un análisis de la postura del Tribunal Constitucional

Como se mencionó líneas arriba, uno de los grandes retos jurídicos de esta sentencia es plantear que puede existir una privación de libertad en una casa privada familiar. Al respecto, cabe indicar que no es una posición extraña. La relatora de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad ha hablado del peligro de las privaciones de libertad personal en casas privadas (Devandas, 2019b, párr. 22) y esto fue recogido por el Tribunal Constitucional (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 50). En otro texto, se le ha llamado a esta práctica «confinamiento doméstico»<sup>23</sup> (Flynn *et al.*, 2019, p. 55). Nombrar esta situación parece ser adecuado: aquello que no se nombra, no existe. Y el encierro de personas, aunque sea en sus hogares, sin posibilidad de salir y sin contacto con la comunidad es una violación de derechos humanos. Puede haber situaciones más trágicas<sup>24</sup>, pero el encierro es la primera vulneración.

##### 4.1. Las fórmulas para la determinación de una privación de libertad en casa

Las decisiones judiciales alrededor de situaciones de privación de libertad en casa no han sido pacíficas. En Reino Unido, el caso *Cheshire West* cambió el entendimiento que se tiene sobre la posibilidad de las privaciones de libertad en casas privadas (*P (by his litigation friend the Official Solicitor) (Appellant) vs. Cheshire West and Chester Council and another (Respondents), P and Q (by their litigation friend, the Official Solicitor) (Appellants) vs. Surrey County Council (Respondent)*, 2014).<sup>25</sup> En tal

---

007-2020-SA (publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, el 5 marzo de 2020) abrió, de manera ilegal, la posibilidad de renovar ese período de 12 horas para que llegue hasta las 72 horas como máximo.

22 Quizá algún día, si, toda privación de libertad por discapacidad o riesgo deban estar proscritas del ordenamiento jurídico. No niego la posibilidad, aunque creo que habría que analizar las consecuencias. Al respecto, cabe indicar que, incluso, los defensores de la interpretación del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad reconocen que no hay claridad sobre cómo operativizar este planteamiento (Stastny *et al.*, 2020). Más aún, hay quienes llaman por una moratoria en la aplicación del artículo 14 (Davidson, 2020).

No obstante, sí quiero resaltar que la idea de una contención no busca avalar prácticas que deben estar proscritas, como las hospitalizaciones prolongadas, el uso de camisas de fuerza o la medicación forzosa (Méndez, 2013).

23 Traducción propia de *home confinement*.

24 Por ejemplo, la práctica del encadenamiento por parte de las familias de personas con discapacidad en Indonesia (Sharma, 2016).

25 *Cheshire West* es un caso frente a la Corte Suprema del Reino Unido, referido a la situación de MIG (18 años), MEG (17 años) y P (38 años). MIG y MEG eran hermanas y habían vivido en su adolescencia en hogares transitorios (*foster homes*). No obstante, MIG siguió viviendo con su familia transitoria, mientras que MEG, por otros problemas, tuvo que ir a una institución del servicio de salud para adolescentes con discapacidad intelectual y necesidades complejas. Por otro lado, P vivía con su madre hasta que ella no pudo cuidarlo más. Una corte decidió que lo mejor era que viva en el Hogar Z, «un espacioso *bungalow*» donde vivía con otras dos personas, cerca de su familia. De acuerdo con el caso, la mudanza se realizó sin recurrir a la fuerza, la amenaza o la mentira.

MIG y MEG iban a un centro educativo y tenían vidas sociales activas. P iba a un centro de día,

país, la Corte Suprema (UKSC, por sus siglas en inglés) decidió crear una prueba ácida, siguiendo el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, habría una privación de libertad cuando se cumple con dos criterios: un elemento objetivo (el confinamiento) y un elemento subjetivo (la falta de consentimiento) (*Case of Storck vs. Germany*, 2005, párr. 74; *Case of Stanev vs. Bulgaria*, 2012, párr. 117). Vale aclarar que el elemento objetivo no necesariamente tiene que ser un encierro. En el caso de Stanev, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que se cumplía con el elemento objetivo, aunque él podía salir. Esto se debe a que él tenía que pedir permiso para salir, cuando lo hacía no podía llevar sus documentos de identidad y si no volvía, la institución llamaba a la policía (*Case of Stanev vs. Bulgaria*, 2012, párrs. 124-127). En este sentido, el factor clave en el elemento objetivo es el control. Así, la privación de libertad, siguiendo a Goffman, tendría más que ver con el ejercicio de un poder que con las limitaciones físicas.

Dado que en el caso británico (y de muchos otros países), puede haber personas adultas que no pueden otorgar consentimiento legalmente, la UKSC tenía que abordar tal situación. Al respecto, indica que una persona inconsciente o dormida, que es reclusa, está siendo privada de su libertad, aunque no se dé cuenta. De la misma forma, una persona con discapacidad psicosocial, que no sabe que existen otras formas de vivir más allá de su casa, también está siendo privada de su libertad, aunque viva en condiciones aceptables. De acuerdo con la UKSC, «una jaula de oro sigue siendo una jaula» (*P (by his litigation friend the Official Solicitor) (Appellant) vs. Cheshire West and Chester Council and another (Respondents), P and Q (by their litigation friend, the Official Solicitor) (Appellants) vs. Surrey County Council (Respondent)*, 2014, párr. 46).

Dada la noción de que estas personas no pueden expresar voluntad, se planteó que necesitan una revisión periódica independiente para verificar si las condiciones de vida tenían en cuenta su mejor interés [*P (by his litigation friend the Official Solicitor) (Appellant) vs. Cheshire West and Chester Council and another (Respondents), P and Q (by their litigation friend, the Official Solicitor) (Appellants) vs. Surrey County Council (Respondent)*, 2014, párr. 57].

A diferencia del caso británico, en el ordenamiento peruano, las personas con discapacidad sí pueden manifestar voluntad. El Tribunal Constitucional dedica varios párrafos a explicar la importancia de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párrs. 25-33)<sup>26</sup>. No obstante, en ningún momento parece abordar el consentimiento del señor Guillén

---

acudía a hidroterapia, veía a su madre con regularidad y salía incluso a bares y parques (aunque con apoyo). De acuerdo con el caso, MIG nunca había salido de su casa. P y MEG tenían cuidados intensivos que se traducían, en la práctica, en control. Ninguno de los tres involucrados indicó deseos de vivir en otro lugar. P, adicionalmente, era sometido a coerción para evitar que se cause daño. El litigio fue iniciado por el *Official Solicitor*, un funcionario del Ministerio de Justicia de Reino Unido, especializado en la atención de personas vulnerables. Para un resumen del caso, véase Series, 2020.

26 Al respecto, véase Bolaños Salazar (2019).

Domínguez. Cuando describe la visita, no indica ningún acercamiento a Guillén Domínguez o interacción con él (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párrs. 6-7).

Al no referirse al consentimiento, era necesario plantear una definición adecuada de qué se iba a considerar una privación de libertad. Al no haberla, es complejo codificar qué prácticas son privación de libertad y cuáles no (Series, 2020). Y es que este caso es muy interesante, pero también particularmente obvio. La madre del señor Guillén Domínguez lo había colocado en una habitación con dos puertas de rejas: una que daba acceso al patio, y otra que daba acceso al resto de la casa. Como resultado, su hijo estaba atrapado en un espacio de diez metros cuadrados. Era muy difícil no considerar esto una privación de libertad. Por ello, tocaba que se den lineamientos claros de qué puede ser considerado como una privación de libertad.

Al respecto, por ejemplo, recientemente, la Defensoría del Pueblo realizó una serie de supervisiones en centros de atención residencial para adultos mayores en Lima (Defensoría del Pueblo, 2018). Se verificó que, de manera general, estas personas son internadas sin su consentimiento. Además, no se les permite utilizar la totalidad de su propio dinero. Si bien no se analizan todas las condiciones de vida, podemos asumir que se deben asemejar a la definición de Goffman sobre institución. Si este caso llegase al Tribunal, ¿cómo debería resolver? Podría ser clave la falta de consentimiento. Pero, en tanto, el Tribunal no analizó ello, quizá hay que ver más allá. ¿Es el aislamiento la clave? ¿Son los horarios? ¿Es la pérdida de autonomía para la vida diaria? Si acaso el control es el factor clave, ¿es posible medir cuánto control es permisible? ¿Caben prohibiciones, por ejemplo, al consumo de alcohol o la práctica de relaciones sexuales?

De acuerdo con el razonamiento del Tribunal en el caso, parece que la privación de libertad respondería a un factor únicamente objetivo y se produciría cuando hay un aislamiento total. En el párrafo 65 indica que, antes, el señor Guillén Domínguez podía salir con una acompañante, pero eso dejó de suceder. Eso pareciera indicar que es requisito para determinar una privación de libertad que la persona no pueda salir. No es posible saberlo con certeza porque, como se ha dicho, el Tribunal no ensayó una definición de privación de libertad. Pero, si fuese así, para el Tribunal, una persona que tuviese horarios estrictos de salida o paseos vigilados no sería considerado como una persona privada de libertad, a diferencia de lo resuelto por el TEDH en el caso *Stanev*.

Adicionalmente, el Tribunal señaló que, si la decisión tuviese como origen un fallo judicial, sí estarían permitidas algunas medidas asociadas con una privación de libertad. Así, el Tribunal indica que el juez que convierta la interdicción en «apoyos y salvaguardas, podrá disponer las medidas de seguridad pertinentes (provisionales y permanentes), debiéndose tomar en cuenta la voluntad del favorecido y el respeto de sus derechos y dignidad» (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019, párr. 76). Esta posición, sin embargo, no es compatible con el estándar de capacidad jurídica de la CDPD. El proceso de apoyos está destinado a regular situaciones de aplicación de la capacidad jurídica, es decir, actos jurídicos. En tal

sentido, no es un espacio para decidir asuntos sobre si la persona puede o no salir de su casa, a qué horas, con quién o si tiene llave de su hogar. Pero el Tribunal parece haber reinterpretado su función de manera peligrosa.

A partir de lo dicho por el Tribunal, por un lado, se podría alegar que las técnicas de institucionalización problemáticas (como encierros, prohibiciones de salidas u horarios estrictos) podrían legitimarse, a través de una decisión judicial. Por otro lado, se podría afirmar que da un poder excesivo al juez en la configuración de prácticas propias de la dinámica familiar. Podría haber jueces que, siguiendo las ideas del Tribunal en *R.J.S.A. Vda. de R. y Medina Villafuerte*, asuman que las condiciones de la familia hacen necesario un encierro. En todo caso, el Tribunal ha trazado una primera línea con un elemento objetivo claro: el encierro absoluto. Pero, dicha línea se desdibuja porque el Tribunal Constitucional sigue una continuidad con el caso *Bustamante Candiotti*: la formalidad como habilitadora de la privación de libertad. Si en el caso *Bustamante Candiotti* fue el consejo de familia, ahora lo es el juez.

#### 4.2. Sobre los remedios para una privación de libertad en casa

El Tribunal establece que el derecho a la libertad personal fue vulnerado, y ordena a la madre remover de la habitación de Juan José todas las barras de metal y las puertas de rejas. Asimismo, dispone que el Juzgado correspondiente adecúe el proceso de interdicción seguido contra Juan José a un proceso de apoyos y salvaguardas, en cuyo marco deberán adoptarse las medidas de seguridad apropiadas (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019 punto resolutivo 3). El Tribunal, además, estableció que los padres de Juan José deberán adoptar medidas para asegurar condiciones de vida y salud adecuadas para su hijo (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019 punto resolutivo 2). También dispuso que «el Ministerio Público adopte un rol más activo, en el ejercicio de sus funciones, a fin de evitar que se ponga en peligro la vida o la integridad de las personas con discapacidad. Por lo tanto, deberá notificársele con la presente sentencia a dicho órgano para que adopte las acciones que correspondan a tal fin» (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019 punto resolutivo 4). Finalmente, dispuso que, dada la naturaleza del caso, el juez de ejecución deberá informar al Tribunal periódicamente sobre las condiciones en que se encuentra viviendo Juan José, a fin de monitorear el cumplimiento de su decisión (STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, 2019 punto resolutivo 5).

Creo que hay dos aspectos saltantes en las disposiciones resolutivas del Tribunal. La primera es el remedio inmediato. Tradicionalmente, el *habeas corpus* sirve para liberar a alguien. No obstante, la novedad de la forma de privación de libertad trae también una novedad en el remedio. Si hay una privación de libertad, ¿no tocaría que se libere a la persona en cuyo nombre se presenta el *habeas corpus*? Queda la duda de si la decisión del Tribunal realmente «libera» a la persona con discapacidad. Es decir, si la privación de libertad no consistía únicamente en la existencia del enrejado de la ventana sino también en el aislamiento del señor Guillén Domínguez, ¿no correspondía que se dicten medidas o lineamientos

sobre ello? ¿Se podría haber planteado, siguiendo a la CDPD, un derecho a vivir en la comunidad que se materializa en, quizá, un número mínimo de paseos a la semana? El Tribunal evita las definiciones y las decisiones. Así, serán los padres quienes decidan las condiciones de salud y vida y el juez quien determinará las medidas de seguridad. Ello constituye una muy peligrosa apuesta por la formalidad, sin dar ni un lineamiento, más allá de no poner rejas en las ventanas.

El segundo punto tiene que ver con el encargo al Ministerio Público: si hubo una privación de libertad, ¿no correspondía que se envíen los actuados para una posible denuncia por secuestro?<sup>27</sup> El Tribunal únicamente indica que la labor del Ministerio Público debe «evitar que se ponga en peligro la vida o la integridad de las personas con discapacidad». Evita referirse a la privación de libertad porque eso hubiese obligado a una definición operativa para el Ministerio Público. Más allá de ello, igual es necesario pensar en qué situaciones sí podría ocurrir tal delito por el aislamiento a una persona con discapacidad. Finalmente, no le asigna al Ministerio Público ni a ningún otro órgano facultades de vigilancia o supervisión.

## 5. Conclusiones

La sentencia del Tribunal tiene mucho que rescatar. En primer lugar, resuelve el problema de la persona por la que se inicia el proceso de *habeas corpus*. Y esa es la primera finalidad del Tribunal Constitucional. También corrige una serie de sentencias previas en las que había ignorado los derechos de las personas con discapacidad; y afirma la constitucionalidad de la reforma de la capacidad jurídica de personas con discapacidad. Todo esto es aplaudible.

Pero la falta de precisión con los conceptos se vuelve un problema en toda la sentencia. No se abordó adecuadamente si esta era o no una privación de libertad, ni sus elementos ni su duración. No se hizo el esfuerzo por inscribir la situación de esta persona en una teoría general de la privación de libertad. Tampoco se han dado lineamientos claros de qué significa esto para otras personas con discapacidad o adultas mayores en situaciones similares. En tal sentido, es difícil saber cómo esto puede convertirse en una política pública a futuro.

Es real que muchas personas con discapacidad viven en situaciones de aislamiento y control. No obstante, qué se entiende por control requiere una mayor profundización. Es claro que el aislamiento es un control prohibido. ¿Lo serían los horarios? ¿El no darle la llave a un miembro de la casa? Dependerá de cada caso. Pero sin criterios jurídicos claros esto se vuelve complejo.

---

27 Artículo 152 del Código Penal:

«Artículo 152.- Secuestro.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad».

No obstante, el inciso 2 de dicho artículo indica como agravante que se pretexto «enfermedad mental inexistente en el agraviado». Al contrario, parecería indicar que sí es posible la privación de libertad cuando la enfermedad mental existe. Dicha interpretación debería ser eliminada de nuestro ordenamiento jurídico.

Pero creo que la falta más relevante es que no se toma en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad. No se puede seguir apostando por resoluciones que no tomen en cuenta lo que quiere la persona con discapacidad. Por tanto, en otros casos, podría ser relevante que las decisiones de libertad personal también tomen en cuenta la necesidad de un derecho a la vivienda y a la vida en la comunidad, garantizado por el Estado.

## REFERENCIAS

- Antkowiak, T. M., y Gonza, A. (2017). *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*. Oxford University Press.
- Bartlett, P. (2012). A mental disorder of a kind or degree warranting confinement: Examining justifications for psychiatric detention. *The International Journal of Human Rights*, 16(6), (pp. 831-844). <https://doi.org/10.1080/13642987.2012.706008>
- Bolaños Salazar, E. R. (2019). Constitucionalizar la discapacidad. *Gaceta Constitucional*, 140(12).
- Bregaglio Lazarte, R. A. (2010). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: Más allá de los tratados*. Pontificia Universidad Católica del Perú. [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1589/BREGAGLIO\\_LAZARTE\\_RENATA\\_JUSTICIABILIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1589/BREGAGLIO_LAZARTE_RENATA_JUSTICIABILIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Bregaglio Lazarte, R. A., y Constantino Caycho, R. A. (2020). Un modelo para armar: La regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(28).
- Bregaglio, R., y Rodríguez, J. (2017). Modelo social de la discapacidad y Derecho penal: Aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*. Ubijus.
- Casal, J. M. (2014). Artículo 7. Derecho a la libertad personal. En C. Steiner y P. Uribe (Eds.), *Convención americana sobre derechos humanos: Comentada*.
- Case of Storck vs. Germany, Application N.º 61603/00 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos set de 2005).
- Case of Stanev vs. Bulgaria, Application N.º 36760/06 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 17 de enero de 2012). <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22:%5B%22898586%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-108690%22%5D%7D>
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de noviembre de 2007).

- Caso Vélez Loor vs. Panamá, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de noviembre de 2010). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf)
- Comité contra la Tortura. (2014a). *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Lituania*. CAT/C/LTU/CO/3. <https://undocs.org/es/CAT/C/LTU/CO/3>
- Comité contra la Tortura. (2014b). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Croacia*. CAT/C/HRV/CO/4-5. <https://undocs.org/es/CAT/C/HRV/CO/4-5>
- Comité contra la Tortura. (2016a). *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Azerbaiyán*. CAT/C/AZE/CO/4. <https://undocs.org/CAT/C/AZE/CO/4>
- Comité contra la Tortura. (2016b). *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de China*. CAT/C/CHN/CO/5. <https://undocs.org/es/CAT/C/CHN/CO/5>
- Comité contra la Tortura. (2017). *Observaciones finales sobre los informes periódicos combinados tercero a quinto de la República de Corea*. CAT/C/KOR/CO/3-5. <https://undocs.org/es/CAT/C/KOR/CO/3-5>
- Comité de Derechos Humanos. (2014). *Observación general N.º 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*. CCPR/C/GC/35.
- Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. (2005a). *Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones*. A/AC.265/2005/2. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm>
- Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. (2005b). *Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité*. A/AC.265/2006/1. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcchairletter7oct.htm>
- Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2014). *Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of India*. CEDAW/C/IND/CO/4-5.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2015). *Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities The right to liberty and security of persons with disabilities*.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017). *Observación general N.º 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*. CRPD/C/GC/5.
- Constantino Caycho, R. A. (2020). The Flag of Imagination: Peru's new reform on legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities and the need for new understandings in Private Law. *The Age of Human Rights Journal*, 14, (p. 26). <https://doi.org/10.17561/tahrj.v14.5482>
- Cuenca Gómez, P. (2015). Discapacidad y Privación de Libertad. *Derechos y Libertades*, 1(32). <https://doi.org/10.14679/1006>
- Davidson, L. (2020). A Key, Not a Straitjacket: The Case for Interim Mental Health Legislation Pending Complete Prohibition of Psychiatric Coercion in Accordance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Health and Human Rights Journal*, 22(1).
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Aportes para la regulación de los centros de atención residencial para personas adultas mayores*. Informe de Adjuntía N.º 11-2018-DP/AAE. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Informe-de-Adjuntia-No-011-2018-DP-AAE.pdf>
- Devandas, C. (2019a). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*. A/HRC/40/54.
- Devandas, C. (2019b). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad*. A/HRC/40/54.
- Dinerstein, R. (2014). On Torture, Ill-Treatment and People with Psychosocial and Intellectual Disabilities: Some Thoughts About the Report of the Special Rapporteur. *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 Thematic Report*. American University - Washington College of Law. [http://antitorture.org/wp-content/uploads/2014/03/PDF\\_Torture\\_in\\_Healthcare\\_Publication.pdf](http://antitorture.org/wp-content/uploads/2014/03/PDF_Torture_in_Healthcare_Publication.pdf)
- European Coalition for Community Living. (2009). *Focus on Article 19 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. <http://community-living.info/wp-content/uploads/2014/02/ECCL-Focus-Report-2009-final-WEB.pdf>
- Flynn, E., y Arstein-Kerslake, A. (2017). State intervention in the lives of people with disabilities: The case for a disability-neutral framework.

- International Journal of Law in Context*, 13(01), 39-57. <https://doi.org/10.1017/S1744552316000495>
- Flynn, E., Pinilla-Rocancio, M., y Gómez-Carrillo de Castro, M. (2019). *Disability-specific forms of deprivation of liberty*. <https://www.nuigalway.ie/media/centrefordisabilitylawandpolicy/files/DoL-Report-Final.pdf>
- Foucault, M. (2001). *Los anormales: Curso en el Collège de France (1974-1975)* (F. Ewald, A. Fontana, y V. Marchetti, Eds.; A. Salomoni, Trad.). Akal Ediciones.
- Foucault, M. (2014). *El poder psiquiátrico: Curso en el Collège de France (1973-1974)* (J. Lagrange, F. Ewald, y A. Fontana, Eds.; H. Pons, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2018). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (A. Garzón del Camino, Trad.). Siglo XXI.
- Goffman, E. (2001). *Internados*. Amorrortu Editores.
- Gooding, P. (2013). Supported Decision-Making: A Rights-Based Disability Concept and its Implications for Mental Health Law. *Psychiatry, Psychology and Law*, 20(3), 431-451. <https://doi.org/10.1080/13218719.2012.711683>
- Gurbai, S., y Martin, W. (2018). *Is Involuntary Placement and Non-Consensual Treatment Ever Compliant with UN Human Rights Standards? A Survey of UN Reports (2006-2017)*. <https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2018/01/EAP-UN-Survey.pdf>
- Informe N.º 111/18. Caso 12.786 Informe de fondo Luis Eduardo Guachalá Chumbó y familia vs. Ecuador (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de octubre de 2018). <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2019/12786FondoEs.pdf>
- Kayess, R., y French, P. (2008). Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Human Rights Law Review*, 8(1), 1-34. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngm044>
- Lewis, O., y Campbell, A. (2017). Violence and abuse against people with disabilities: a comparison of the approaches of the European Court of Human Rights and the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities. *International Journal of Law and Psychiatry*, 53, (pp. 45-58). <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2017.05.008>
- Lord, J. E. (2010). Shared Understanding or Consensus-Masked Disagreement? The Anti-Torture Framework in the Convention on the Rights of

- Persons with Disabilities. *Loy*. The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 33(27).
- Martin, W., y Gurbai, S. (2019). Surveying the Geneva impasse: Coercive care and human rights. *International Journal of Law and Psychiatry*, 64, 117-128. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2019.03.001>
- Mégret, F. (2008). The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights. *The International Journal of Human Rights*, 12(2), 261-278. <https://doi.org/10.1080/13642980801954363>
- Méndez, J. E. (2013). *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez. A/HRC/22/53.
- Minkowitz, T. (2011). Why Mental Health Laws Contravene the CRPD - An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1928600>
- Minkowitz, T. (2017). CRPD and transformative equality. *International Journal of Law in Context*, 13(01), (pp. 77-86). <https://doi.org/10.1017/S1744552316000483>
- Nilsson, A. (2014). Objective and Reasonable? Scrutinising Compulsory Mental Health Interventions from a Non-discrimination Perspective. *Human Rights Law Review*, 14(3).
- Nowak, M. (2008). *Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. A/63/175.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2009). *Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. A/HRC/10/48. <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.48.pdf>
- P (by his litigation friend the Official Solicitor) (Appellant) v Cheshire West and Chester Council and another (Respondents), P and Q (by their litigation friend, the Official Solicitor) (Appellants) v Surrey County Council (Respondent), (United Kingdom Supreme Court 2014).
- Pūras, D. (2017). *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*. A/HRC/35/21.
- Rodríguez Gamero, M. A. (2020). Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad

- mental: Una evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Estudios Constitucionales*, 18 (1), 68.
- Schabas, W. (2015). *The European convention on human rights: A commentary* (1.<sup>a</sup> Ed.). Oxford University Press.
- Series, L. (2020). Making sense of Cheshire West. En C. Spivakovsky, L. Steele, y P. Weller, *The Legacies of Institutionalisation. Disability, Law and Policy in the 'Deinstitutionalised' Community*. Hart Publishing.
- Serra, M. L. (2018). Tensiones entre el Comité de la CDPD y demás órganos de los tratados de derechos humanos. Hacia una coherencia en el discurso de los derechos humanos. *Papeles el tiempo de los derechos*, (3).
- Sharma, K. (2016). *Living in hell: Abuses against people with psychosocial disabilities in Indonesia*. Human Rights Watch. [https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/indonesia0316web.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/indonesia0316web.pdf)
- Sosa Sacio, J. M. (2018). *La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad*. 23(23).
- Stastny, P., Lovell, A. M., Hannah, J., Goulart, D., Vasquez, A., O'Callagan, S., y Pūras, D. (2020). Crisis Response as a Human Rights Flashpoint: Critical Elements of Community Support for Individuals Experiencing Significant Emotional Distress. *Health and Human Rights Journal*, 22(1).
- Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. (2016). *Approach of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment regarding the rights of persons institutionalized and treated medically without informed consent*. CAT/OP/27/2.
- STC Exp. N.º 1091-2002-HC/TC, (Tribunal Constitucional del Perú 12 de agosto de 2002). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01091-2002-HC.html>
- STC Exp. N.º 3081-2007-AA, (Tribunal Constitucional del Perú 9 de noviembre de 2007). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03081-2007-AA.pdf>
- STC Exp. N.º 2480-2008-AA, (Tribunal Constitucional del Perú 11 de julio de 2008). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.pdf>
- STC Exp. N.º 05842-2006-HC, (Tribunal Constitucional del Perú 7 de noviembre de 2008). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05842-2006-HC.pdf>
- STC Exp. N.º 2313-2009-HC/TC, (Tribunal Constitucional del Perú 24 de septiembre de 2009). [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/02/Exp.-2313-2009-HC-TC-Lima-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/02/Exp.-2313-2009-HC-TC-Lima-Legis.pe_.pdf)

- STC Exp. N.º 03426-2008-PHC/TC, (Tribunal Constitucional del Perú, 26 de agosto de 2010). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>
- STC Exp. N.º 00194-2014-PHC/TC, (Tribunal Constitucional de Perú 30 de abril de 2019). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00194-2014-HC.pdf>
- Rooman vs. Belgium, Application N.º 18052/11 (Grand Chamber 31 de enero de 2019).
- Verano, C., Constantino, R., y Bregaglio, R. (2018). Selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en materia de discapacidad desde la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 2, (p. 20).
- Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en el Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2006).
- Zinkler, M., y von Peter, S. (2019). End Coercion in Mental Health Services - Toward a System Based on Support Only. *Laws*, 8(3), 19. <https://doi.org/10.3390/laws8030019>



# EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL EJERCICIO PÚBLICO DE LA LIBERTAD DE CULTOS EN EL PERÚ (1915)

*Daniel Soria Luján\**

Pontificia Universidad Católica del Perú

La reforma constitucional aprobada hace 105 años en el Congreso de la República que permitió la libertad de cultos en el Perú, constituye el triunfo del ideal de civilización y progreso sobre las posturas conservadoras que postulaban la primacía de la Iglesia Católica en la vida nacional o la necesidad, en todo caso, de un tránsito paulatino hacia la tolerancia religiosa debido a una supuesta falta de preparación del pueblo. Esta reforma fue el resultado de un encendido debate, sobre todo en la Cámara de Diputados, que transcurrió en tres legislaturas ordinarias, en las que los congresistas contrarios a la reforma no solo hicieron gala de sus ideas sino del uso de los procedimientos parlamentarios de la época, incluyendo la consideración del tema en sesión secreta. Rescatar este debate parlamentario centenario nos permite también apreciar hasta qué punto hemos avanzado o nos hemos estancado en el camino hacia un Estado democrático laico en el Perú.

## **1. La religión en la constituciones peruanas hasta antes de la reforma de 1915**

Desde la Constitución de 1823 hasta la de 1860 (vigente hasta 1919), podemos afirmar que los respectivos textos constitucionales consagraron tres aspectos relativos a la religión:

- La religión del país era la católica, apostólica y romana.
- El Estado peruano protegía a la religión católica.
- Como parte de esa protección, se prohibía el ejercicio de otra religión. Esta prohibición fue en un inicio absoluta y luego se circunscribió al ejercicio público.

Como antecedente de esta regulación tenemos al artículo 12.º de la Constitución de Cádiz de 1812, que señalaba: «La Religión de la Nación española

---

\* Abogado y Magíster en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Asociado del Departamento Académico de Derecho de esta casa de estudios, especializado en Derecho Constitucional, que ejerce la docencia en la Facultad de Derecho, la Maestría en Derecho Constitucional, y la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP.

es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra».

En el naciente Perú republicano, la primera Constitución de 1823 reitera esa regulación en el artículo 8.º al señalarse que «[l]a Religión de la República es la Católica, Apostólica, Romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra», agregando el artículo 9.º que «[e]s un deber de la Nación protegerla, constantemente, por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio; y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente». Esta fórmula, esencialmente, se repitió en el artículo 3.º de la Constitución de 1828 y artículo 2.º de la Constitución de 1834.

Posteriormente, en el artículo 3.º de la Constitución de 1839, perteneciente al Título I – De la Nación, se consagró el siguiente texto: «Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana, que profesa sin permitir el ejercicio público de cualquier culto». La Carta de 1856, en su artículo 4.º, mantendrá la última parte del artículo del anterior texto constitucional y reintroducirá la redacción de constituciones anteriores, señalando: «La Nación profesa la religión católica, apostólica, romana: el Estado la protege por todos los medios conforme al espíritu del evangelio y no permite el ejercicio público de otra alguna». Finalmente, el texto del artículo 4.º de la Constitución de 1860 consagrará el siguiente enunciado:

La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege y no permite el ejercicio público de otra alguna.

Cabe puntualizar que la Constitución de 1826 instaurada por Simón Bolívar, si bien reconoció que «[l]a Religión del Perú es la Católica, Apostólica, Romana» (artículo 6), no estableció expresamente la prohibición del ejercicio de otros cultos. Este precepto se reiteró en el artículo 5.º de la Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana de 1837, promovida por Andrés de Santa Cruz. Una fórmula similar se propuso en las Bases de la Constitución de 1822, pero por presión de los vecinos notables de Lima se terminó agregando la frase «con exclusión del ejercicio de cualquier otra» en su artículo 5.º (Ramos, 2007-2008, p. 87).

La prohibición del ejercicio público de una religión distinta a la católica fue criminalizada. En efecto, el artículo 100.º del Código Penal de 1862 estableció como uno de los delitos contra la religión el siguiente: «El que celebre actos públicos de un culto que no sea el de la religión católica, apostólica, romana, será castigado con reclusión en primer grado [4 meses a 1 año]. Si reincidiere, sufrirá expatriación en primer grado [1 a 3 años]» (*Código Penal del Perú*, 1862, p. 32).

De esta manera, a inicios del siglo XX, una cláusula constitucional consagraba la primacía de la religión católica y su protección por el Estado peruano, así como la prohibición del culto público no católico, el cual, a nivel legal, era un delito tipificado.

## 2. El contexto ideológico y social anterior a la reforma constitucional

### 2.1 Positivismo, progreso e inmigración europea

La tolerancia de cultos se fundamentaba en la idea de progreso y en la necesidad de presentar al Perú como un país civilizado ante el mundo. Este progreso iba de la mano con el auspicio de la inmigración europea, a fin de modernizar al país (Armas, 1998, pp. 186-187).

De acuerdo con lo señalado por el filósofo Pablo Quintanilla, desde mediados del siglo XIX hasta comienzos del siglo XX se desarrollará en el país el positivismo venido de Europa, que aportó entre nosotros «la exigencia de progreso, desarrollo e industrialización, así como la consciencia de la necesidad de superar los viejos atavismos del, por lo menos así considerado, dogmatismo de la metafísica y la teología escolástica moderna»; de esta manera, «la confianza en la ciencia y en la razón intentó reemplazar a todo lo que sonara a religión, metafísica o mito» (Quintanilla, 2004, pp. 56-57).

De otro lado, como refiere el filósofo Joel Rojas, los positivistas peruanos manifestaron una preocupación por el porvenir del país plasmada en un discurso modernizador, de allí la importancia del concepto de «progreso» para transformar las estructuras económicas y sociales. Agrega que las consecuencias de este positivismo fueron la preocupación por la educación que permita el progreso de la sociedad y el discurso «racialista» a través de la promoción de la inmigración europea (Rojas, 2011, pp. 33-37).

Por su parte, la filósofa Magdalena Vexler afirma que, tal como sucedió en otros países de América, el positivismo en el Perú «no fue sólo un movimiento filosófico, sino que irradió su influencia a diversos campos de la ciencia y la cultura, como la medicina, el derecho, la educación, la política, etc.», de tal manera que «se consideró a sí mismo como un instrumento que, aplicado a diversas esferas, podría lograr una serie de cambios que llevarían a la solución de diversos problemas nacionales» (Vexler, 1998, pp. 88).

### 2.2 Indiferencia frente a la religión en las clases medias y altas

Jeffrey Klaiber, S. J. señala que, desde mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, la Iglesia Católica adoptó una postura defensiva en América Latina frente al ataque de liberales, positivistas, masones, protestantes, anarquistas y socialistas; esta situación la llevó a movilizar a sus fieles en defensa de los valores tradicionales, convirtiéndolos en militantes de la causa religiosa (Klaiber, 1996, pp. 95).

No obstante, el mencionado historiador precisa que, en las clases medias y altas, esa militancia religiosa tuvo una división de género, donde los esposos e hijos se mostraban indiferentes, mientras que las esposas e hijas seguían practicando la religión (Klaiber, 1996, pp. 43). Ello por cuanto para el liberalismo, en una postura machista, el sometimiento humilde a la autoridad de la Iglesia era contrario a la idea de un hombre libre y dotado de razón. En tal sentido, este pensamiento consideraba que la práctica religiosa era una costumbre más apropiada para mujeres y niños (Klaiber, 1996, pp. 116).

Precisamente, como se mostrará más adelante, serán las mujeres y escolares católicos organizados, los que manifestarán una férrea oposición a la reforma constitucional a favor de la plena tolerancia de cultos en 1915, sobre todo en el acto de promulgación de la ley que modificó el artículo 4.º de la Constitución de 1860.

### 2.3 Creciente presencia de grupos protestantes organizados

El paso del Virreinato a la República no erosionó significativamente la posición de la Iglesia Católica en la sociedad peruana. No obstante, desde la independencia el protestantismo se hará presente, sobre todo mediante extranjeros que arribaron al Perú. Un primer caso conocido es el del educador y misionero escocés Diego Thomson, quien llegó al país en junio de 1822, convocado por el general José de San Martín para implementar el método educativo lancasteriano (porque fue creado por el educador inglés Joseph Lancaster), el cual buscaba educar al mayor número de niños con pocos recursos humanos y materiales, a través de un maestro que enseñaba las lecciones a alumnos avanzados y estos, a su vez, instruían a los estudiantes más pequeños, realizando para este propósito la lectura del Nuevo Testamento y otros materiales (Fonseca, 2001, pp. 270). Es por ello que este método no solo servía para educar sino también para difundir la religión. El método lancasteriano tuvo posteriormente el apoyo de Simón Bolívar y se desarrolló en el Perú hasta mediados del siglo XIX.

Luego de este episodio, hasta fines del siglo XIX, la presencia protestante en el Perú estuvo relacionada básicamente a los servicios religiosos de la comunidad extranjera que la profesaba, ocasionales visitas de vendedores de biblias o colportores, y algunos intentos de labor misionera (Fonseca, 2002, pp. 93-94).

Con posterioridad a la Guerra del Pacífico, el colportor italiano Francisco Penzotti arribó al Callao en julio del año 1888. No solo se dedicó a vender biblias sino también a celebrar servicios religiosos en español (Fonseca, 2002, p. 94). Por ello, fue denunciado por el párroco del Callao por haber cometido el delito tipificado en el artículo 100.º del Código Penal de 1862, siendo encarcelado durante ocho meses. En el proceso judicial, Penzotti se defendió afirmando que las reuniones que promovía no eran públicas. En su sentencia del 29 de noviembre de 1890, el juez de primera instancia del Callao lo absolvió porque consideró que no había dado publicidad a sus actos de culto, decisión que fue confirmada en segunda instancia el 9 de enero de 1891; finalmente, en la Corte Suprema, mediante ejecutoria del 25 de marzo de 1891, se estableció que no era punible la celebración de un culto no católico mediante actos desprovistos de publicidad (Ramos, 2007-2008, pp. 92-95).

Como afirma el historiador Juan Fonseca, luego del arresto de Penzotti «y durante la última década del S. XIX aparecieron los primeros misioneros con proyectos de establecer comunidades protestantes permanentes en el Perú, a pesar de las limitaciones legales existentes». Agrega que, «[e]n todo este periodo, los liberales utilizaron a los protestantes en su lucha por disminuir el poder de la Iglesia Católica en la sociedad y estos, por su parte, se aprovecharon de los liberales para obte-

ner progresivamente mayores espacios de acción», como, por ejemplo, la presión por la aprobación y ulterior promulgación de la ley que regulaba la inscripción de los matrimonios no católicos en los registros del estado civil, a propósito del incidente de la anulación del registro matrimonial de la hija del misionero metodista Thomas Wood (Fonseca, 2002, p. 95). Esta ley fue promulgada el 23 de diciembre de 1897 y ordenaba que el alcalde provincial podía celebrar el matrimonio de personas que no eran católicas o de personas a quienes la Iglesia Católica negaba la licencia para casarse con base en el impedimento de disparidad de cultos (Ramos, 2006, p. 306). La dación de esta norma provocó la renuncia de Alejandro López de Romaña y Alvizuri a la Presidencia del Consejo de Ministros, quien había sido nombrado en dicho cargo casi un mes antes, el 25 de noviembre de 1897 (Gálvez y García, 2016, p. 195).

Cabe agregar que, como refiere el historiador Fernando Armas, en este periodo finisecular «el número de entierros en cementerios laicos aumentaba, a la par que, al amparo de la ley de matrimonio civil de no católicos, también éstos se incrementaban» (Armas, 1998, p. 185).

### **3. El proceso parlamentario que impulsó la reforma constitucional (1913-1915)**

La propuesta de reforma de la Constitución de 1860, para eliminar la prohibición del culto público no católico, se generará a partir de hechos de violencia ocurridos en Puno en el año 1913. En un contexto de conflicto entre indios y hacendados, las misiones adventistas que se desarrollaron en esa región incluían la obra educativa. Al respecto, como afirma el historiador Fernando Armas, «la idea de educar a los indígenas, particularmente de las comunidades, tiene la oposición de los hacendados, que lo ven como un proyecto subversivo a sus intereses» (Armas, 1998, p. 189). Agrega que esta educación tenía un doble objetivo «evangelizador y liberador social, pues permitía un acceso a la Biblia, al conocimiento escrito, y a su vez, de la mano de la conversión adventista, a un nuevo estilo de vida, donde la revalorización personal y redefinición de patrones de conducta condicionaban el fin de una serie de ataduras sociales» (Armas, 1998, p. 192).

Como reacción a la prédica adventista, Valentín Ampuero, entonces obispo de Puno, el gobernador, dos jueces de paz de Chucuito y «doscientos indios católicos», asaltaron la misión de Platería el 3 de marzo de 1913 y la destruyeron, privando de su libertad a Manuel Zúñiga Camacho, uno de sus promotores, junto con siete indígenas adventistas. Estas personas fueron liberadas por la Corte Superior de Puno, cuya decisión fue ratificada por la Corte Suprema (Armas, 1998, p. 194).

Estos acontecimientos generaron la presentación de un proyecto de ley de reforma del artículo 4.º de la Constitución de 1860, por parte de Severiano Bezada, senador por Puno.

#### **3.1 El proceso parlamentario de aprobación de leyes de reforma constitucional**

A fin de comprender el proceso que culminó con la dación de la Ley N.º 2193 del 23 de octubre de 1915, que reforma el artículo 4.º de la Constitución de 1860,

retirando la prohibición del ejercicio público de cualquier religión distinta a la católica, es importante reseñar el ordenamiento jurídico aplicable en esa época.

De esta manera, en primer lugar, debe señalarse que la Constitución de 1860, entonces vigente, establecía en su artículo 52.<sup>o</sup> que el Congreso sesionaba ordinariamente cada año, a partir del 28 de julio, por un periodo de noventa días naturales improrrogables. Las reuniones anuales ordinarias del órgano legislativo fueron producto de una reforma constitucional de 1879, por cuanto originalmente se estableció una periodicidad bienal con una duración de cien días útiles (García Belaunde, 2005, p. 330).

Asimismo, el artículo 57.<sup>o</sup> establecía que «las Cámaras se renovarán cada bienio por terceras partes, al terminar la legislatura ordinaria».

De otro lado, el artículo 67.<sup>o</sup> de la Carta de 1860 estipulaba que tenían derecho de iniciativa en la formación de leyes, entre otros, los senadores y diputados. A continuación, el artículo 68.<sup>o</sup> indicaba que, «[a]probado un proyecto de ley en cualquiera de las Cámaras, pasará a la otra para su oportuna discusión y votación».

Una vez aprobada la ley por el Congreso, el artículo 69.<sup>o</sup> señalaba que la misma era enviada al Poder Ejecutivo para su promulgación y que la haga cumplir. El Presidente de la República tenía tres posibilidades: promulgar la ley, observarla o no hacer ninguna de las dos cosas.

Conforme a los artículos 69.<sup>o</sup> y 70.<sup>o</sup>, si el Poder Ejecutivo tenía observaciones, debía presentarlas al Congreso en el plazo de diez días perentorios. Si la ley era reconsiderada en ambas cámaras y aprobada sin tener en cuenta las observaciones del Poder Ejecutivo, quedaba sancionada y se disponía su promulgación y cumplimiento. Si, por el contrario, al final la ley no era aprobada, no podía volver a impulsarse sino hasta la siguiente legislatura.

Por otra parte, en caso de que el Poder Ejecutivo no promulgara la ley ni hiciera observaciones a ella dentro del plazo constitucional, el artículo 71.<sup>o</sup> establecía que, en ese supuesto, la ley se tenía por sancionada, debiendo promulgarse y mandar cumplir por parte del Poder Ejecutivo; de lo contrario, el Presidente del Congreso debía hacer la promulgación, «y la mandará insertar, para su cumplimiento, en cualquier periódico».

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 131.<sup>o</sup> de la Constitución de 1860 establecía lo siguiente respecto de la reforma de la Constitución: «La reforma de uno o más artículos constitucionales se sancionará en Congreso ordinario, previos los mismos trámites a que debe sujetarse cualquier proyecto de ley; pero no tendrá efecto dicha reforma, si no fuere ratificada, de igual modo, por la siguiente legislatura ordinaria».

En segundo lugar, es importante mencionar las disposiciones del Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas que estuvo vigente en la época estudiada. Así, el artículo 4.<sup>o</sup> del Capítulo VII – Proposiciones, señalaba que las proposiciones de reforma constitucional eran leídas en tres sesiones distintas antes de ser admitidas a discusión. Luego de ser admitida se pasaba a la comisión respectiva, salvo que «la urgencia del asunto o la facilidad de su resolución obligue a pro-

ceder de otra manera, a juicio de la Cámara» (*Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas*, 1915, p. 21).

Por su parte, el artículo 12.º del Capítulo IX – Discusiones, señalaba que, luego de aprobado un proyecto en su Cámara de origen, pasaba a la Cámara revisora. De otro lado, el artículo 7.º del Capítulo X – Votaciones, estipulaba que las votaciones se adoptaban por pluralidad absoluta, es decir, por más de la mitad de los votos (*Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas*, 1915, pp. 26 y 28).

Es importante resaltar también las reglas aplicables a las personas que asistían a las sesiones. Así, los artículos 7.º al 9.º del Capítulo VI – De las sesiones, establecían que los espectadores debían mantener «profundo silencio y [conservar] el mayor respeto y compostura, sin tomar parte alguna en las discusiones con demostraciones de ningún género». Si no se cumplían estas reglas y se perturbaba el orden, los responsables eran «expelidos inmediatamente; y si la falta fuese mayor, se tomará con ellos la providencia a que hubiere lugar». Asimismo, se podía despejar la sala y continuar la sesión en secreto «si fuese demasiado el rumor o desorden» (*Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas*, 1915, pp. 18-19).

Finalmente, es relevante mencionar que el artículo 10.º del mencionado capítulo señalaba lo siguiente: «El Presidente y los Secretarios calificarán la clase de negocios de que deba darse cuenta en sesión secreta» (*Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas*, 1915, p. 19).

### 3.2 Debate y aprobación en el Senado (1913)

Severiano Bezada, senador por Puno, presentó el 25 de agosto de 1913 el proyecto de ley de reforma constitucional del artículo 4.º, eliminando la última parte que prohibía el ejercicio público de religiones que no fuesen la católica. En su propuesta refiere lo siguiente: «las leyes deben conformarse al espíritu que corresponde a la época en la cual han de regir». Fue discutido y aprobado en la 37.º sesión del jueves 18 de septiembre de 1913, junto con el dictamen de la Comisión de Constitución, conformada por los senadores Mariano H. Cornejo, Germán Schreiber y Aurelio Sosa. Esta comisión dictaminó a favor del proyecto el 16 de septiembre de 1913, refiriendo que el mismo responde al deseo de que la Constitución peruana «no sea una triste excepción en los pueblos liberales de América y Europa», calificando como un fósil la idea de imponer un culto por la fuerza o «perseguido por los gendarmes» (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Senadores*, 1913, p. 369).

El senador José Valencia Pacheco solicitó como cuestión previa que la propuesta pase a la Comisión de Culto para estudio, lo que fue secundado por el senador Francisco Moreyra y Riglos. El senador Bezada se mostró en contra de la cuestión previa formulada, señalando que no encontraba un ataque al culto católico en su proyecto de ley, refiriendo que la mencionada propuesta pretendía obstruir la dación de la ley; ello fue secundado por el senador Manuel Ballón, para el que una reforma constitucional no tenía nada que hacer con las cuestiones de culto. Efectuada la votación, la cuestión previa fue rechazada (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Senadores*, 1913, p. 370).

Seguidamente, se procedió a votar el proyecto de reforma constitucional, disponiéndose que el sufragio fuese nominal. De esta manera, se aprobó la propuesta por 35 votos a favor y 3 en contra de los senadores Abel Campos, Francisco Moreyra y Riglos, y José Valencia Pacheco. El senador Moreyra y Riglos fundamentó su voto en contra señalando que no había necesidad de herir las conciencias con esta ley, más aun si, en los hechos, las religiones no católicas cuentan con una absoluta tolerancia. A continuación añadió un típico argumento conservador: «Puede ser que andando los tiempos y cuando este país llegue a alcanzar un gran desarrollo y aumente notablemente el elemento extranjero, sea necesario el proyecto; pero hoy basta con la tolerancia que existe» (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Senadores*, 1913, p. 371). A su turno, el senador Gonzalo Silva Santisteban respondió con un argumento desde la otra orilla: «esta reforma, a la vez que en beneficio de la libertad que el hombre debe tener para el ejercicio de todos sus actos de conformidad con su conciencia, tiende, también, al progreso de la República y a hacer atractiva la permanencia en ella de parte de los inmigrantes que necesitamos tanto para fecundizar nuestro suelo» (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Senadores*, 1913, p. 372). Nótese en ambos discursos el elemento común a favor de la inmigración, aunque ciertamente con una opción preferencial por la inmigración europea.

### 3.3 Debate y aprobación en la Cámara de Diputados (1913)

El proyecto de reforma constitucional pasó a la Cámara de Diputados y se empezó a discutir en la 33.<sup>o</sup> sesión del jueves 25 de septiembre de 1913. Iniciado el debate, el diputado Chaparro solicitó la dispensa de su trámite en comisión y darle preferencia en el debate, «por dignidad», ya que «no es posible que el Perú aparezca ante las naciones civilizadas como que recién se va dando cuenta de que existe en su carta fundamental un baldón contra la libertad de pensamiento, y que recién trata de reaccionar para hacerlo desaparecer». Por su parte, el diputado Sánchez Díaz afirma que no comprende el motivo de este apresuramiento si todas las religiones gozan de absoluta tolerancia en el país. Tanto este representante como el diputado Santos exigían el cumplimiento del reglamento parlamentario, ya que se trataba de un asunto que dañaba el sentimiento religioso de la mayoría de la población (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1913, p. 415).

Seguidamente, el diputado Chaparro argumenta que el artículo 4.<sup>o</sup> de la Constitución de 1860 establece una desigualdad de derechos, «porque no hay razón alguna para dar a unos lo que no se concede a otros». Asimismo, el argumento de la promoción de la inmigración europea estará presente al señalar lo siguiente: «Hoy día que se trata de abrir las puertas de los dos océanos, no sería posible que ante la gran corriente de inmigración que tenemos muy cerca, podamos nosotros cerrar las puertas de nuestro territorio a quienes no traigan en la frente el sello del catolicismo», afirmaciones que vinieron seguidas de aplausos (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1913, p. 416).

La propuesta del diputado Chaparro de dispensa del trámite de comisión fue sometida a votación, siendo aprobada por 57 votos contra 28. Una vez concluida,

el diputado Jiménez consideró grave el antecedente de que una reforma constitucional pase sin escucharse el dictamen de la comisión respectiva (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1913, p. 416).

A continuación, se sometió a debate la segunda propuesta del diputado Charro, consistente en dar preferencia al debate de la propuesta de reforma constitucional en el pleno. Al respecto, el Presidente de la Cámara de Diputados precisó que habían otros asuntos sobre los que también se había solicitado su trámite preferente, por lo que se debía determinar si el de la reforma constitucional tendría la mayor preferencia entre todos ellos. Al final, a pedido del propio diputado Charro, se acordó dar preferencia al proyecto de reforma constitucional, pero con posterioridad al tratamiento de temas importantes que debían ser desarrollados en sesión secreta (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1913, pp. 418-419).

Así, el debate del tema se volvió a impulsar en la siguiente sesión (34.º) del viernes 3 de octubre de 1913. El Presidente recordó que el tema tenía preferencia en el debate. A continuación, el diputado Balbuena propuso como moción de orden del día que la Cámara se declare en sesión permanente y continua hasta terminar de discutir el proyecto de reforma constitucional. Al respecto, fundamentó su pedido exponiendo, entre otros argumentos, que «el Estado, como unidad política, debe garantizar los derechos de todos, y la religión como comunidad distinta de la política, debe ser regida, no por la carta fundamental sino por los rituales del poder de Roma». Terminado el debate, la propuesta fue aprobada, por lo que se declaró a la Cámara de Diputados en sesión permanente y continua para debatir y aprobar la propuesta (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1913, pp. 443-445).

El debate enfrentó posiciones progresistas y conservadoras sobre la religión, algunas radicales y otras que apelaban a posturas más moderadas. Por ejemplo, el diputado Sánchez Díaz manifestó que, siendo la religión católica la verdadera religión, «debe ser acatada, respetada y defendida, y no se la defiende [...] permitiendo el ejercicio público de religiones falsas; porque el error y la mentira no tienen derecho de existir». Asimismo, siendo la religión mayoritaria, los representantes al Congreso son representantes de esa mayoría, por lo que no podrían votar por la aprobación de la propuesta traicionando a sus mandantes. A su turno, el diputado Fariña hizo hincapié en que el tema no debe reducirse al acto del culto, sino reconocer que la religión cristiana ha aportado significativamente a la sociedad moderna, *v.gr.* fundando universidades o comunidades cuidadoras de enfermos, o proclamando la igualdad entre todos los hombres y el levantamiento moral de la mujer. Asimismo, nuevamente se presenta el conocido argumento de postergar una propuesta progresista porque la población no estaba educada para recibirla, como afirmó el diputado Santos al indicar que «no es oportuna la reforma de que nos ocupamos en estos momentos por cuanto los pueblos no están suficientemente preparados para recibir esta clase de transformaciones» (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1913, pp. 445-453).

Desde el ala liberal, el diputado Quimper, en una posición claramente anticlerical, señaló que la Iglesia Católica no había contribuido con el progreso educativo de la población, «después de varios siglos de dominación de la conciencia [...] precisamente para que no estuviesen preparados para la reforma». Por su parte, el diputado Balbuena afirmó que «la iglesia y el Estado actúan en centros distintos y tienen finalidades distintas también; entonces, consignando el respeto a todas las creencias, resulta incompatible que en la carta o ley fundamental de un estado o institución política, se contemple exclusiones que se refieren al orden religioso», agregando que no había necesidad de pronunciar grandes discursos ni hacer estudios para oponerse a la reforma propuesta, ni tampoco para sostenerla, ya que «está en la conciencia de todos que el progreso de las instituciones del país así lo requiere, porque hoy es un dogma el de la libertad de conciencia» (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1913, p. 454).

Cerrado el debate, la propuesta de reforma constitucional fue aprobada, debiéndose someterse a la siguiente legislatura ordinaria en el año 1914.

### 3.4 Revisión de la propuesta en la legislatura ordinaria de 1914

En la sesión 39.º del jueves 1 de octubre de 1914, el senador Bezada refirió que había transcurrido más del tiempo reglamentario para que la Comisión de Constitución emita su dictamen sobre la propuesta de reforma constitucional, por lo que solicitó que el asunto se ponga a la orden del día y se le dé preferencia en la sesión. Los senadores aprobaron la propuesta, pasando el proyecto a la orden del día. Finalmente, sin mayor debate, la misma fue aprobada (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Senadores*, 1914, pp. 742-747).

Pasada la propuesta a la colegisladora, se empezó a debatir en la sesión del viernes 2 de octubre de 1914, en la cual el diputado Balbuena solicitó la dispensa del trámite de comisión. El *Diario de los Debates* registra intervenciones que dan cuenta de la presentación de diversos motivos para dilatar o no llevar adelante el debate. Por ejemplo, el diputado Fariña consideró que no era oportuno tratar el tema debido a la guerra europea que se había iniciado; por su parte, el diputado Sánchez Díaz señaló que no debía agregarse una nueva crisis, la religiosa, a otras que ya existían y que requerían inmediata solución, como la crisis financiera o la de la infancia, «males que van aumentando cada día y que causan la anemia, casi la muerte del país»; de la misma opinión fue el diputado Antonio La Torre. Al final, el diputado Balbuena retiró su pedido (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1914, pp. 4-6).

El asunto se volvió a tratar en la sesión del sábado 24 de octubre de 1914, donde se da cuenta de la comunicación del Senado, trasladando el pedido del senador Silva Santisteban de que la Cámara de Diputados dé un preferente despacho al proyecto de reforma del artículo 4.º de la Constitución. En la mencionada sesión, el diputado Maldonado explicó que la Comisión de Constitución llegó a redactar el dictamen correspondiente, pero lamentablemente no se había podido conseguir la firma de todos sus miembros (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1914, pp. 350-351).

El diputado Maldonado esbozó una interpretación de la regulación constitucional del Congreso para concluir que la propuesta no debía ser revisada en la legislatura ordinaria de 1914 sino en la de 1915. Basaba su argumento en que, originalmente, la Constitución de 1860 estableció que las legislaturas ordinarias se realizaban cada dos años —hasta la reforma de 1879 que estableció las legislaturas anuales—, y cada bienio se efectuaba una renovación por tercios del Parlamento (según el artículo 57.<sup>o</sup> de la citada Carta). En tal medida, cuando el artículo 131.<sup>o</sup> estableció que una reforma constitucional debía ser ratificada en la siguiente legislatura ordinaria, pretendía que un Congreso parcialmente renovado pudiera revisar la propuesta, lo cual no se verificaba en la legislatura ordinaria de 1914 (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1914, p. 352).

Al final, ni en la mencionada sesión ni en el resto de la legislatura ordinaria de 1914 se llegó a aprobar definitivamente el proyecto en la Cámara de Diputados.

### 3.5 La ulterior aprobación del proyecto de ley en el año 1915 por la Cámara de Diputados

En la sesión del miércoles 20 de octubre de 1915, el diputado Quimper solicitó que la propuesta de reforma constitucional sea considerada como primer punto de la orden del día (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1915, p. 895).

El diputado Sánchez Díaz, en un nuevo intento de los conservadores por trabar el debate, formuló la siguiente interpretación: «La Constitución del Estado exige que una reforma constitucional, al ser aprobada por segunda vez, lo sea en la siguiente legislatura, no en las subsiguientes». Es decir, debió ser aprobada en 1914 y no en 1915. El diputado Maldonado refutó esta postura indicando que, en el pasado, se habían ratificado reformas constitucionales en legislaturas ordinarias subsiguientes a la de la primera aprobación (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1915, p. 896).

Más adelante, el diputado Sánchez Díaz afirmó que la propuesta hiere los intereses de la mayoría de los habitantes del Perú, a lo que el diputado Quimper manifestó: «Nosotros no legislamos sólo para la mayoría, sino para todos los habitantes del Perú». Sánchez Díaz replicó señalando que existía tolerancia religiosa en el Perú y que ella consistía en el ejercicio privado de la religión. Luego de que este diputado realizara otras afirmaciones, Quimper interrumpió diciendo: «Queremos la tolerancia de la ley, no la tolerancia de su señoría» (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1915, p. 897).

Luego de otras intervenciones, se votó a favor de dispensar el proyecto del trámite de comisión. Restablecido el debate, nuevamente participó el diputado Sánchez Díaz insistiendo en su interpretación anteriormente anotada, por lo cual pidió el aplazamiento del tema por 24 horas para analizarlo, propuesta que fue votada y rechazada. Otra vez pidió la palabra el mencionado diputado, refiriendo que iba a hacer «un último esfuerzo», lo que generó risas y aplausos entre los asistentes. Su solicitud fue la de pasar a sesión secreta, ya que el tema en discusión estaba relacionado con un asunto que solo podía informar de manera reservada a los diputados. El Presidente aceptó el pedido, suspendiéndose la sesión pública a

las 6:30 p. m. y pasándose a sesión secreta (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1915, pp. 901-902).

En el acta de la sesión secreta que se realizó a continuación, se aprecia que el diputado Sánchez Díaz manifestó que existía un oficio del Ministro de Relaciones Exteriores «relacionado con el proyecto de reforma del artículo 4.º de la Constitución que debe ser conocido por la Cámara»; por tal motivo, pidió el aplazamiento del tema hasta que el referido ministro «informe sobre el estado de nuestras relaciones internacionales, especialmente con la Santa Sede». El aplazamiento fue rechazado por 58 votos contra 19 (*Cámara de Diputados*, 1915, pp. 410-411). Apparently, el asunto estaba relacionado con el posible arbitraje papal en el conflicto limítrofe que aún se tenía en esa época con Colombia, cuestión mencionada cuando se pasó a la sesión pública, aunque esto fue negado por el diputado Sánchez Díaz, quien refirió que pidió la presencia del Ministro de Relaciones Exteriores para que manifestara a los diputados «todo lo que había sobre la Santa Sede en orden a los diversos asuntos relacionados con la cartera que corre a su cargo» (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1915, pp. 904-905).

Restablecida la sesión pública a las 6:45 p.m., se continuó con el debate del proyecto. En una última petición, el diputado Sánchez Díaz solicita que la votación sea nominal, lo cual se acepta. Efectuada la votación, la propuesta fue aprobada por mayoría con once votos en contra de los diputados Orbegoso, Basadre, Criado y Tejada, García Bedoya, La Cotera, Mujica (Wenceslao), Mujica y Carassa, Núñez Chávez, Ramírez, Rodríguez (Julio) y Sánchez Díaz. Algunos parlamentarios fundamentaron sus respectivos votos. Al final, se dispuso enviar lo resuelto al Senado sin esperar la aprobación del acta (*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, 1915, pp. 902-906).

### 3.6 La accidentada promulgación de la reforma constitucional

La Ley N.º 2193 de reforma del artículo 4.º de la Constitución de 1860 no fue promulgada por el presidente José Pardo y Barreda dentro del plazo establecido en la Constitución, por lo que debía ser promulgada por el Presidente del Congreso. Para ello, se convocó a una sesión excepcional el 11 de noviembre de 1915, a la que concurrieron senadores y diputados, así como mujeres y jóvenes católicos que protagonizaron actos de protesta en las galerías. Ello fue relatado detalladamente por el diario *El Comercio* en su edición de la mañana del viernes 12 de noviembre de 1915, en toda su primera página, la cual se transcribe como anexo, en su mayor parte, en el presente artículo.

En esa crónica periodística se aprecia nítidamente a una parte del Perú conservador que se resistía a la reforma constitucional, pero sin mayor fuerza, porque elevaba la voz frente a hechos cumplidos sostenidos por la idea de progreso y modernidad. Las condiciones para el momento constituyente, como hemos visto líneas arriba, estuvieron dadas para que la plena libertad de cultos sea una realidad.

La mencionada Ley N.º 2193 fue finalmente publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 3 de diciembre de 1915.

#### 4. Conclusiones

La plena tolerancia de cultos en el Perú, como un aspecto del derecho fundamental a la libertad religiosa, fue plasmada a nivel constitucional luego de la aprobación de una reforma normativa en 1915, que no tuvo mayores resistencias debido a que, a principios del siglo XX, la primacía de la Iglesia Católica había retrocedido por el positivismo, la falta de interés por la religión y la creciente presencia de grupos protestantes organizados. La idea de modernidad y progreso, con algunos elementos de promoción de la inmigración europea, se imponía a la de una transformación cerrada, lenta y paulatina de la sociedad.

También ayudó a esta reforma el hecho de que la sanción penal del culto público no católico no fue aplicada esencialmente en la práctica, sobre todo después del caso del misionero Francisco Penzotti. Ello dio pie a que los conservadores considerasen que la reforma no era necesaria porque existía tolerancia religiosa en los hechos. Sin embargo, los parlamentarios progresistas consideraron que la comprobación fáctica de esta situación no era suficiente, sino que debía existir una consagración a nivel constitucional de esta libertad; lo contrario implicaría una afectación al derecho a la igualdad.

Este episodio de nuestra historia constitucional nos muestra que el perfeccionamiento de los textos constitucionales, sobre todo en materia de reconocimiento de derechos, es una labor permanente y necesaria, que va más allá de las consideraciones de las mayorías y es insustituible respecto a las evidencias que traten de demostrar que las libertades que se reclaman no son afectadas. De esta manera, la Constitución es un instrumento que garantiza un espacio de desarrollo de los derechos de las personas, que no depende de las actitudes, siempre cambiantes, de las autoridades y de la población.



## REFERENCIAS

- Armas, F. (1998). *Liberales, protestantes y masones. Modernidad y tolerancia religiosa. Perú siglo XIX*. CBC; Fondo Editorial PUCP.
- Cámara de Diputados (1915). *Acta de la sesión secreta del miércoles 20 de octubre. Código Penal del Perú* (1862). Imprenta Calle de la Rifa N.º 58.
- Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados* (1913). Tipografía de La Prensa.
- Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados* (1914). Tomo II. Librería e Imprenta Gil.
- Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados* (1915). Tipografía La Prensa.
- Diario de los Debates de la H. Cámara de Senadores* (1913). Imprenta El Comercio.
- Diario de los Debates de la H. Cámara de Senadores* (1914). Imprenta del Estado.
- Diario El Comercio* (1915, 12 de noviembre). Edición de la mañana, I, (p. 1).
- Diario Oficial El Peruano* (1915, 3 de diciembre). Año 74, Semestre II, (67).
- Fonseca, J. (2001). «Sin educación no hay sociedad»: Las escuelas lancasterianas y la educación primaria en los inicios de la República (1822-1826). En S. O'Phelan Godoy (Comp.). *La Independencia en el Perú. De los Borbones a Bolívar*. Instituto Riva-Agüero PUCP.
- Fonseca, J. (2002). *Misioneros y civilizadores. Protestantismo y modernización en el Perú (1915-1930)*. Fondo Editorial PUCP.
- Gálvez, J. F. y García, E. (2016). *Historia de la Presidencia del Consejo de Ministros. Democracia y Buen Gobierno*. Tomo I (1820-1956). Presidencia del Consejo de Ministros.
- García Belaunde, D. (2005). *Las constituciones del Perú*. Segunda edición.
- Klaiber, J. (1996). *La Iglesia en el Perú. Su historia social desde la independencia*. Tercera edición, Fondo Editorial PUCP.
- Quintanilla, P. (2004). Del espejo al caleidoscopio: aparición y desarrollo de la filosofía en el Perú. *Areté. Revista de Filosofía*. PUCP. XVI, (1), 43-79.
- Ramos, C. (2006). *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo V - Los signos del cambio, Volumen 2 – Las instituciones. Fondo Editorial PUCP.
- Ramos, C. (2007-2008). Francesco Penzotti: Víctima del sectarismo religioso. *Boletín del Instituto Riva-Agüero*. Instituto Riva-Agüero, (34), 87-100.

*Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas y Constitución de 1860* (1915). Emp. Tip. Torres Aguirre.

Rojas, J. (2011). La educación y el racialismo en el discurso crítico de Pedro Zulen durante el debate en el Centro Universitario a inicios del siglo XX. *Solar. Revista de Filosofía Iberoamericana*. UNMSM. Año 7, (pp. 29-48).

Tribunal Constitucional (2017). *Las Constituciones del Perú*.

Vexler, M. (1998). Javier Prado y la tradición positivista peruana. *Logos Latinoamericano*. UNMSM. Año 3, (3), 83-134.

ANEXO

DIARIO *EL COMERCIO*

EDICIÓN DE LA MAÑANA DEL VIERNES 12 DE NOVIEMBRE DE 1915,  
PÁGINA 1

(EXTRACTO)

**La tolerancia de cultos en el Perú. Una sesión excepcional en el Congreso**  
**Las señoras de la Unión Católica asisten a las galerías**  
**Manifestaciones hostiles a la reforma del art. 4.º**  
**El presidente del congreso doctor Peña Murrieta promulga la ley en medio de**  
**un gran alboroto**  
**Manifestaciones callejeras y en los templos**  
**Banquete al presidente del Congreso en el Zoológico**

Nada justifica que la promulgación por el congreso de la ley que reforma el artículo 4º de nuestra carta política, motivara las artificiosas agitaciones que se produjeron ayer en el recinto de ese alto cuerpo al llenarse aquel simple trámite constitucional. Quizás el hecho de que se convocara especialmente a las cámaras para el solo objeto de promulgar esa ley, contribuyó a dar al asunto una importancia aparente, que sirvió de pretexto para demostraciones encaminadas a perturbar la tranquila promulgación de la referida ley por el presidente del congreso.

Sensible es que los directores espirituales de las señoras de Lima les hayan inculcado la falsa creencia de que tolerar un culto extraño es ofender el propio culto, pues el respeto que merece la conciencia ajena es una manifestación de progreso en las sociedades modernas, que no está ciertamente reñido con el espíritu religioso de quienes profesan el credo católico en el Perú; como no lo está con el de los prosélitos de otras religiones imperantes en pueblos civilizados de Europa y América, donde los católicos que son minoría gozan de libertad completa para celebrar su culto.

Así como fuera del país, en naciones protestantes pueden los peruanos concurrir libremente a sus templos católicos, así se ha concedido a los que profesan en el Perú religión distinta a la nuestra el derecho de rendirle culto bajo el amparo de nuestras leyes tutelares, sin que les es preciso ocultarse, con tal propósito, como si cometieran un delito.

Este es el alcance de la reforma del artículo 4.º de la Constitución; y estamos seguros de que si, así lo hubieran explicado a sus feligreses los miembros del clero

nacional, no se habría inducido a un grupo respetable de señoras de Lima a manifestar una intransigencia religiosa injustificada, desde las galerías del congreso, el día de ayer, ni se les habría estimulado a asumir actitud de protesta bulliciosa contra el parlamento, cuando éste se reunía para ejercer elevadas funciones públicas.

El asunto carecía, por entero, de importancia, desde que hoy, promulgada la reforma del artículo 4.º de la Constitución, continúa la religión católica gozando en el Perú de las mismas preeminencias que antes tenía. Sigue siendo, como lo era ayer, la de la nación peruana, protegida por el Estado, mientras que, en la gran mayoría de los pueblos, se ha dado un paso más en estas materias, estableciéndose una completa libertad de cultos.

No había, por lo tanto, motivo para que se suscitara ayer la algarada con que se quiso impedir la promulgación de esta reforma, y que pudo haber originado un conflicto o, cuando menos, una molestia, dada la calidad de personas que asistían a las galerías del congreso, si el presidente de ese alto cuerpo, doctor Peña Murrieta, y los secretarios que le acompañaban, señores Rojas Loayza y Carrillo, no hubieran procedido con laudable templanza, poniendo término al asunto, en forma acertada, sin que las escenas de resistencia y, aún de agresión, promovidas por los escasos representantes que quisieron oponerse a que la reforma sea promulgada, perturbase la serenidad de su criterio.

Así, el acto primo del sacerdote doctor Sánchez Díaz que arrebató de la mesa y pretendió rasgar la autógrafa de la ley ya promulgada; acto grave pero quizás excusable en el que procedía impulsos del fanatismo religioso, pasión que como todas las humanas y tal vez más que muchas de ellas, ofusca e irrita a los que la padecen, no tuvo trascendencia alguna, reduciéndose a un mero episodio de la sesión de ayer, que habría sido preferible, para todos, inclusive para el elemento clerical organizador de las manifestaciones que nos ocupan, hubiese transcurrido como las demás, sin que se produjeran en ella hechos extraños a la serenidad y altura con que este género de asuntos deben ser resueltos siempre en una sociedad tan culta como la nuestra.

[...]

### **Preparativos**

En efecto, toda la mañana de ayer fue incesante el llamamiento por teléfono en Lima; se fijaba el punto de la cita y se señalaba la iglesia de la Caridad como lugar central y la de la Concepción, que también se halla en los alrededores del Congreso.

La policía, que tuvo noticia de estos preparativos, dictó las más eficaces medidas para ofrecer a las señoras y señoritas manifestantes toda clase de garantías, evitando la posibilidad de que algunos espíritus exaltados dejaran de guardarles las consideraciones a que su sexo y distinguida situación personal y social las hacían acreedoras; pero los elementos populares de la ciudad no hicieron contramanifestación de ninguna especie y dejaron a las señoras de Lima en la más amplia libertad de realizar las demostraciones que quisieron.

El prefecto del departamento, comandante Arenas, y el intendente de Lima, señor León, estuvieron guardando el orden que mantenían fuerzas de policía y de gendarmes, que apostadas en las bocacalles de la plaza de la Inquisición, sólo permitían el acceso a las personas que presentaban sus tarjetas de entrada al local del Parlamento.

Según venimos relatando, el punto de cita de las señoras era las iglesias de la Caridad y la Concepción, y la hora las 3 de la tarde. En efecto, a esa hora, ambos templos se encontraban totalmente llenos; había en ellos un crecido número de señoras y señoritas, que lucían elegantísimas toillettes de colores claros, y, rompiendo con la vieja costumbre, la mayor parte de las damas fue a esos templos con sombrero, de tal manera que el conjunto de plumas, gasas, cintas y flores, daba a las pequeñas iglesias un aspecto sugestivo, pintoresco y de suprema elegancia.

Pocos minutos después de las tres se dirigieron las señoras al Congreso; iban presididas por la señorita Isabel del Valle y Osma y la señora Manuela Madaleno de Aranibar, presidenta y vicepresidenta de la Unión Católica, respectivamente. Seguía a esta institución en completo, varias instituciones religiosas de señoras y un grupo de damas católicas que encabezaba la señora Zoila Aurora Cáceres.

Las señoras entonaban cánticos piadosos y en el momento de ingresar al local del Congreso cantaban: «Corazón santo tú reinas, Tú nuestro encanto siempre serás».

En el local del Congreso ocuparon las señoras las tribunas oficiales y comenzaron a hacer animadas manifestaciones.

La tribuna alta fue ocupada por miembros de la Unión Católica de caballeros, por los de la juventud católica, los alumnos del colegio de la Inmaculada, los miembros del apostolado de la oración y varios sacerdotes. Algunos congregantes de la archicofradía de la Vela Verde servían de maestros de ceremonias y colocaban a los concurrentes. Varios alumnos universitarios lograron también situarse allí e hicieron manifestaciones favorables a la tolerancia de cultos.

A las tres y cinco de la tarde, cuando todavía no había llegado ningún representante a la cámara, las galerías presentaban un animado aspecto.

Hasta ese instante la concurrencia femenina guardaba el más profundo silencio.

### **Los escolares**

A las tres y veinte minutos de la tarde, ingresaron a la plazuela de la Inquisición, numerosos grupos de escolares de los colegios de las órdenes religiosas establecidas en esta capital. A la vera de los grupos caminaban algunos sacerdotes. Esos pelotones fueron arremolinándose en torno de la puerta del Congreso, cuya guardia, montada por media compañía del batallón número 5, procedió a despejar la parte fronteriza de la plazuela, en tanto que la policía, al mando del intendente, señor Héctor León, impedía el acceso de más gente a la plazuela y empezaba a despejar ésta con todo cuidado y tranquilidad.

Los escolares y un grupo de gente del pueblo que se les había unido y que gritaba: ¡Viva Jesucristo! ¡Viva la libertad cristiana! ¡Mueran los herejes!, iniciaron

una sonora protesta con vivas a la religión, al dulce corazón de Jesús, a la virtud seráfica del santo padre, y al defensor de la religión, señor Sánchez Díaz.

La policía procedía en su empeño de despejar la plazuela; pero de pronto apareció la señora Cáceres (Evangelina), y encarándose a los custodios del orden reclamó para los escolares y la gente adicta al catolicismo, el paso a las altas galerías del local del Congreso. Después de muchas gestiones, éstas fueron abiertas e ingresó tumultuosamente la muchachada estudiantil dando vivas estruendosos a la religión católica, al imperio del reinado de Jesucristo, y mueras a los diputados y senadores que más se habían distinguido en la labor de llevar a término la reforma constitucional del artículo 4.º.

Desde este instante, el vocerío estruendoso en la cámara fue continuo. Se oían vivas sonoros y mueras estrepitosos. De rato en rato surgían voces entonando el himno aquel que empieza: ¡Dulce corazón de Jesús, sé nuestra salvación...!

Y los vivas y los mueras se perdían en un vocerío intenso en que se confundían las agudas voces de las mujeres y de los escolares.

### **Las galerías**

Como ya hemos dicho, éstas se hallaban llenas de una distinguida concurrencia femenina.

En la galería alta, además de los escolares de los colegios de San Agustín, Recoleta y Jesuitas, se hallaba un numeroso grupo de jóvenes de nuestra sociedad.

También se contaban algunos sacerdotes, que se dejaban ver desde la sala de la sesión del Congreso.

### **Los representantes**

A las tres y media de la tarde, el diputado por el Callao, señor Alberto Secada, ingresó a la plazuela de la Inquisición. Su presencia fue señalada por una ruidosa manifestación de gritos hostiles, entre los que se escuchaban: ¡Muera el liberal! ¡Qué la vida te sea corta! ¡Hereje! ¡Mal cristiano! ¡Muera Secada! ¡Viva Jesucristo! ¡Viva la religión católica! ¡Muera el libre pensamiento!

El diputado por el Callao penetró al local de su cámara y se dirigió a su banco de diputado, por el pasillo de la sala de sesiones.

Tan luego como la concurrencia se percibió de la presencia del diputado por el Callao, los vivas a Jesucristo, a la religión católica, a los sacerdotes y a Dios, menudearon en una forma violenta, junto con los mueras y las imprecaciones. El diputado por el Callao tomó asiento en su curul, abrió un periódico de la tarde y se puso a leer.

Poco después ingresó el señor Quimper, que también fue recibido con gritos hostiles. De la galería alta se le gritaba: ¡Renegado! ¡Muera el niño! ¡Muera Quimper! ¡Mueran los herejes! ¡Muera la libertad de cultos! ¡Viva Dios! ¡Traidores! ¡Abajo Pilatos! ¡Comprados por los protestantes! ¡Fuera! ¡Fuera!

Al ingreso rápido del señor Sánchez Díaz las damas prorrumpieron en un cerrado y frenético aplauso. Se agitaban los pañuelos, las manos enguantadas sonaban con estrépito y todas las voces le decían: ¡Viva el padre Sánchez Díaz! ¡Mue-

ran los reformadores! ¡Abajo con ellos! ¡Líbrenos del mal, Santo Padre! ¡Viva Dios!  
¡Viva Jesucristo! ¡Viva el dulce Corazón de Jesús!

El señor Sánchez Díaz miró la sala todavía semidesierta, agradeció con profundas reverencias la manifestación y pasó a la cantina, donde lo esperaban ya el senador por Arequipa, señor Valencia Pacheco, de carácter sacerdotal, como el diputado por Celendín, el señor Fariña, a cuyo nombre las damas habían asociado la idea de la defensa de la no promulgación de la ley.

Los tres representantes tomaron asiento en torno de una mesa. Pidieron cerveza y té y empezaron a conversar en voz baja. Más tarde se les unió el señor Criado y Tejada, que ya había estado en la sala y que había sido aplaudido por la concurrencia, que en esos momentos volvía a gritar contra la libertad de cultos y los representantes adictos a la reforma que se hallaban en la sala. El señor Elías Mujica también llegó a la cantina y tomó asiento en la mesa de los representantes eclesiásticos; después hizo igual cosa el señor Aramburú.

A un ujier que pasó le preguntó el señor Criado y Tejada:

— ¿Cuántos hay?

— 55, señor

— Bien, bien... ¡No hay quórum!

— No habrá — afirmó el señor Sánchez Díaz

En tanto, en la sala, los bancos de los diputados iban llenándose. Estaban ya allí el señor Salomón, que fue recibido con mueras, el señor Grau, el señor Macedo, el señor Pastor, el señor Alva, el señor Carrillo, el señor Uceda, el señor La Torre, el señor Perochena, el señor Torres Balcázar.

Los señores Ulloa y Balta entraron casi a la vez.

Cuando apareció en su asiento el señor Ulloa, se oyeron manifestaciones hostiles; de la galería alta se le arrojó una corona con una tarjeta que decía: ¡Defiéndenos, Dios te premiará! La corona era de alfalfa.

Al ingreso del señor Artadi, varias voces de la concurrencia lo llamaron por su nombre. Una de ellas le decía:

— ¡Humberto, no consientas que promulguen la ley! ¡Tudela no viene! ¡No hagan daño a la religión!

El señor Artadi fue aplaudido por todos los presentes, representantes y concurrentes a la galería.

### **Llega el presidente**

Después de las cuatro y media de la tarde las señoras empezaban a preguntarse si concurriría o no el presidente del Congreso. Unas aseguraban que no lo haría, que habría tenido miedo al saber la manifestación de protesta que se había preparado. Otras decían que vendría, que no era fino como el doctor Tudela, y que cueste lo que costase llegaría al Congreso.

Cuando estas conjeturas eran mayores, sonó el clarín de la guardia anunciando el ingreso del doctor Rodrigo Peña Murrieta, diputado por Huancayo y presidente del Congreso.

S.E. penetró por el corredor a la sala de la presidencia. En tanto, de las galerías partían gritos ensordecedores; se oían las mismas voces y los mueras, y los vivos eran delirantes. Coronas de alfalfa empezaron a caer; sonaron coheteillos de Napoleón, y en toda la sala había un bullicio intenso, semejante a una gran batahola de gentes enloquecidas.

A las cuatro y veinte de la tarde entraron a la sala los senadores, que después de haber computado su quórum, venían a la sesión de Congreso. Cuando hicieron su aparición en la sala de sesiones, el gentío los empezó a imprecicar, a insultar.

—¡Traidores! ¡Vais a renegar de la religión de vuestros padres! ¡Mueran los representantes! ¡Mueran los reformadores! ¡Abajo la libertad! —gritaban furiosamente en la galería alta.

### **La mesa de la cámara**

Faltando un cuarto para la cinco de la tarde, el presidente del Congreso, doctor Peña Murrieta, acompañado de los secretarios, senador Pedro Rojas Loayza y diputado Luis A. Carrillo, tomó asiento en la mesa.

En este instante las voces de protesta del gentío eran enormes. Todo lo llenaban. Nada se percibía. Las palabras del presidente para computar el quórum no eran escuchadas. El griterío era ensordecedor. Los denuestos y protestas de la barra alta, llena de escolares y de grupos de jóvenes, se dejaban sentir en forma tal, que la presidencia ordenó que fuese desalojada prontamente.

La orden de la presidencia fue recibida con grandes protestas. Las señoras gritaban ¡Abuso! ¡Abuso!, y dirigiéndose a los jóvenes de la galería les recomendaban que tuviesen fortaleza, que no se moviesen del sitio y que continuasen protestando. Los coheteillos de Napoleón seguían estallando, los pañuelos se agitaban y las manos enguantadas continuaban aplaudiendo a los representantes adictos a la causa que sostenían.

En la galería alta, el señor Francisco Rivero, conocido por sus estudios astronómicos y por su previsión para anunciar los movimientos sísmicos, se paró sobre una banca y con voz estentórea dijo:

—«Este movimiento de protesta, más fuerte que una convulsión sísmica» (grandes risas en las galerías. Las señoras vivan a Dios y al catolicismo. Se oyen mueras al presidente del Congreso. Claramente se perciben: ¡Dios te deje de su mano! ¡Que no te salve un enfermo! ¡Mal cristiano! ¡Ateo! ¡Arriano! ¡Cismático! y otras cosas más).

El orador continúa en la galería alta: «Debe ser escuchado por los representantes, a menos que sean unos cobardes y unos traidores».

No se oye más. La grito es enorme. Los tendidos se agitan entusiastamente, como en un día de toros. Los pañuelos flamean, las voces suenan cada vez más fuertes; pero en la galería alta la orden de la presidencia se empieza a cumplir.

En la galería del primer y segundo piso se protesta con gran ruido, se califica de injusticia, de incredulidad, de crueldad, de faltamiento a la ley, la disposición del presidente.

La señora Zoyla Aurora Cáceres intenta hablar. Se trata entre las señoras de que se haga silencio; más este no puede conseguirse con las voces que de lo alto vienen. Una dice:

— ¡Pero, señoras, protesten! ¡Que nos tratan mal! ¡Protesten, caray!

Como la guardia les exigía que saliesen, exclamaban: ¡Así no, no sean toscos!

Los universitarios lanzaban grandes risas y gritaban: ¡Viva la libertad de cultos!

Poco a poco, la guardia de la cámara ha conseguido, al fin, desalojar la galería alta; pero las ocupantes de las galerías inferiores siguen en sus manifestaciones ruidosas, arrojando coronas y vivando a los santos.

Entre tanto, en medio de un enorme vocerío, se había comprobado la falta de quórum.

Los señores prorrumpieron entonces en aplausos, vivas y voces de ¡no hay quórum! ¡Viva la religión católica! ¡Viva la Unión Católica de Señoras! ¡Viva Dios! ¡Muera Peña Murrieta! ¡Que se le mueran sus enfermos! ¡Que hable Evangelina!

En efecto, en la sala no había quórum, pero sí había número suficiente de representantes en el recinto del Congreso. En la cantina estaban los señores canónigo Valencia Pacheco, racionero Sánchez Díaz, doctores Fariña y Criado y Tejada, señores Fuchs, Elías Mujica y Núñez Chávez, quienes tenían resuelto no ingresar a la sala a fin de no contribuir a dar el quórum, pero que, según se afirmaba, entrarían en el caso de que abierta la sesión fuese necesaria su intervención fiscalizadora.

Así, en medio de un constante vocerío en que se lanzaban vivas y frases hostiles para algunos representantes, pasó cerca de una hora.

A la cinco y tres cuartos de la tarde, el doctor Peña Murrieta, agita la campanilla reclamando orden.

Se hace algún silencio, y entonces se oye la voz de la señora Cáceres a quien las demás señoras decían: ¡que hable Evangelina!

«Señor presidente, señores representantes: Toda la sociedad de Lima, todas vuestras hermanas, vuestras es...».

El presidente (agitando la campanilla) —Se va a computar el quórum. Se va a pasar lista.

Y a continuación, dice:

«Se va a pasar lista, para computar el quórum. Si no lo hay no se abrirá la sesión; pero si, al contrario, lo hubiera, la mesa hará cumplir sagazmente el reglamento» (aplausos y protestas. Los representantes golpean las carpetas con entusiasmo).

El tumulto hace imposible que se pueda pasar lista a los representantes. En vista de esta dificultad se computa el quórum por el procedimiento ordinario y el presidente declara abierta la sesión.

En este momento se produce una fuerte algarada. Los gritos se redoblan, los aplausos, vivas y muertas se hacen cada vez mayores. En medio de todo ello, el diputado secretario lee el acta de la anterior sesión.

Simultáneamente el señor Basadre se lanza a la mesa, gritando: ¡No hay quórum, no hay quórum!

Por una de las puertas laterales penetran a la sala los diputados y senadores que estaban en la cantina y cuyos nombres hemos dado, lanzando voces de: «¡No hay quórum! ¡No hay quórum!».

Varios diputados replican: «¡Si no lo hubiera habido ustedes lo han dado!».

En las galerías la gritería es enorme; las señoras ruegan, imprecán, arrojan coronas de alfalfa, prenden coheteillos, silban, y una, en un arranque de entusiasmo, rompe el puño de su sombrilla, un hermoso puño de cristal de roca, y lo arroja sobre la cabeza de un representante, sin lograr dar en el blanco.

Mientras tanto, con voz fuerte el doctor Peña Murrieta, dice: «Estando reunido el honorable Congreso con el fin de promulgar la ley relativa a la reforma del artículo 4.º de la Constitución, de conformidad con el mandato expreso de ésta, voy a hacerlo».

El doctor Peña Murrieta promulga la ley en medio de un estruendo inmenso. Lleva la mano izquierda en alto con la campanilla, que vibra fuertemente, y en la derecha sostiene la ley, que promulga, mostrando el documento a las galerías.

En ese instante, el doctor Sánchez Díaz se abalanza sobre la mesa, arranca los documentos y los estruja; los secretarios y muchos representantes se lanzan sobre él y lo empujan, arrojándolo del estrado a empellones, mientras en las galerías gritan: ¡Lo matan!

El presidente del Congreso ordena al ayudante detenga al señor Sánchez Díaz. En la sala se forma un escándalo. Las señoras gritan, lloran, silban, y el vocerío es ensordecedor.

El presidente dice: «Promulgada la ley, cumplido el objeto para que fue citado el Congreso, se levanta la sesión».

El señor Peña Murrieta dejó el sillón de la presidencia y permaneció en el centro de la sala, por algunos momentos, rodeado de los representantes, que lo felicitaban.

Momentos después, el presidente del Congreso llama a la sala de la presidencia al señor Sánchez Díaz, quien se encamina a ella seguido por el señor Valencia Pacheco, y algunos otros representantes. Por la galería se esparce la voz de que el diputado por Celendín ha sido detenido de orden del presidente del Congreso. Una hermosa concurrente exclama:

—Lo van a llevar con esposas.

—No diga usted barbaridades, señorita, — responde una mujer del pueblo.

La excitación de las señoras crece y los gritos vuelven a redoblar.

Mientras tanto, los representantes abandonan la sala y siguen al doctor Peña Murrieta hasta el salón de la presidencia.

Pocos minutos después se presenta el señor Sánchez Díaz, a quien acompañan el diputado señor Torres Balcázar y el ayudante coronel Tapia.

El señor Sánchez Díaz avanza hasta el presidente y le dice: «Señor presidente, reconozco y confieso mi error, procedí por un movimiento primo, ruego a usted que me excuse».

El doctor Peña Murrieta dio entonces la mano al señor Sánchez Díaz, a quien esperaban en la puerta las señoras que le tributaron una ovación.

En las galerías se cree que la ley no ha sido promulgada; pero cuando se les dice que ya todo ha concluido, que ya no queda por hacer, silenciosamente, lentamente, dejan sus puestos muchas de las más exaltadas y salen a la calle, rumbo a sus domicilios. El resto sigue viendo las cosas, sigue comentando, sigue dando mueras a la reforma y a sus autores, y cuando vuelve a aparecer el señor Sánchez Díaz y se encamina para el salón de los pasos perdidos, se precipita la gente por las escaleras y lanza vivas al diputado por Celendín, lo llaman monseñor, defensor de la verdad, dignísimo representante, y al salir del Congreso es acompañado varias cuerdas a los gritos de: ¡Viva Dios! ¡Viva la religión católica! ¡Viva el doctor Sánchez Díaz!

En el local del Congreso quedaron los representantes acompañando al señor Peña Murrieta, quien recibía felicitaciones por su actitud. Sin embargo, entre las personas que acudieron al salón de la presidencia, se contaron dos presbíteros, uno de ellos apellidado Hernández, quien protestó airadamente de la promulgación de la ley; varios diputados reclamaron de esa actitud y llamaron a uno de los ayudantes. El señor Peña Murrieta intervino diciendo: «¡Un ayudante, no; basta un portero!». Los presbíteros se apresuraron a dejar el campo.

### **La salida**

Mientras ocurrían dentro estas escenas, la gente salía poco a poco a la plazuela de la Inquisición, que tenía a esa hora, seis y media de la tarde, un aspecto de gran animación. A las gentes que salen vivando a Jesucristo, a la religión y al seráfico padre, grupos de gente del pueblo y de jóvenes, las reciben con rechiflas y silbidos.

Las fieles del pueblo, que son las únicas que siguen haciendo manifestaciones ruidosas, se excitan, cobran ánimos y en algunas ocasiones, la emprenden, entre medio de la gritería de los chiquillos curiosos, a sopapos; y todos juntos, en un confuso abigarramiento, con vivas opuestos y con manifestaciones contrarias, fieles y no fieles, se encaminan por la recta de Zárate, rumbo a la plaza de Armas.

El desfile se desarrolla sin incidente alguno. En las esquinas del trayecto se unen más manifestantes y la comitiva cobra regular proporción. Al frente de los católicos marcha un hombre vestido de negro, que, con los cabellos enmarañados, prorrumpa en gritos sordos contra los representantes y a ratos entona cantos litúrgicos, que las mujeres del pueblo corean con devoción. Un poco más atrás camina la chiquillería, que sigue a la manifestación con silbidos y rechiflas.

Cuando llega el desfile a la plaza de Armas, la noticia de la promulgación de la ley de tolerancia de cultos ha sido esparcida. Se oyen vivas y mueras a ella; pero la manifestación sigue en orden.

### **Ante los balcones de palacio**

Un grupo numeroso, como de 300 personas, entre hombres, mujeres y niños, se constituyó en la plazuela de Desamparados, aclamando al presidente de la re-

pública y pidiendo saliese a los balcones de palacio, para protestar ante él de la promulgación hecha por el Congreso.

Allí se hallaban, a caballo, el prefecto y el intendente de policía, resguardando el orden.

Después de algunos minutos de espera, con manifestaciones cada vez más bulliciosas del elemento femenino, apareció en uno de los balcones el gobernador de palacio, señor Noriega del Valle, quien comunicó a los allí congregados, que S. E. se había dirigido ya a Miraflores.

Los manifestantes siguieron entonces con dirección a la plaza de Armas, lanzando vivas a la religión católica.

### **En la Merced**

Los de la manifestación se dirigieron luego a la iglesia de la Merced, donde se realizaban las misiones a que al principio aludimos. Al irrumpir en el templo el gentío, el orador sagrado puso término a su alocución, diciendo que sentía una enorme pena al ver lo que acababa de hacer el Congreso consentido por el presidente, a quien calificó de "herejote", no quedándole ya más que pedir al pueblo católico sino que rezase y llorase.

La concurrencia empezó a rezar y llorar, hasta el momento en que un mal intencionado hizo estallar una camareta. A la detonación se iniciaron las carreras y los sustos, quedando en el suelo, víctimas de accidentes y soponcios, más de veinte personas.

La policía intervino, haciendo cerrar las puertas del templo. No dejaron de ocurrir algunos choques e incidentes con la policía, todos los cuales concluyeron sin adquirir importancia.

**TERCERA SECCIÓN**  
**JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y**  
**PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS**



# EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE ACCIÓN ACCIÓN POPULAR CONTRA LA INCLUSIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA EDUCACIÓN ESCOLAR\*

*Luis Alberto Huerta Guerrero\*\**  
Pontificia Universidad Católica del Perú

El presente artículo analiza el proceso constitucional de acción popular seguido contra la inclusión del enfoque de género en el Currículo Nacional de Educación Básica. A partir de la información del expediente judicial, se explica el desarrollo del proceso, la posición jurídica asumida en torno al referido enfoque por la parte demandante, la parte demandada (el Poder Ejecutivo), y los jueces que conocieron y resolvieron el caso en dos instancias, incluyendo el pronunciamiento final de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia. A partir de esta información, se concluye que durante el proceso existió dos formas diferentes de analizar el contenido del enfoque de género. Por un lado, se consideró que implicaba una nueva visión de la sexualidad humana, por lo que su inclusión en el Currículo debía ser consultado a los padres de familia; de otra parte, se afirmó que dicho enfoque se relacionada con la política educativa a favor del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, con sustento en las norma constitucionales y convencionales, por lo que no correspondía consulta alguna.

## 1. Presentación

El estudio de toda institución jurídica requiere tomar en cuenta tres aspectos. En primer lugar, su fundamento teórico, para lo cual se acude a la dogmática y la doctrina; en segundo lugar, la manera en que se encuentra reconocida y desarrollada en las fuentes del Derecho (Constitución, ley, tratados, jurisprudencia, etc.); y, en tercer lugar, lo que ocurre en la realidad o práctica cotidiana con su aplicación. El análisis de estos tres aspectos debe ser equitativo.

Entre enero de 2017 y abril de 2019 se desarrolló en el Perú un proceso de acción popular contra la inclusión del Enfoque de Igualdad de Género en el Currículo Nacional de Educación Básica (en adelante, CNEB). Se trató del proceso

\* Algunas de las ideas de este artículo fueron desarrolladas en Huerta Guerrero (2005 y 2013).

\*\* Doctor en Derecho, magister en Derecho Constitucional y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Departamento Académico de Derecho de la misma casa de estudios.

constitucional más importante del referido período, pues tuvo una relación directa con la coyuntura política peruana y fue objeto de una amplia cobertura en los medios de comunicación, dando lugar a una de las controversias jurídicas con mayor atención por parte de la población. En el presente artículo se analiza el desarrollo de dicho proceso, a fin de evaluar el grado de conocimiento que los operadores jurídicos, que intervinieron en el mismo, tuvieron respecto al proceso de acción popular y el enfoque de género, desde la perspectiva señalada en el párrafo anterior<sup>1</sup>. Sin embargo, es importante realizar una diferencia entre los fundamentos teóricos de ambas materias.

En el caso del proceso de acción popular, el fundamento de dicha institución tiene una perspectiva esencialmente jurídica, dado que se enmarca dentro de los mecanismos establecidos para garantizar la jerarquía normativa a través de los órganos jurisdiccionales del Estado, lo cual es objeto de análisis desde el denominado Derecho procesal constitucional.

Respecto al enfoque de género, nos encontramos ante un concepto que proviene de las Ciencias Sociales y que ha sido incorporado como una variable de análisis en el ámbito del Derecho. En torno a sus alcances se puede señalar que:

La noción de género surge en los años setenta para referirse a la distinción entre el sexo y los ordenamientos socioculturales construidos a partir de las diferencias corporales. Sobre la base de una serie de investigaciones y estudios que pretendían explicar la situación mayoritaria de subordinación y de desconocimiento de derechos que sufrían las mujeres, el concepto revoluciona en comparación con la forma como se venía tratando el tema hasta entonces (Mantilla Falcón, 2013, p. 132).

Si bien su empleo fue inicialmente más difundido para el análisis de los roles asignados en la sociedad a los hombres y las mujeres, a fin de identificar las desigualdades existentes y las respuestas que desde el Derecho se pueden dar para superarlas, el referido enfoque tiene, actualmente, una aplicación mucho más amplia, llegando a ser parte de los fundamentos de lo que ahora se denomina como identidad de género, en el marco de la protección de los derechos de las personas lesbianas, gay, trans, bisexuales e intersex (en adelante, LGTBI). Al respecto se ha señalado:

El reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género son primordiales para la dignidad y la humanidad de todo ser humano. Son conceptos que se están transformando constantemente a partir de la experiencia individual y de la forma en que cada persona asume su sexualidad frente a su desarrollo identitario; de igual forma, hacen parte de la autonomía personal que le permite al individuo decidir sin presiones externas sobre los planes de vida que considere propios, sin transgredir con ello los derechos de los demás (Pedraza Pinto, 2019, p. 141).

---

1 El autor participó en el proceso, que a continuación se analiza, como abogado del Poder Ejecutivo, en calidad de Procurador Público Especializado en Materia Constitucional.

Como se expondrá a continuación, en el proceso objeto de análisis, el enfoque de género fue presentado por la parte demandante en la línea de servir de sustento a la identidad de género, con lo cual discrepaba, mientras que la parte demandada empleaba el concepto en la perspectiva de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, con sustento en la normativa nacional e internacional sobre las obligaciones del Estado de eliminar, a través de la educación, los estereotipos que fomentan la discriminación contra las mujeres. Los magistrados que resolvieron la controversia identificaron el concepto que resultaba más afín a su posición en torno al caso.

## 2. Desarrollo del proceso

### 2.1 Aspectos generales del proceso de acción popular

El proceso de acción popular es un mecanismo de control de la constitucionalidad y legalidad de las normas que emiten las entidades estatales en ejercicio de su función administrativa<sup>2</sup>, las cuales reciben diferentes denominaciones (reglamentos, resoluciones, directivas, etc.). Este proceso está pensado como «una suerte de control que ejerce cualquier ciudadano sobre el poder reglamentario de la administración pública, y más en particular, contra el Poder Ejecutivo, en la medida que la administración, mediante su propia actividad, puede vulnerar las leyes y la Constitución» (García Belaunde, 1994, p. 261). En esta línea, el artículo 200.<sup>º</sup>, inciso 5 de la Constitución de 1993, señala que el proceso de acción popular procede contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general.

Para analizar la procedencia de una demanda de acción popular contra una disposición del Poder Ejecutivo no basta con identificar si ha sido emitida bajo una determinada forma, sino que se hace necesario analizar su contenido. Así, por ejemplo, en el proceso competencial sobre la disolución del Congreso de la República, ocurrida en setiembre de 2019, si bien la medida fue formalizada mediante el Decreto Supremo 165-2019-PCM<sup>3</sup>, su contenido implicaba un acto político del Poder Ejecutivo, por lo que para su impugnación no correspondía acudir al proceso de acción popular<sup>4</sup>.

---

2 Esta es una diferencia importante con el proceso de inconstitucionalidad, que se sigue en instancia única ante el Tribunal Constitucional, en donde solo se evalúa la compatibilidad de las normas con rango de ley con la Constitución o las leyes de desarrollo constitucional.

3 Publicado en la Edición Extraordinaria del Diario Oficial *El Peruano*, del 30 de setiembre de 2019.

4 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 6-2019-CC, de fecha 14 de enero de 2020. En el fundamento 221, el Tribunal señaló: «la disolución del Congreso de la República regulada en el artículo 134 [de la Constitución] ocurre, en estricto, mediante un acto, no mediante una norma, aun cuando es un requisito de validez que tal norma exista de forma inmediata posterior. Así, si bien la disolución fue plasmada en el Decreto Supremo 165-2019-PCM, el extremo referido a la disolución del Congreso de la República refleja un acto presidencial. De ahí que, justamente, la vía correspondiente para revisar la constitucionalidad de tal acto presidencial sea el conflicto competencial (y no la acción popular), conforme a lo dispuesto en los artículos 110 y 113 del Código Procesal Constitucional».

El proceso de acción popular es conocido en dos instancias a nivel del Poder Judicial<sup>5</sup>. Esta competencia ha sido establecida en el artículo 85.º del Código Procesal Constitucional. En este sentido, se trata de un proceso en donde no interviene el Tribunal Constitucional.

## 2.2 Perspectiva de análisis

La revisión y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y en mucho menor medida la del Poder Judicial, forma parte de la metodología de enseñanza en los cursos universitarios sobre derechos fundamentales. Sin embargo, corresponde pasar de la revisión y estudio de sentencias a la de los procesos constitucionales en su integridad, junto con la coyuntura alrededor de la emisión de la norma objeto de control en el caso de los procesos de control normativo, pues solo de esa manera se podrá comprender los alcances de la norma impugnada y las diversas posiciones en torno a su constitucionalidad, convencionalidad o legalidad, a fin de contar con un panorama completo de la controversia e identificar los aciertos, errores y omisiones en los que haya podido incurrir la instancia jurisdiccional competente para resolverla.

Tomando en cuenta esta premisa, el proceso sobre la inclusión del enfoque de género en el CNEB no puede ser analizado sin tomar en consideración la coyuntura política presente durante su desarrollo. En este sentido, si bien el CNEB fue aprobado en junio de 2016, es decir, durante los últimos días de la gestión gubernamental del presidente Ollanta Humala, la demanda se presentó en enero de 2017, durante los primeros meses de gestión del presidente Pedro Pablo Kuczynski. Como resultado de las elecciones generales de 2016, a partir del 28 de julio de ese año, el Poder Ejecutivo no tuvo mayor presencia política en el Congreso, en donde el partido político que obtuvo la mayoría parlamentaria (Fuerza Popular) contaba con el respaldo de grupos conservadores y religiosos, que se manifestaron de forma permanente en contra del empleo del término «género» en las normas y políticas públicas.

El proceso de acción popular se desarrolló también en una coyuntura en donde se difundió intensamente información equivocada sobre una inexistente política del Estado a favor de una supuesta «ideología de género». Esto se evidenció en las declaraciones de voceros de diversas organizaciones civiles, así como en las calles, en donde grupos de personas mostraban pancartas contra esta «ideología»<sup>6</sup>. El

5 Las demandas de acción popular contra normas administrativas del Poder Ejecutivo son conocidas, en primera instancia, por las salas superiores competentes de la Corte Superior de Justicia de Lima. En segunda instancia, por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente o la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.

6 Si bien la demanda fue presentada por seis personas naturales, tuvo el respaldo público de organizaciones que manifestaron su oposición a la enseñanza del enfoque de género por parte de las entidades educativas. Una campaña organizada con este objetivo llevó como nombre «Con mis hijos no te metas» y un colectivo que respaldó la demanda fue «Padres en Acción». En la tendencia opuesta, un colectivo denominado «Madres en Acción» se manifestó en contra de la demanda. Durante las audiencias públicas en el Poder Judicial, se podía apreciar a ambos grupos en las calles, expresando libremente su posición.

contenido de la demanda presentada contra el CNEB concordaba con esta posición. A través de los medios de comunicación, autoridades y entidades del Gobierno, incluyendo el Sector Educación, desmintieron que a través del CNEB se promoviera una determinada «ideología».

El proceso objeto de análisis fue también objeto de una amplia cobertura por parte de los medios de comunicación, desde la interposición de la demanda, la contestación por parte del Poder Ejecutivo<sup>7</sup>, y durante todas las etapas procesales hasta su conclusión en la Corte Suprema<sup>8</sup>. Incluso fue parte de un documental<sup>9</sup>.

## 2.3 Etapas procesales

### 2.3.1 Interposición de la demanda

El tema de la legitimidad para presentar una demanda que permita iniciar un proceso de control abstracto de normas tiene una especial importancia. Al establecerse los sujetos facultados para ello, se está determinando, al mismo tiempo, el grado de protección de la jerarquía de las normas. En el proceso de inconstitucionalidad existe una lista taxativa de autoridades e instituciones que pueden interponer la demanda respectiva y, en el caso de los ciudadanos, se exige que se cuente con el respaldo de cinco mil firmas (artículo 203.<sup>o</sup> de la Constitución). A pesar de esta alta valla, es posible identificar un papel activo de la ciudadanía en el ámbito de los procesos de inconstitucionalidad. En el caso del proceso de acción popular, al igual que ocurrió con la Constitución de 1979, la de 1993 contempla una legitimidad abierta, es decir, cualquier persona tiene potestad para presentar la demanda respectiva.

---

7 La contestación de la demanda fue objeto de un singular post del portal *Útero.pe*, de fecha 22 de febrero de 2017, bajo el título «Mira la épica troleada del Estado a los que quieren quitar la palabra "género" del currículo escolar».

8 La sentencia final de la Corte Suprema fue el titular, en las ediciones del 4 de julio de 2019, de diversos diarios de alcance nacional. El diario *El Comercio* colocó en primera plana: «Enfoque de género se mantendrá en el currículo escolar». En similar línea, el diario *La República* tuvo como titular: «El enfoque de género seguirá en currículo escolar». Por su parte, el diario *La Razón* colocó en primera plana: «Educación sexual en colegios. Progenitores consideran que decisión polémica induce al homosexualismo a niños y niñas». En el caso del diario *Expreso*, la noticia fue presentada en sus páginas interiores bajo el titular «Mantendrán ideología de género en textos escolares».

9 Véase al respecto. el documental «Género bajo ataque», disponible en el siguiente enlace: <http://www.generoeldocumental.com/> (fecha de consulta: 30 de agosto de 2020). En esta página web se señala: «América Latina está siendo amenazada por activistas y organizaciones contrarios al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, que actúan para limitar y reducir cualquier avance en el campo de la libertad de decidir, cumpliendo con una agenda política que debilite las libertades, así como el ejercicio de una sexualidad sana, placentera y responsable. "Género bajo ataque" explora este complot en marcha en países como Perú, Colombia, Costa Rica y Brasil. Cuatro países donde la coyuntura política, los procesos electorales, los cambios en los contenidos educativos y hasta el referéndum por la paz han sido los escenarios para que estos movimientos conservadores impongan consignas de odio, de discriminación, con argumentos falaces, carentes de toda evidencia y sembrando miedo y desconfianza». En la sección del documental referida al caso peruano (desde el minuto 22:20 hasta el 35:22), se da cuenta del proceso de acción popular contra la inclusión del enfoque de género en el CNEB.

Respecto al proceso que se analiza en este artículo, a inicios del mes de enero de 2017<sup>10</sup>, seis personas presentaron una demanda de acción popular contra la Resolución Ministerial N.º 281-2016-MINEDU<sup>11</sup>, que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica<sup>12</sup>. De acuerdo con la información pública difundida por el Ministerio de Educación<sup>13</sup>, el CNEB «es el documento marco de la política educativa de la educación básica que contiene los aprendizajes que se espera que los estudiantes logren durante su formación básica, en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, los objetivos de la educación básica y el Proyecto Educativo Nacional». En este sentido, constituye una herramienta necesaria para el desarrollo de la política pública en el Perú sobre educación (Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, 2017, 13).

A diferencia del proceso de inconstitucionalidad, en el proceso de acción popular el control de una norma se puede realizar por considerarse inconstitucional o ilegal. En el caso objeto de análisis, la parte demandante cuestionó la resolución ministerial y el CNEB por contravenir la Constitución, tratados sobre derechos humanos y determinadas leyes. En primera instancia se descartó su inconstitucionalidad, pero se decretó su ilegalidad, siendo este último aspecto finalmente revocado en segunda instancia.

### *2.3.2 Órgano jurisdiccional competente y admisibilidad de la demanda*

El proceso fue seguido y resuelto en primera instancia por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que admitió a trámite la demanda rápidamente, en solo una semana<sup>14</sup>.

### *2.3.3 Contestación de la demanda*

Dado que la demanda se interpuso contra una resolución ministerial emitida por el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación, fue remitida a la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional (en adelante, la Procuraduría) para que proceda a contestar la demanda dentro del plazo legal de diez días establecido en el artículo 91.º del Código Procesal Constitucional<sup>15</sup>. Con la contestación, el proceso quedó listo para la convocatoria a audiencia pública.

10 En el sistema de Consulta de Expedientes Judiciales del Poder Judicial se señala como «Fecha de inicio» el 6 de enero de 2017. A la demanda se le asignó, en primera instancia, el número de expediente 11-2017-0-1801-SP-CI-01.

11 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 3 de junio de 2016. Esta resolución fue expedida durante la gestión de Jaime Saavedra como Ministro de Educación. Todos los ministros que con posterioridad ocuparon este cargo tuvieron una posición de defensa del CNEB.

12 El texto completo del CNEB, en calidad de anexo, forma parte integrante de la resolución ministerial, conforme lo señala el artículo 1.º de esta última.

13 Véase al respecto su portal institucional sobre la materia: [www.minedu.gob.pe/curriculo](http://www.minedu.gob.pe/curriculo)

14 La demanda fue admitida a trámite mediante Resolución N.º 1, de fecha 16 de enero de 2017.

15 La Procuraduría fue notificada de la demanda el 2 de febrero de 2017. La contestación fue presentada el 16 de febrero de 2017.

### **2.3.4 Modificación del CNEB respecto a la expresión «identidad de género»**

En el texto original del CNEB, al definirse el Enfoque de Igualdad de Género, se hacía referencia a la expresión «identidad de género», que servía de sustento a los principales cuestionamientos de la parte demandante. En este sentido, el CNEB señalaba (página 16)<sup>16</sup>:

ENFOQUE DE IGUALDAD DE GÉNERO. Todas las personas, independientemente de su identidad de género, tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente [...].

Durante el desarrollo del proceso, en concreto, entre la contestación de la demanda y la audiencia pública, el CNEB fue modificado en algunas de sus secciones mediante la Resolución Ministerial N.º 159-2017-MINEDU<sup>17</sup>, a fin de precisar el contenido de diversos conceptos, entre ellos el Enfoque de Igualdad de Género y su relación con la igualdad de roles y oportunidades entre el hombre y la mujer. De modo particular, corresponde indicar que la expresión «identidad de género» fue eliminada de la parte inicial de la explicación sobre el mencionado enfoque, que quedó redactada de la siguiente manera:

ENFOQUE DE IGUALDAD DE GÉNERO. Todas las personas tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente [...].

A pesar de esta modificación, algunos magistrados que resolvieron el caso se centraron en el análisis del término «identidad de género» contenido en el texto original del CNEB.

### **2.3.5 Audiencia pública en primera instancia**

Las audiencias públicas constituyen una manifestación del principio de inmediatez. Se trata de la oportunidad que tienen los magistrados de conocer de manera directa y en forma oral la posición de las partes. Es el espacio propicio para que puedan formular las dudas o inquietudes que puedan tener con relación a la controversia, así como solicitar la información necesaria para la mejor resolución del caso. En procesos de especial relevancia o interés público, se espera una participación activa de los magistrados.

En el caso objeto de análisis, la audiencia pública a nivel de primera instancia se realizó el 19 de mayo de 2017<sup>18</sup>. A pesar de la relevancia del caso, solo uno de

16 El texto original del CNEB se encuentra disponible en: <https://www.ugel04.gob.pe/servicios/documentos-oficiales/minedu/2855-resolucion-ministerial-n-281-2016-minedu/file>. Fecha de consulta: 30 de agosto de 2020.

17 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 9 de marzo de 2017.

18 La audiencia fue grabada por el canal del Poder Judicial (Justicia TV) y se encuentra disponible a través del siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=BM0ooeYjvG8> (fecha de consulta: 30 de agosto de 2020). Llama la atención la leyenda que se colocó al vídeo: «Vista de causa de acción popular contra el Ministerio de Educación por ideología de género». En la audiencia intervinieron los representantes de ambas partes, así como el de una asociación llamada «Antonin Scalia», que fue incluida en el proceso en calidad de *amicus curiae*.

los tres magistrados (la presidenta de la Sala) formuló preguntas. El magistrado ponente, no.

Con posterioridad al desarrollo de la audiencia, la defensa del Poder Ejecutivo realizó las siguientes observaciones sobre la conducta de la Presidencia de la Sala<sup>19</sup>:

- i) Permitió y facilitó que el representante de la Asociación Antonín Scalia expusiera argumentos que concordaban con la posición de la parte demandante, a pesar de que su intervención era como *amicus curiae*.
- ii) No concedió a la parte demandada, es decir, a la Procuraduría, una segunda oportunidad de intervención, efectuando un trato diferente respecto a la parte demandante, cuyos argumentos fueron —además— complementados por la Asociación a la que se concedió el uso de la palabra.
- iii) Formuló preguntas no relacionadas con el objeto de la controversia y carentes de alcance jurídico, a diferencia de las preguntas formuladas a la parte demandante.
- iv) Opinó en sentido negativo respecto a la respuesta dada por la Procuraduría respecto a si las guías para docentes parecían «normales».

Las audiencias públicas, en general, permiten comprender mejor la posición de la parte demandante y la parte demandada, así como identificar las materias que son de interés de los magistrados para resolver la controversia y que probablemente se reflejen en la sentencia. En el caso concreto, la casi nula participación de los magistrados de primera instancia en la audiencia, así como la conducta de la presidenta de la Sala, hacía presagiar una sentencia de dudosa calidad.

### 2.3.6 Sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia declaró fundada en parte la demanda<sup>20</sup>. En su parte resolutive solo consideró como ilegales las siguientes líneas del CNEB, contenidas en la página 23 de este documento:

Si bien aquello que consideramos «femenino» o «masculino» se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones.

Para la Sala Civil, la inclusión de este texto era contraria a los artículos 7.<sup>o</sup><sup>21</sup> y 22.<sup>o</sup><sup>22</sup> de la Ley General de Educación, referidos al Proyecto Educativo Nacional

19 Escrito de pedido de solicitud de abstención, de fecha 23 de mayo de 2017, página 6.

20 Esta sentencia fue suscrita por los magistrados Valcárcel Saldaña (presidenta de la Primera Sala Civil), La Rosa Guillén y Paredes Flores (ponente). El fallo lleva por fecha 13 de julio de 2017, y fue notificado a la Procuraduría el 4 de setiembre de 2017.

21 El artículo 7.<sup>o</sup> de la Ley General de Educación señala: «El Proyecto Educativo Nacional es el conjunto de políticas que dan el marco estratégico a las decisiones que conducen al desarrollo de la educación. Se construye y desarrolla en el actuar conjunto del Estado y de la sociedad, a través del diálogo nacional, del consenso y de la concertación política, a efectos de garantizar su vigencia. Su formulación responde a la diversidad del país».

22 En el considerando Décimo Quinto de la sentencia, la Sala cita únicamente el siguiente extracto del artículo 22.<sup>o</sup>: «La sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad y equidad de la

y a la función de la sociedad respecto a la calidad y equidad de la educación, respectivamente.

De los treinta fundamentos que conforman la Parte Considerativa de la sentencia, el razonamiento empleado por la Sala Civil para declarar fundada en parte la demanda se reduce a solo tres (equivalente al 10% del total), cuales son el Décimo Cuarto, el Décimo Quinto y el Décimo Séptimo. En el primero se indica que «el CNEB y el dispositivo que lo aprueba, forman parte de la implementación de una política pública en educación»; en el segundo se citan las dos normas que la Sala considera afectadas (artículos 7.º y 22.º de la Ley General de Educación), y en el tercero se indica que existe una nueva visión de la sexualidad que «debió ser formulado o elaborado con la participación de la Sociedad y los Padres de Familia».

Asimismo, en la parte resolutive, la Sala exhortó al Ministerio de Educación para que «promueva y/o implemente un mecanismo, específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la Sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación».

En este sentido, la Sala determinó que dos líneas contenidas en la definición del CNEB sobre el Enfoque de Igualdad de Género resultaban ilegales por una omisión de forma o de procedimiento en su elaboración, por no haberse hecho participar a la sociedad y los padres de familia en la decisión del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación, de incluir dicha definición en el CNEB.

El órgano de primera instancia precisó que su pronunciamiento no versaba sobre la constitucionalidad o legalidad del Enfoque de Género. En el fundamento Décimo Séptimo de la sentencia señaló que sobre este enfoque «no realiza control de constitucionalidad o legalidad en este proceso, por no corresponder a la controversia fijada».

De esta manera, se desestimaron en gran medida los argumentos de la parte demandante, cuyo objetivo era eliminar el Enfoque de Género del CNEB. A pesar de ello, su representante manifestó que la ilegalidad decretada por la Sala, respecto a dos líneas del CNEB, tenía una implicancia mucho mayor<sup>23</sup>:

Por tanto, ante esta resolución [de la Sala Civil] solo caben dos interpretaciones: 1. Se ha derogado todo el enfoque de género (todo es todo: objetivos y competencias, evaluaciones, etc., relacionadas con este enfoque), y por tanto quedan vigentes los otros seis enfoques con sus competencias. 2. Que el enfoque de género solo queda anulado en cuanto la definición contenida en la frase esencial

---

educación. Ejerce plenamente este derecho y se convierte en sociedad educadora al desarrollar la cultura y los valores democráticos.

A la sociedad, le corresponde:

a) Participar en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local [...].».

23 Artículo del abogado Justo Balmaceda, representante legal de la parte demandante en algunas etapas del proceso, que lleva por título «El género no se construye», de fecha 5 de setiembre de 2017, publicado en el portal web *El Montonero*. Véase al respecto: <http://elmontonero.pe/columnas/el-genero-no-se-construye> (fecha de consulta: 25 de agosto de 2020).

ya citada (ver pág. 16 CEBN17). Muchos minimizan esto indicando que solo se refiere a la frase, pero esta frase es más que eso, ahí se contiene el concepto cuestionado, por tanto se elimina un concepto. Se elimina la conceptualización del género como algo que se construye (día a día o año a año), se elimina la idea de que aunque la biología diga que somos XX, uno psicológicamente (culturalmente) se siente XY, o al revés; y que esto vale tanto —o más— que lo biológico. [...] 4. Por tanto, todo lo que en el [CNEB] se considere como relacionado al enfoque de género, como la competencia «construir la identidad de género» o simplemente, «construir el género», o cada vez que se utilice la palabra género, no puede significar que el género-sexo se construye (competencia 1, pág. 22 y 30 CEBN17); ni cualquier otro objetivo relacionado a que el género que se construye, porque esto ha quedado anulado.

Respecto a los efectos de una sentencia de primera instancia que declara fundada una demanda de acción popular, el Código Procesal Constitucional no señala que tenga efectos inmediatos y que se suspendan los efectos de la norma impugnada, pero sí establece la posibilidad de solicitar una medida cautelar para alcanzar ese objetivo.

### *2.3.7 Apelaciones contra el fallo de primera instancia*

Ambas partes presentaron un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el expediente respectivo fue remitido a la Corte Suprema. La parte demandante, en su apelación, insistió en que todo el CNEB debía ser declarado inconstitucional e ilegal, al no haber sido consultado a los padres de familia. En el caso del Poder Ejecutivo, la apelación se centró en acreditar que las dos normas legales empleadas por la Sala Superior, como parámetro de control del CNEB, no reconocían un derecho de los padres de familia a ser consultados sobre el contenido de este instrumento pedagógico.

### *2.3.8 Medida cautelar*

El Código Procesal Constitucional faculta el otorgamiento de medidas cautelares en los procesos de acción popular. En su artículo 94.º señala: «Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada violatoria por el referido pronunciamiento».

Dado que el fallo de primera instancia declaró fundada en parte la demanda, la parte demandante presentó un pedido de medida cautelar bastante amplio, con el siguiente alcance<sup>24</sup>:

1. Suspender cualquier acto, informe, acuerdo, pago o procedimiento administrativo o de cualquier naturaleza destinado a contratar, imprimir, reproducir cualquier material educativo que contenga el concepto anulado en la sentencia

24 Resolución N.º 01, de fecha 7 de noviembre de 2017, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el marco del pedido de medida cautelar relacionado con el proceso de acción popular contra el CNEB.

de primera instancia y que es utilizado en cualquier ámbito educativo nacional, de manera que se impida gastar el presupuesto estatal en un material educativo con contenido inconstitucional e irrespetuoso de los derechos de los padres de familia;

2. Suspender inmediatamente cualquier clase, docencia, acto de transmisión de conocimientos, o de cualquier naturaleza similar, que realizado por cualquier profesor, personal administrativo, o directivo, de cada uno de los colegios de todo el Perú, en los que tenga como contenido el concepto anulado en la sentencia de primera instancia y que pueda ser utilizado en cualquier ámbito educativo nacional, de manera que se impida la transmisión de este concepto en respeto absoluto al derecho de los padres de familia a dirigir el proceso educativo de sus hijos, y

3. Suspender inmediatamente cualquier capacitación o formación del personal docente, administrativo o directivo, de cada uno de los colegios de todo el Perú, en los que tenga que aplicarse el Currículo Nacional del 2017, y que tenga como contenido el concepto anulado en la sentencia de primera instancia y que pueda ser utilizado en cualquier ámbito educativo nacional, ya sea en lo que quede del año escolar 2017 y para el año escolar 2018.

Con relación al trámite que la Sala Civil otorgó al pedido cautelar, la defensa del Poder Ejecutivo observó las siguientes conductas del órgano jurisdiccional, que a su consideración evidenciaban un trato parcializado. En este sentido, la Procuraduría señaló<sup>25</sup>:

[E]n la tramitación del pedido de medida cautelar, la Sala ha mostrado una conducta procesal parcializada a favor de la parte demandante, en tanto:

1. Pese a haber identificado omisiones de fondo en cuanto al sustento del pedido cautelar, no lo rechazó, sino que lo declaró inadmisibles, haciendo de conocimiento de la parte solicitante tales omisiones de argumentación y dándole un plazo para que las subsane.

2. No invocó alguna norma legal, principio procesal o jurisprudencia que le permita declarar inadmisibles un pedido de medida cautelar, en lugar de pronunciarse a favor o en contra del mismo, es decir, de aceptarlo o rechazarlo.

3. A pesar de que advirtió que rechazaría el pedido cautelar si no se subsanaba la omisión sobre la precisión de los alcances de la medida solicitada, en la Resolución N.º 03 no da cuenta de que la parte demandante presentó un escrito de fecha 20 de diciembre de 2017, en el cual no subsanó lo solicitado. Asimismo, tampoco explica por qué, a pesar de ello, no aplicó el apercibimiento de rechazar el pedido cautelar.

4. Al pronunciarse sobre el pedido cautelar, consideró que si bien lo solicitado por la parte demandante no se ajustaba a lo previsto en el Código Procesal Constitucional, no correspondía rechazarlo sino pronunciarse sobre el mismo.

5. La medida cautelar dictada [por la Sala] no se basa en lo solicitado por la parte demandante sino en lo que la Sala consideró, por iniciativa propia, que debía ser la medida cautelar a ser dictada, invocando el artículo 94.º del Código Procesal Constitucional.

25 Recurso de oposición de fecha 23 de marzo de 2018, página 4.

Mediante la Resolución N.º 3, de fecha 15 de enero de 2018 y notificada al Poder Ejecutivo el 16 de marzo de 2018, la Sala resolvió adecuar las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante y, en consecuencia, ordenó suspender la eficacia de la Resolución Ministerial N.º 281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que consigna: «Si bien que aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones». Al respecto, el Ministerio de Educación informó a la Sala que, en cumplimiento de la medida cautelar, dispuso lo siguiente<sup>26</sup>:

[...] suspender la eficacia de la RM N.º 281-2016-MINEDU, en el extremo señalado por su Órgano Colegiado. Con tal fin se ha dispuesto lo siguiente:

1. Que el Viceministro de Gestión Pedagógica comunique a las áreas correspondientes, lo resuelto para su cumplimiento.
2. Mediante comunicado de fecha 20 de marzo de 2018, publicado en la Página web del MINEDU se puso en conocimiento de la comunidad educativa y sociedad en general, el cumplimiento de la medida cautelar.

Contra lo decidido por la primera instancia en materia cautelar, el Poder Ejecutivo presentó el correspondiente recurso de oposición. Al ser denegado, presentó un recurso de apelación, por lo que el incidente cautelar fue elevado a Corte Suprema. Dado que la sentencia final del caso en esta instancia revocó el fallo de primera instancia y fue emitida antes de resolverse la apelación de la medida cautelar, esta dejó de tener efectos.

### *2.3.9 Proceso en segunda instancia*

Como consecuencia de las apelaciones presentadas por ambas partes, el proceso siguió su curso en la Corte Suprema como segunda instancia, asumiendo competencia la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, integrada por cinco magistrados<sup>27</sup>. Luego de las respectivas absoluciones de apelación, se convocó a audiencia pública, la cual se desarrolló el 6 de marzo de 2018<sup>28</sup>.

En la Corte Suprema, para que se emita un pronunciamiento definitivo sobre el fondo se requiere el voto en el mismo sentido de al menos cuatro de los cinco magistrados que conforman las salas<sup>29</sup>. En el presente caso, dos votaron por confirmar la sentencia de primera instancia que declaró fundada en parte la demanda<sup>30</sup>, mientras que tres votaron a favor de revocarla y declararla infundada<sup>31</sup>. Sin

26 Oficio N.º 1559-2018-MINEDU/SG, de fecha 21 de marzo de 2019, dirigido a la Presidencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

27 En esta instancia se le asignó el número de expediente 23822-2017.

28 A diferencia de la audiencia en primera instancia, la realizada ante la Corte Suprema no fue registrada en video por el canal del Poder Judicial,

29 La primera parte del artículo 141 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala: «En las Salas de la Corte Suprema, cuatro votos conformes hacen resolución».

30 Se trató de los magistrados Walde Jáuregui (juez supremo titular) y Sánchez Melgarejo (juez supremo provisional).

31 Se trató de los magistrados Wong Abad, Bustamante Zegarra y Rueda Fernández, todos ellos

embargo, en el caso de estos tres votos hubo una diferencia en el sentido del fallo, por cuanto una magistrada, además de optar por declarar infundada la demanda, decidió que correspondía dictar una sentencia interpretativa con relación a cómo debe ser entendido el enfoque de género<sup>32</sup>.

Dado que no se alcanzaron los cuatro votos en igual sentido para que se emita un pronunciamiento sobre el fondo, se produjo lo que se conoce como una discordia, siendo necesario llamar a otros magistrados para que se pronuncien sobre el caso, a fin de que se adhieran a alguna de las posiciones asumidas por los otros magistrados o establezcan una diferente. En el presente caso se convocó a tres jueces para dirimir la controversia, lo que dio lugar a un mismo número de audiencias<sup>33</sup>, en las cuales no se formularon preguntas a las partes.

El primer magistrado dirimente<sup>34</sup> también se pronunció a favor de declarar infundada la demanda. Sin embargo, condicionó su decisión a que el enfoque de género previsto en el CNEB sea interpretado en el sentido que no incluye la identidad de género.

Con este pronunciamiento, existían cuatro votos para declarar infundada la demanda, pero dado que en dos de ellos se plantearon sentencias interpretativas, no se alcanzaban los cuatro votos en el mismo sentido exigidos por la ley para que exista un fallo definitivo.

El segundo magistrado dirimente<sup>35</sup> decidió adherirse a los dos votos que se pronunciaron a favor de declarar infundada la demanda, sin emitir sentencia interpretativa. Con ello se alcanzaban tres votos en un mismo sentido.

Finalmente, el tercer magistrado dirimente<sup>36</sup> se adhirió a los votos de los tres magistrados que decidieron revocar la sentencia de primera instancia y declarar infundada la demanda, sin emitir sentencia interpretativa, con lo cual se pudo completar el número de votos exigido por la ley para que pueda existir un fallo final<sup>37</sup>.

### 2.3.10 Recurso de nulidad

Contra la decisión de la Corte Suprema, la parte demandante presentó un recurso de nulidad, el cual fue declarado improcedente. Sin embargo, a efectos del presente trabajo interesa dar cuenta del argumento empleado para sustentar el recurso, que se centró en cuestionar la parcialidad del magistrado ponente. En este sentido, conforme aparece en el primer considerando de la resolución que denegó la nulidad, la parte demandante afirmó:

---

jueces supremos provisionales. El primero fue el magistrado ponente.

32 Se trató de la magistrada Rueda Fernández.

33 Realizadas el 20 de agosto de 2018, 24 de octubre de 2018 y 8 de marzo de 2019. La primera fue grabada por el canal del Poder Judicial (Justicia TV) y se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=00xph0eanBg> (fecha de consulta: 30 de agosto de 2020).

34 Se convocó al magistrado Cartolín Pastor (juez supremo provisional).

35 Se convocó a la magistrada Martínez Maraví (jueza suprema provisional).

36 Se convocó al magistrado Toledo Toribio (juez supremo provisional).

37 Los votos de los ocho magistrados de la Corte Suprema fueron publicados en la separata «Procesos constitucionales» del Diario Oficial *El Peruano*, el 12 de abril de 2019. Se trató de una publicación extensa, de 56 páginas.

[...] que el señor Juez Supremo Julio Martín Wong Abad ha participado en la formación de la mencionada resolución definitiva, conformando uno de los dos primeros votos, no debiendo hacerlo al encontrarse manifiestamente parcializado por pertenecer y participar de una asociación denominada Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia – JUSDEM, la cual es abiertamente suscriptora precisamente del cuestionado enfoque de género, en su versión ideologizada, es decir, aquella que vulnera el sistema jurídico vigente (porque propicia el aborto, la diferencia de trato entre mujer y varón en los procesos judiciales, la construcción social de la sexualidad independientemente de la biología, etc.).

Como se aprecia, hasta el final del proceso la parte demandante siguió insistiendo en que detrás del Enfoque de Género existía una «ideología».

### 3. Objeto de control en el proceso

#### 3.1 Aspectos generales sobre la finalidad del control en el proceso de acción popular

El proceso de acción popular tiene por objetivo realizar un control sobre la constitucionalidad y legalidad de las normas que emite la Administración Pública en el marco de su función administrativa, tanto por razones de forma (relacionadas con el procedimiento de emisión de la norma) como de fondo (la incompatibilidad entre la norma impugnada y la Constitución y/o la ley). En este sentido, no es un proceso de control de actos administrativos o de decisiones de índole particular. Se trata de una vía procesal que presenta características similares al proceso de inconstitucionalidad, en tanto busca «asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, pero, examinando las normas inferiores a la ley» (Landa Arroyo, 2004, p. 148). Asimismo, «para su procedencia no es necesario que haya mediado previamente algún acto de aplicación, ni siquiera una amenaza cierta inminente que ello suceda» (Morón Urbina, 2013, p. 34).

La variedad de normas infralegales que emite la Administración Pública da lugar a que los procesos de acción popular se dirijan contra normas de diferente rango y denominación.

A modo de ejemplo se puede citar un proceso en el que se demandó el contenido de un manual de procedimientos. Nos referimos a la demanda presentada contra una Resolución Directoral expedida por la Dirección de Tratamiento Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) —Resolución Directoral N.º 022-2008-INPE/12, del 12 de agosto del 2008— por medio de la cual se aprobó el «Manual de Procedimientos para la concesión de la visita familiar entre los internos de los establecimientos penitenciarios», cuyo objetivo, según su sección 1, consistía en: «Establecer procedimientos para la concesión de visita entre internos con vínculo familiar de los establecimientos penitenciarios, para mantener y reforzar las relaciones afectivas del binomio interno-familia». Entre otros aspectos, la parte demandante cuestionaba una disposición del Manual que condicionaba la visita familiar a la disponibilidad presupuestaria para el traslado de los re-

clusos. En primera instancia, la demanda fue declarada fundada<sup>38</sup> y el fallo fue aprobado en consulta por la Corte Suprema<sup>39</sup>.

Las directivas de las entidades públicas también son objeto de cuestionamiento a través de la acción popular. Se puede citar al respecto la demanda interpuesta contra los numerales 7.1.3, 7.1.4 y 7.1.5 de la Directiva N.º 03-2012T/MC, que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios, aprobada por Resolución Ministerial N.º 202-2012-MC, expedida por el Ministerio de Cultura<sup>40</sup>.

### 3.2 Objeto de control en el proceso materia de análisis

En el proceso materia de análisis, la demanda de control normativo se sustentaba en dos aspectos. En primer lugar, que el Poder Ejecutivo había omitido consultar, a los padres de familia y a las entidades privadas que brindan servicios educativos, el contenido del CNEB y, en particular, la inclusión en el mismo del término «género», con lo cual se estaba ante un cuestionamiento procedimental o de forma. En segundo lugar, la parte demandante cuestionaba la inclusión de dicho término en el CNEB, en atención al alcance que a su consideración podía tener y que implicaba una «nueva visión de la sexualidad humana». Como parámetro de control se alegaba la violación de normas constitucionales<sup>41</sup>, tratados<sup>42</sup> y leyes<sup>43</sup>.

Durante el proceso, el Poder Ejecutivo señaló que no existía un mandato constitucional, convencional o legal que estableciera una obligación de consultar a los padres de familia y a las entidades privadas que brindan servicios educativos el contenido del CNEB. Asimismo, señaló que resultaba improcedente una demanda de acción popular contra el texto de este documento, por cuanto no podía ser considerado una norma administrativa de alcance general, dado que es un instrumento que contiene la política nacional de educación sobre la educación bási-

38 Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente 1324-2008), suscrita por los magistrados Romero Díaz, Bustamante Oyague y Torres Ventocilla.

39 La resolución de la Corte Suprema (identificada como Consulta N.º 241-2010) lleva por fecha 10 de agosto del 2010 y fue suscrita por los magistrados Távora Córdova, Acevedo Mejía, Yrivarren Fallaque, Mac Rae Thays y Araujo Sánchez.

40 Expediente 36-2013 (Cuarta Sala Civil).

41 Respecto a las normas constitucionales, se invocó la violación de los artículos 2, numeral 4 (sobre la libertad de opinión, expresión y otras libertades informativas), 6 (sobre la paternidad y maternidad responsables, y el deber de los padres de educar a sus hijos), 13 (el cual reitera el deber de los padres de educar a sus hijos y su derecho a participar en el proceso educativo) y 59 (sobre el rol económico del Estado y las libertades económicas).

42 Respecto a las normas internacionales, se invocó la violación del artículo 12, numeral 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce la libertad de conciencia y religión, e indica que los padres «tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Asimismo, se invocó la vulneración del numeral 3 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la educación y la potestad preferente de los padres de elegir la educación que recibirán sus hijos.

43 Respecto a las leyes, se invocó la violación de los artículos 7, 22, 24 y 68 de la Ley General de Educación, el artículo 423, numeral 2, del Código Civil y el artículo 47, literal c, del Código de Niños y Adolescentes.

ca (Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, 2017, pp. 17 y 18)<sup>44</sup>. Enfatizó de forma reiterada que «en el proceso de acción popular se cuestionan normas jurídicas y no instrumentos o documentos de gestión de políticas públicas» (Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, 2017, p. 18). Así lo planteó, por ejemplo, en su escrito de contestación, con los siguientes términos:

65. Dado que la demanda ha sido presentada contra la inclusión del término «género» en el CNEB, [...] este documento no puede ser considerado como una norma de alcance general, cuyo contenido —parcial o total— pueda de ser cuestionado a través del proceso de acción popular, dado que estos procesos se inician contra decretos supremos o resoluciones de alcance general que establecen cómo debe llevarse a cabo la función administrativa del Estado, en aspectos relacionados con los ciudadanos en su calidad de administrados. En este sentido, el CNEB es un documento de gestión para la implementación de la política pública en materia educativa, que por lo demás contiene una redacción completamente ajena a la de una norma en materia administrativa (que por lo general contiene un supuesto de hecho más una consecuencia).

El pedido del Poder Ejecutivo para que se declare la improcedencia de la demanda fue desestimado en primera instancia, alegando la Sala Civil que conoció el caso una relación entre el CNEB y la resolución ministerial que lo aprobó. En este sentido, dado que el primero era un anexo del segundo, constituía parte integrante de una norma de alcance general, por lo que podía ser objeto de control de constitucionalidad o legalidad (Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia). La Sala remarcó, asimismo, que el control «no es solamente por el contenido sino también la forma como fueron aprobados o expedidos aquellos, es decir, porque se habría producido un quebrantamiento del procedimiento previsto para dicho efecto» (Fundamento Jurídico Quinto). De esta manera, se justificaba el control sobre el texto del CNEB por su relación con la resolución ministerial que lo aprobó, que fue considerada como una norma administrativa de alcance general, y por cuanto se identificó que el cuestionamiento se realizaba sobre el procedimiento de elaboración del CNEB y la alegada omisión de consulta.

Estos extremos de la decisión de la primera instancia fueron apelados por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, en los pronunciamientos de los magistrados de la Corte Suprema se confirmó que el texto del CNEB podía ser objeto de control a través del proceso de acción popular, desestimándose los argumentos que sustentaban la improcedencia de la demanda.

---

44 El CNEB es un documento de 197 páginas, que contiene ocho secciones, un glosario y la bibliografía consultada.

## 4. La controversia en torno al enfoque de género

### 4.1 Posición de la parte demandante

La parte demandante estableció desde el inicio del proceso una posición contraria al empleo del término «género» en las normas y políticas estatales, expresando su preocupación por la extensión de los alcances que el mismo podía tener. En el siguiente extracto de su demanda (página 10) señaló lo siguiente:

La palabra «género», en el contexto de las manifestaciones sexuales, solo es utilizada por quienes de alguna manera defienden la **distinción no de sexos sino de géneros**, entre los seres humanos, por tanto que existen varias formas de manifestación de la sexualidad humana. Está claro que en varios organismos del Estado, desde el gobierno pasado, existen personas, servidores públicos, que han ido introduciendo esta nueva visión, hasta lograr configurar un nuevo «enfoque de género» que guíe los estudios o cualquier plan o estrategia del Estado (todo el «Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables» del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, está imbuido de esta forma de pensamiento).

Una vez instalada la palabra «género» en nuestro sistema jurídico, solo basta un cambio de contenido y podrá significar algo más que varón y mujer. Y todas las normas aspiran a esto, según los que comparten esta visión de la sexualidad (negritas en texto original).

Para la parte demandante, la inclusión del término género en el CNEB tenía por objeto «ideologizar» en torno a la sexualidad. En la página 10 de la demanda, por ejemplo, señaló que a través del nuevo currículo se busca «adoctrinar o ideologizar, sobre la existencia de “otros sexos” u otras manifestaciones (“expresiones”) de género en los niños peruanos”; mientras que en la página 21 afirmaba que la «educación sexual, mucho menos ideologizada, no corresponde al Estado sino a las familias y a la sociedad en general».

En consecuencia, la discrepancia con el uso del término «género» en el CNEB era en realidad una discrepancia con la posibilidad de que pueda ser empleado en el ámbito educativo para dar a conocer lo que la parte demandante calificaba como «nuevas formas de sexualidad», distintas a las de hombres y mujeres, y que se relacionan con las personas LGTBI. Por ello, la posición en contra del término «género» era, en la práctica, una posición en contra de los derechos de estas personas. Para la parte demandante:

[El CNEB] contiene, en diversas partes, una frase que hace referencia a una comprensión de la sexualidad que distingue géneros sexuales más allá del masculino y femenino: «identidad de género». Por tanto, se entiende que el currículo además de formar en «equidad de género» (disminución de brechas entre varones y mujeres, producto de una visión machista de los roles sociales), formará en «identidad de género»: nueva visión de la sexualidad de las personas humanas. En resumen, se refiere a que el sexo no está relacionado directa y únicamente con lo biológico, sino sobre todo con lo psicológico, con cómo se sienta la perso-

na sobre su sexualidad, siendo que además plantea que no existen dos manifestaciones sexuales sino muchos [sic] más.

Esta manifestación de discrepancia con el término género y contra las personas LGTBI buscó ser presentada bajo el argumento jurídico de la falta de consulta a los padres de familia sobre la educación en torno a una «nueva visión de la sexualidad humana», a fin de cuestionar la constitucionalidad y legalidad del CNEB.

#### 4.2 Posición de la parte demandada

En defensa del CNEB, el Poder Ejecutivo puso bastante énfasis en el sustento constitucional y convencional de la inclusión del enfoque de género en la política educativa, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres<sup>45</sup>. En este sentido señaló:

83. [...] el enfoque de género planteado en el CNEB es consecuencia de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano al ratificar las dos convenciones (universal e interamericana) en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, dado que es en el ámbito educativo en donde resulta esencial llevar acciones para cambiar los patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres que originan una situación de desigualdad (Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional 2017, pp. 20-21).

A fin de controvertir el contenido que la parte demandante daba al «enfoque de género» contenido en el CNEB, la defensa del Poder Ejecutivo señaló:

124. Si bien el CNEB utiliza la expresión «género», no lo hace en el sentido o con la finalidad señalada por la parte demandante, que por lo demás se refiere de forma incompleta al texto del Currículo, así como omite hacer referencia a otros documentos del MINEDU relacionados con la materia.

125. En este sentido, el MINEDU ha sido bastante claro en señalar que el término «género» se utiliza en el CNEB para hacer referencia a las características, así como a las formas de ser, sentir y actuar que se atribuye a varones y mujeres en las diversas sociedades y culturas. Esto se aprecia de forma clara en los programas curriculares para la Educación Inicial, Primaria y Secundaria [...].

127. En atención a lo expuesto, dado que el principal temor de la parte demandante —presentada de forma errónea como argumento jurídico— es que el término «género» sea empleado para dar a conocer una nueva «comprensión de la sexualidad», el propio contenido del CNEB [y] de los programas curriculares expuestos demuestran que dicho temor es infundado (Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, 2017, pp. 33-34).

45 El Enfoque Igualdad de Género es uno de los siete enfoques transversales del CNEB. Los otros son: Enfoque de Derechos, Enfoque Inclusivo o de Atención a la diversidad, Enfoque Intercultural, Enfoque Ambiental, Enfoque de Orientación al bien común y Enfoque Búsqueda de la excelencia (Ministerio de Educación, 2017, pp. 18-27).

Asimismo, el Poder Ejecutivo señaló que el enfoque de género ha permitido, tanto a nivel nacional, internacional y en el derecho comparado, adoptar de forma progresiva normas y políticas a favor de los derechos de las personas, lo que constituye una obligación del Estado en materia de derechos humanos (Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, 2017, p. 5). Preciso que, en todo caso, las discrepancias sobre los enfoques que puedan seguir determinadas políticas se resuelven por los canales democráticos en las instancias estatales competentes, sea el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo, pero no a través de las vías judiciales, en particular del proceso de acción popular, en donde el análisis es esencialmente jurídico-constitucional.

En cuanto al tema de la consulta, indicó que no existía norma constitucional, convencional o legal que sustentara la obligación del Estado de consultar el contenido del CNEB a los padres de familia.

Para la resolución de la controversia, el Poder Ejecutivo solicitó que se analizara el caso tomando en cuenta la coyuntura alrededor de la misma. En este sentido, en su escrito de contestación señaló:

11. Existen procesos en donde para su análisis no basta únicamente revisar los argumentos jurídicos de las partes que intervienen como demandante y demandado, sino que requieren que la autoridad judicial llamada a resolverlos comprenda la coyuntura alrededor de la controversia, y reconozca la importancia de la misma para emitir su pronunciamiento. Por ello, [existen razones para considerar que] la demanda forma parte de las acciones llevadas a cabo por diversas organizaciones y personas orientadas a: i) promover la existencia de una «ideología de género» en el CNEB, ii) rechazar el uso del término «género» en el marco de las normas y políticas públicas, iii) mantener los roles tradicionales asignados por la sociedad a hombres y mujeres (estereotipos de género), y/o iv) promover acciones contra los derechos de las personas LGTBI (Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, 2017, pp. 4-5).

### **4.3 Posición asumida por el órgano jurisdiccional de primera instancia**

La Sala Civil que resolvió el caso en primera instancia precisó que la controversia no giraba en torno a la constitucionalidad o legalidad del término género, y centró su análisis en si su inclusión en el CNEB debió ser consultada a los padres de familia. En este sentido, señaló lo siguiente en el fundamento Tercero del fallo:

[...] de la lectura de los fundamentos expuestos en la demanda, este Colegiado considera que los cuestionamientos formulados se dirigen al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II - Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso del [CNEB] para el año 2017, por cuanto según se alega, en síntesis, que [sic] contendría una nueva visión de la sexualidad que va mas [sic] allá de los géneros-sexos varón y mujer, el que debió ser sometido previamente a una discusión amplia y abierta, permitiendo a la Sociedad y en concreto a los Padres de Familia participar y decidir.

En otros fundamentos de la sentencia, la Sala reiteró que «lo cuestionado en el presente proceso, versa sobre [la] falta de participación de la Sociedad y de los Padres de Familia en la formulación del CNEB, en el extremo cuestionado» (véase al respecto, los fundamentos vigésimo primero a vigésimo octavo).

De esta forma, la Sala hizo suya la expresión de la parte demandante sobre la «nueva visión de la sexualidad humana», a efectos de identificar el aspecto central de análisis del caso. En base a ello, precisó que la controversia giraba en torno a las siguientes dos líneas del segundo párrafo de la página 23 del CNEB: «Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones».

#### **4.4 Posición asumida por el órgano jurisdiccional de segunda instancia**

A nivel de la Corte Suprema, de los ocho magistrados que se pronunciaron sobre el caso, solo dos confirmaron el pronunciamiento de primera instancia, que como se ha señalado, no cuestionaba la inclusión del enfoque de género en el CNEB, sino que consideraba que ello debió ser consultado a los padres de familia, dado que comprendía una nueva visión de la sexualidad humana. Si bien la mayoría de magistrados —seis en total— discreparon del fallo de primera instancia, en sus votos realizaron diversas interpretaciones sobre el enfoque de género.

Se empezará por hacer referencia, en primer lugar, al voto conjunto de los magistrados Wong Abad (ponente) y Bustamante Zegarra, por tratarse del voto al cual se adhirieron posteriormente otros dos magistrados (Martínez Maraví y Toledo Toribio), lo que dio lugar a que se concretara el fallo final que desestimó la demanda.

##### **4.4.1 Voto de los magistrados Wong Abad y Bustamante Zegarra**

Los magistrados Wong Abad y Bustamante Zegarra coincidieron en revocar la sentencia de primera instancia y declarar infundada la demanda. Sin embargo, los fundamentos jurídicos empleados por cada uno para llegar a tal decisión no fueron los mismos. Esta discrepancia, en sede jurisdiccional, no afecta que ambos votos sean considerados como iguales para el cómputo de los votos necesarios para que exista una sentencia final.

El voto del magistrado Wong Abad parte de la premisa de interpretar el Enfoque de Género previsto en el CNEB a partir de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos. En este sentido, indicó lo siguiente:

**Décimo Noveno:** [Lo que el] CNEB pretende, leyéndolo desde una perspectiva constitucional, es reafirmar la libertad de las mujeres —y también de los hombres— para escapar de los roles que les han sido tradicionalmente asignados y que, como lamentablemente podemos comprobar, perpetúan la situación de desigualdad de las mujeres en nuestra sociedad.

A partir de un enfoque constitucional y convencional, en el fundamento Décimo Octavo del voto se señala que el extremo del CNEB declarado ilegal por la

Sala Civil significa que «no podemos asignar roles a las mujeres u hombres tan solo a partir de las evidentes diferencias biológico sexuales». En este sentido, se afirma en el referido fundamento que:

[...] no existe nada «natural» en la idea generalizada en nuestra sociedad de que las labores del hogar o el cuidado de los hijos son tareas «femeninas» o que, por otro lado, corresponde al varón la provisión de los recursos del hogar; todas estas creencias son, por supuesto, socialmente aprendidas, y han sido incorporadas al comportamiento de las personas a través de la educación formal e informal.

Sobre la consulta del CNEB, el magistrado deja en claro que, a partir de la adecuada comprensión del Enfoque de Género como parte de la política del Estado para erradicar la discriminación, su inclusión en el CNEB no corresponde ser consultada, pues se trata de medidas a favor de los derechos fundamentales. En este sentido, en el fundamento Vigésimo Cuarto afirmó:

[...] los derechos de las personas no están sujetos a la opinión de la mayoría, pues la eliminación de las situaciones de discriminación no necesita ser consultada, y, esto, porque nadie tiene posibilidad alguna de veto sobre las acciones del Estado encaminadas a removerla.

Finalmente, en el fundamento Vigésimo Séptimo, el magistrado Wong Abad hace mención a los derechos de las personas LGTBI a efectos de concluir que «si comprobamos en nuestra sociedad la existencia de personas heterosexuales, homosexuales, transgénero o intersexuales es nuestra obligación, por mandato, humano, convencional y constitucional, brindarles el mismo respeto y consideración que a cualquier otro ser humano».

En el caso del magistrado Bustamante Zegarra, el voto pone énfasis en el tema del derecho a participar en las políticas públicas educativas, el enfoque transversal de igualdad de género, el derecho a la igualdad y el derecho a la educación, a efectos de concluir que el CNEB «no puede ser considerado ilegal y menos inconstitucional por haber incluido el enfoque transversal de igualdad de género, que tiene como finalidad cumplir con la política pública de evitar la discriminación y garantizar a las mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía». A diferencia del magistrado Wong Abad, no existe mención alguna al tema de los derechos de las personas LGTBI.

#### *4.4.2 Voto conjunto a favor de la demanda de los magistrados Walde Jáuregui y Sánchez Melgarejo*

En el voto conjunto a favor de la demanda de los magistrados Walde Jáuregui y Sánchez Melgarejo se aplicó el test de proporcionalidad para la resolución del caso y se señaló —en concordancia con el discurso de la parte demandante— que la inclusión del término «género» respondía a un asunto ideológico, como se aprecia en los siguientes fundamentos jurídicos:

**Vigésimo Sexto:** De lo expuesto en los considerandos anteriores se concluye que existen diversas posturas políticas e ideologías sobre el enfoque de igualdad de género, identidad de género, visión de roles de los hombres y mujeres, entre otros, lo que implica una manera distinta de pensar de las personas; en tal contexto, las políticas de Estado que definen los lineamientos generales para orientar el accionar del Estado en el largo plazo a fin de lograr el bienestar de las personas y el desarrollo sostenible del país; no debería asociarse a un gobierno concreto o una ideología determinada.

**Vigésimo Séptimo:** En consecuencia, consideramos que el Estado a través de sus políticas educativas no puede imponer de manera uniforme y oficial cómo las personas deben entender las diferencias entre el varón y la mujer o que si las nociones de «femenino» o «masculino» se basa en una diferencia biológica sexual que se va construyendo día a día en nuestras interacciones. Por lo que, concluimos que si el Estado pretende incluir esta perspectiva de educación sexual en las instituciones educativas, ésta se debe implementar con la participación y anuencia de los padres de familia [...].

En este voto conjunto no existe referencia a los derechos de las personas LGT-BI.

#### *4.4.3 Voto de la magistrada Rueda Fernández*

En el caso de la magistrada Rueda Fernández, su voto analizó los alcances del concepto «identidad de género», al cual calificó como un derecho fundamental, a fin de considerar que las políticas a favor de los derechos de las personas no forman parte del grupo de medidas que corresponde consultar a los padres de familia en materia educativa. En este sentido señaló:

5.2.3 Por ello, compatibilizando una interpretación conjunta con las normas constitucionales y convencionales, conforme a lo desarrollado en el considerando 5.1 que es obligatoria y constitucional la incorporación en la currícula escolar la formación en respeto de la identidad de género; por lo que, los derechos y atribuciones de los padres de familia y de la sociedad de participar en el proceso educativo, formulación y ejecución del proyecto educativo, en la definición, desarrollo de políticas educativas, y de programas y proyectos conformes a los fines de la educación peruana, **debe ser interpretado en el sentido que no está referida a la implementación de políticas educativas sobre derechos constitucionales y fundamentales, que por la convención, constitución y ley deben efectuarse, como es el derecho a la identidad de género** (negritas en texto original).

En concordancia con este análisis, la magistrada declaró infundada la demanda, pero decidió emitir una sentencia interpretativa con el siguiente sentido:

**Primero.- EMITIR SENTENCIA INTERPRETATIVA** de la norma de enfoque de género de la CNEB 2017, Declarando que el Enfoque de Género de la Currícula Escolar es constitucional, si se interpreta en el sentido siguiente en compatibilidad constitucional y convencional:

**«El sexo biológico masculino y/o femenino se determina al nacer, y la identidad de género es la que se construye, pudiendo coincidir o no con el sexo biológico»** (negritas en texto original).

#### 4.4.4 Votos de los magistrados dirimentes

El primer magistrado llamado para dirimir la controversia, Cartolín Pastor, consideró que el enfoque de género estaba correctamente incluido en el CNEB si era interpretado en el sentido de referirse a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, por lo que no debía entenderse que comprendiera un derecho a la identidad de género. Al respecto señaló:

[...] el CNEB no puede aprobar la adopción de una nueva política pública, sino que debe implementar y desarrollar aquellas que ya hubieran sido aprobadas previamente, debido, principalmente, a que dicho documento no es un instrumento construido y concebido para introducir ese tipo de cambios o alteraciones en el ordenamiento jurídico.

No obstante, en el presente caso, el CNEB ha incluido la expresión *identidad de género*, la que no ha merecido desarrollo en ninguna norma de rango legal ni cuenta con respaldo infralegal mediante un decreto supremo, en cumplimiento de la formalidad para la aprobación de políticas públicas, establecida en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, lo que impide reconocer que su inclusión se haya efectuado con arreglo a ley.

En este sentido, se hace necesario aprobar una sentencia interpretativa, en la que se establezca que el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017 deberá ser interpretado en el sentido de que no incorpora ni comprende una nueva política pública al adoptar el término *identidad de género*, debiendo interpretarse de conformidad con aquellas de carácter nacional y del sector educativo que previamente se hubieran dictado; empero, ello no significa que las personas, de acuerdo a su identidad de género, vayan a quedar desprotegidas, dado que la Constitución y los instrumentos internacionales reconocen la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, que son el fin supremo de la sociedad y del Estado (cursiva en texto original).

Sobre la base de este argumento, el primer magistrado dirimente también consideró que la demanda debía declararse infundada, pero mediante una sentencia interpretativa que limite los alcances del Enfoque de Género.

La segunda magistrada convocada para dirimir el caso, Martínez Maraví, se adhirió a los votos de los magistrados Wong Abad y Bustamante Zegarra, en el sentido de declarar infundada la demanda. En su voto consideró necesario establecer la relación entre los conceptos sexo, género e identidad de género con los derechos humanos. De modo particular, hizo referencia a la Opinión Consultiva N.º 24/17, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, señaló:

3.7 [...] Por tanto, el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos humanos, que constituye un valor fundamental en un Estado Social y Democrático de Derecho, no puede quedar sometida a la opinión de un sector de la población;

por lo que, en este sentido, resulta improcedente recurrir a la consulta de la sociedad y de los padres de familia en lo que se refiere al Enfoque de Igualdad de Género del Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete. Cabe recordar que, conforme a los artículos 1 y 48 de la Constitución Política del Perú, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, siendo deberes primordiales del Estado el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y el promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

En el caso del tercer magistrado convocado para dirimir el caso, Toledo Toribio, si bien realizó una serie de precisiones conceptuales relacionadas con los derechos sociales, en particular el derecho a la educación, y el enfoque de género, al momento de resolver la controversia estableció una relación entre este último y la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres, a fin de adherirse al voto de los magistrados Wong Abad, Bustamante Zegarra y Martínez Maraví, en el sentido de declarar infundada la demanda. En su voto señaló:

13.1 [...] En resumen, el enfoque de igualdad de género contenido en el [CNEB] no tiene como finalidad promover la enseñanza de otros géneros distintos al masculino y femenino, sino antes bien, desaparecer esas brechas que aún persisten entre varón y mujer en la sociedad y dar paso a una educación progresista basada en criterios de igualdad, tolerancia y no discriminación, por lo tanto en el caso concreto, el [CNEB] analizado, tiene como objetivo principal incentivar a que los alumnos (mujeres y varones) desde pequeños, aprendan que la mujer no es inferior al varón así como ir desterrando esa concepción de que solo los varones pueden salir a trabajar y las mujeres deben quedarse haciendo los quehaceres del hogar y cuidando a los hijos, de que los varones no pueden vestir determinado color de ropa porque está reservado para las mujeres y viceversa, de que mamá está en la obligación de atender a papá con el desayuno, almuerzo, cena e incluso lavarle y plancharle la ropa, entre otros.

## 5. Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos humanos

Análisis especial merece el empleo dado por los magistrados del Poder Judicial a la Opinión Consultiva OC-24/17, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24 de noviembre de 2017, en la cual el tribunal supranacional se pronunció sobre las obligaciones de los estados en materia de identidad de género, la igualdad y la no discriminación a parejas del mismo sexo. En esta decisión, la Corte reconoce que existen diferentes formas de hacer referencia a derechos relacionados con el término «género», siendo necesario contar con una visión amplia de las expresiones que se utilizan:

30. [...] la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado de Costa Rica le requirió a la Corte que contestara a cinco preguntas que se relacionan con dos temas vinculados con los derechos de las personas LGBTI. El primero de ellos

versa sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género. El segundo tema se refiere a los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo.

31. Esta Corte debe abordar estas temáticas teniendo en cuenta que en ellos suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Por todo ello, la Corte procurará, en la presente opinión, evitar hasta donde sea posible, caer en esas definiciones conceptualmente problemáticas y, cuando deba hacerlo, advierte que lo hará con la mayor amplitud y provisionalidad, sin asumir ni defender ninguna posición conceptual y menos aún irreductible (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 15).

En el proceso objeto de análisis, entre los magistrados de primera y segunda instancia se evidenció una notable diferencia en la aplicación de normas y decisiones internacionales para la resolución de la controversia. La Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH no fue empleada en la sentencia de primera instancia. Por el contrario, sí estuvo presente en algunos de los votos que se emitieron en la Corte Suprema, acreditándose en tales casos un cumplimiento de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que establece que la interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse conforme a los tratados sobre derechos humanos, lo que comprende las decisiones de los órganos internacionales de protección de estos derechos.

## 6. Conclusiones

El proceso de acción popular permite a los ciudadanos acudir al Poder Judicial para que se analice la constitucionalidad, convencionalidad o legalidad de las normas administrativas emitidas por la Administración Pública. A pesar de su importancia, ha merecido poca atención por parte de los especialistas en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Se trata de un proceso que todavía no es comprendido en sus reales alcances, tanto en cuanto a sus aspectos procesales como respecto a los criterios que se emplean para resolver el fondo de las controversias. Tampoco existe un desarrollo similar del proceso en comparación con el de inconstitucionalidad, correspondiendo a las cortes superiores y a la Corte Suprema realizar de forma progresiva un mayor análisis y estudio de las instituciones procesales aplicables, elemento indispensable para llevar a cabo aquellas medidas que permitan reforzar en el Perú el control de las normas administrativas de alcance general.

El proceso de acción popular contra la inclusión del enfoque de género en el Currículo Nacional de Educación Básica fue uno de los procesos constitucionales en materia de derechos fundamentales más importantes de los últimos años,

debido a la materia objeto de controversia, su repercusión política, la posición asumida por determinados colectivos contra el enfoque de género, la amplia cobertura que recibió en los medios de comunicación y las decisiones asumidas por las instancias que conocieron el caso en el Poder Judicial.

Los argumentos de quienes cuestionaron la inclusión de este enfoque, centrados principalmente en que los padres de familia debieron ser consultados sobre dicha inclusión, por cuanto implicaba la enseñanza de una nueva forma de ver la sexualidad humana, fueron finalmente desestimados por el Poder Judicial.

El desarrollo de este proceso evidenció que el Poder Judicial tiene una perspectiva bastante amplia pero errada sobre aquello que puede ser objeto de control normativo, por cuanto el CNEB, en atención a su contenido, estructura y forma, no puede ser calificado como una norma. Sin embargo, si se declaraba improcedente la demanda no se hubiese podido obtener una respuesta judicial final sobre el fondo de lo planteado por la parte demandante, lo que a su vez hubiera generado una inseguridad jurídica en cuanto a la controversia. En este sentido, el Poder Judicial prefirió conocer el fondo de la materia antes que optar por un rechazo de la demanda, alegando que el CNEB no configuraba una norma administrativa objeto de control a través del proceso de acción popular.

El proceso fue conocido en total por once magistrados, tres en primera instancia (Corte Superior) y ocho en segunda (Corte Suprema). Ninguno cuestionó el enfoque de género como necesario para hacer frente a las desigualdades entre hombres y mujeres. Quienes votaron a favor de la demanda compartieron la visión de la parte demandante sobre el posible uso del enfoque de género, a partir del contenido de dos líneas del CNEB, para promover una nueva visión de la sexualidad humana, lo cual consideraron que debía ser consultado a los padres de familia. Para quienes desestimaron la demanda, la inclusión del enfoque de género no debía ser objeto de consulta, por tratarse de una medida adoptada en el marco de las políticas públicas a favor del derecho a la igualdad, sustentada en normas constitucionales y convencionales, aunque discreparon sobre sus alcances, pues mientras algunos circunscribieron dicho enfoque al tema de la desigualdad entre hombres y mujeres, otros precisaron que abarcaba también la protección de los derechos de las personas LGTBI.

Con el pronunciamiento definitivo del Poder Judicial, en un proceso que duró dos años y tres meses, se cerró la discusión en sede judicial sobre la inclusión del enfoque de género en el ámbito educativo escolar. Pero a la vez, tuvo el efecto de disminuir los ataques de determinados colectivos contra el empleo de dicho enfoque en las normas y políticas estatales. De esta manera, se evidenció la importancia de los fallos judiciales para lograr pacificar controversias, que inevitablemente surgen al interior de la sociedad, relacionadas con los derechos fundamentales, y que requieren ser resueltas por las autoridades jurisdiccionales con base en las normas constitucionales y convencionales.

## REFERENCIAS

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A N.º 24. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. (2018). Sentencia de 6 de marzo de 2018. Acción Popular. Expediente N.º 23822-2017.
- García Belaunde, D. (1994). Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993. *Lecturas sobre temas constitucionales* N.º 10. Comisión Andina de Juristas, 253-264.
- Huerta Guerrero, L. A. (2005). Proceso de acción popular. En *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II*, (pp. 1078-1087). Gaceta Jurídica.
- Huerta Guerrero, L. A. (2013). La acción popular: un proceso que merece atención. En *Sentencias del Poder Judicial frente a normas ilegales e inconstitucionales*, (pp. 11-54). Gaceta Jurídica.
- Landa Arroyo, C. (2004). *Teoría del Derecho procesal constitucional*. Palestra.
- Mantilla Falcón, J. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho asumiendo nuevos retos. *THEMIS: Revista de Derecho*, (63), 131-146.
- Ministerio de Educación (2017). *Currículo Nacional de la Educación Básica*. Ministerio de Educación. <http://www.minedu.gob.pe/curriculo/pdf/curriculo-nacional-de-la-educacion-basica.pdf>
- Morón Urbina, J. C. (2013). *Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias*. [Tesis de maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú.]

Pedraza Pinto, L. A. (2019). Discriminación por orientación sexual o identidad de género en centros de detención del Estado colombiano. *Ciencia Jurídica*, 8 (16), 139-154.

Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional (2017). *Contestación de demanda de acción popular contra la Resolución Ministerial N.º 281-2016-MINEDU*.

# EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO CORRELATO DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

*Lily Ku Yanasupo\**  
Abogada constitucionalista

La presente investigación analiza la necesidad que ha surgido en los últimos tiempos de desarrollar un planteamiento teórico sobre la dimensión constitucional de las políticas públicas, a la luz de la jurisprudencia nacional y comparada, que busca garantizar la materialización de los derechos fundamentales —en especial, los de carácter social—, a través del control de ciertos instrumentos de gestión pública. En esa lógica, y dados los escasos estudios sobre el tema, se requiere construir una argumentación aceptable sobre la conexión entre los derechos y las políticas públicas, la cual ayude a reducir las brechas existentes entre las normas y la realidad social. Así como demostrar que la omisión de políticas públicas, o su ineficacia, es un incumplimiento a la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas positivas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena satisfacción de los derechos, ámbito en el cual se considera que los jueces constitucionales deben jugar un rol esencial en el marco del ejercicio de sus facultades de control.

## 1. Nota introductoria

El diseño, la formulación e implementación de políticas públicas son procesos que deben estar orientados a la protección y defensa de los derechos fundamentales; por tanto, dichos procesos deben contener una concepción de los derechos o un enfoque de los mismos. Para esto, es necesario el desarrollo de una fundamentación constitucional que establezca la conexión entre la materialización de los derechos y los instrumentos que integran tales políticas, lo cual permita mostrar la idoneidad de estas para tal fin. Por ello, no solo hablamos de una conexión de resultados, sino también de medios y procedimientos.

De manera que el enfoque de los derechos se torna en una exigencia que deben cumplir los poderes públicos, para el diseño y la implementación de planes de

---

\* Es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional por la Universidad de Génova (Italia), y Diploma en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (España). Actualmente trabaja en la Defensoría del Pueblo del Perú. Correo electrónico: lku@pucp.pe.

acción específicos cuyo objeto sea la generación de cambios sociales. Asimismo, este estrecho vínculo entre la eficacia normativa de los derechos fundamentales y las políticas públicas, adquiere una mayor importancia en los llamados derechos sociales, haciendo necesario el control constitucional de dichas acciones.

En ese sentido, una de las principales cuestiones a dilucidar en la presente investigación será determinar el papel de los jueces constitucionales en los procesos de formulación e implementación de políticas públicas; así como, la función que estas intervenciones cumplen en relación con las decisiones de los órganos democráticos.

Para dicho fin, mencionaremos cierta jurisprudencia nacional y comparada que nos permitirá establecer algunos elementos de este tipo de control constitucional, así como sus posibles límites y riesgos, lo cual pueda ir sumando a la construcción de una línea de argumentación sobre la intervención de la justicia constitucional en las políticas públicas, con especial incidencia en aquellos instrumentos orientados a la materialización de los derechos sociales.

Cabe precisar que si bien el presente artículo se centra en abordar el rol de los jueces constitucionales en el ámbito de las políticas públicas, a fin de propiciar un mayor desarrollo teórico sobre los alcances de dicha intervención, esto no significa desconocer o descartar otras vías institucionales de control también importantes, como se da a través del papel que desempeñan las defensorías del pueblo o los *ombudsman*, las agencias independientes o comisiones de evaluación de políticas, las cuales también despliegan actuaciones —aunque con una mayor flexibilidad— para asegurar políticas públicas buenas y eficientes.<sup>1</sup>

## 2. La dignidad humana como base constitucional de las políticas públicas

La dignidad es el fundamento ontológico del ser humano, así como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de la condición humana que distingue al individuo de los demás seres vivos. Esta cualidad hace que la persona deba ser tratada, en cualquier caso, como un fin en sí mismo, y no solo como un instrumento o medio para alcanzar un fin. Por ello, su reconocimiento tanto en el orden constitucional como en el ámbito de los derechos humanos es trascendental: «[...] la dignidad humana no opera como una declaración de buenos principios, sino que genera obligaciones directas al Estado» (Pérez Murcia, Uprimny Yepes, Rodríguez Garavito, 2007, p. 88).

Es por ello que, a nivel del derecho constitucional nacional y comparado, la dignidad humana se considera el principio base de los derechos fundamentales, y el punto de partida de toda construcción argumentativa en materia constitucional. De manera que, de la dignidad se derivan los derechos de la persona, cuya eficacia debe ser garantizada por el orden jurídico estatal e internacional a través de instrumentos normativos y políticas eficaces.

Asimismo, tal como ha resaltado el profesor Manuel Atienza (2020, p. 2), si nos tomamos en serio de que el fundamento de los derechos es la idea de digni-

1 Agradezco a uno de los árbitros evaluadores por su comentario con esta reflexión.

dad, entonces parece obvio que a los derechos sociales no se les puede otorgar un carácter secundario, sino que son más bien condiciones para el ejercicio de los derechos de libertad.

Otra idea importante a destacar es que, si los derechos emanan de la dignidad, entonces estos constituyen un límite al poder público, y cualquier conducta que afecte la dignidad de la persona se considera contraria al orden jurídico. Este es un límite que los poderes públicos deben respetar para el correcto ejercicio de sus potestades, como se da, por ejemplo, en la ejecución de planes de acción para la concretización de los derechos.

No obstante, las normas constitucionales, en particular las que desarrollan los derechos sociales, no siempre establecen qué instrumentos de acción deben emplear los poderes públicos para lograr la materialización de los derechos, lo cual deja un amplio margen de discreción a la autoridad. Por ello, y para evitar desviarnos de los fines públicos trazados, mientras mayor sea ese margen de discreción, mayores deberán ser las vías de control de las decisiones públicas.

A propósito de las normas constitucionales que desarrollan los derechos sociales, es preciso señalar que estas no se agotan en un mandato definitivo o en una acción concreta, sino que, debido a la complejidad de su materialización, dependen del diseño y la formulación de políticas públicas. Es por ello que estas normas tienen la forma de directrices o mandatos de optimización, pues la materialización de los derechos sociales requiere, en buena cuenta, de un estado de cosas en la mayor medida posible y, por ende, su cumplimiento es gradual.

Tales son los casos del derecho a la salud: «El Estado determina la política nacional de salud [...]»; el derecho a la educación: «El Estado coordina la política educativa [...]»; el derecho al trabajo: «El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo»; y el derecho al medio ambiente: «El Estado determina la política nacional del ambiente [...]»; los cuales se encuentran contemplados en la Constitución Política del Perú.

Esta vinculación que existe entre los derechos sociales establecidos en las normas constitucionales y el proceso de formulación de las políticas públicas encuentra, también, su fundamento en la necesidad de fijar *mínimos vitales*, que garanticen condiciones de vida digna para todos. Esto quiere decir que las situaciones que obliguen a las personas a vivir sin esas condiciones básicas atentan contra la dignidad y el desarrollo humano.

De igual forma, es importante aclarar que no todos los derechos fundamentales dependen de una política pública para su realización, y no toda política pública está dirigida a concretizar, de forma directa, un derecho fundamental. En el caso de los derechos sociales, que dependen de planes de acción pública para su cumplimiento progresivo, es necesario que el proceso de formulación de tales políticas incorpore una noción del principio de dignidad humana y el enfoque de los derechos.

Esta relación causal de naturaleza constitucional entre la dignidad humana y las políticas públicas ha sido destacada por el Tribunal Constitucional peruano,

a través de la sentencia recaída en el Expediente N.º 2945-2003-AA: «[...] Debe recordarse [...] que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social» (Fundamento N.º 18).

En tal sentido, los derechos sociales tienen como base la dignidad humana, y estos son indispensables para que la persona pueda desarrollarse y desenvolverse con verdadera libertad. Por ello, es necesario que el Estado adopte medidas públicas eficaces que garanticen la efectiva materialización de dichos derechos.

En conclusión, podemos decir que toda política pública orientada a la materialización de los derechos fundamentales, tales como los derechos sociales, tiene como fundamento la dignidad humana. Este contenido ontológico o valorativo que debe guiar los procesos de estructuración de las políticas públicas, constituye un límite a los poderes públicos que los obliga a colocar en primer orden a la persona y a sus derechos esenciales.

### **3. Las políticas públicas como medios de realización de los derechos fundamentales**

Una de las características de los derechos humanos, destacada por el profesor Manuel Atienza (2020, p. 2), es su naturaleza dual, es decir, por un lado, pertenecen al mundo de la moral, y, por otro, aspiran a convertirse en realidades jurídicas y políticas. Esta dualidad, a su vez, nos remite a dos grandes problemas en el ámbito de los derechos: el de su justificación (¿cuáles son estos derechos y por qué?), y el de su protección y garantía (¿cómo hacer para que resulten efectivos?)

Ciertamente, la justificación de los derechos no puede ser otra cosa que moral, dice Atienza, siempre que partamos de la idea de dignidad como fundamento ontológico de todo tejido normativo, o —dicho en otras palabras— de la existencia de principios que son las razones justificativas subyacentes a las formulaciones normativas; pero esto no puede llevarnos a desconocer la dimensión política de los derechos, es decir, la importancia de la política como un instrumento para garantizar su satisfacción.

Ahora bien, algunas teorías que se han formulado sobre las normas nos permiten establecer un nexo argumentativo entre los derechos fundamentales y las políticas públicas. En efecto, cierto tipo de normas generan obligaciones directas al Estado para el diseño y la formulación de planes de acción concretos, orientados al reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales. Estas normas constituyen la razón para la acción que el enunciado proporciona.

Dichas normas constitucionales son aquellas que establecen derechos y que para su materialización requieren más que de una acción concreta, o una medida exacta de satisfacción por parte del Estado, un estado de cosas en la mayor medida posible. Para alcanzar dicho estado de cosas, que es el fin de la norma constitucional, la autoridad debe llevar a cabo una ponderación sobre los medios a emplear.

Ronald Dworkin (1967) denominó a este tipo de normas como *directrices políticas*, consistentes en un tipo de estándar que propone un objetivo a ser alcanzado, relacionado con una mejora económica, política o social de la comunidad. Estos enunciados prevén el establecimiento de ciertas condiciones, lo cual abre un abanico de posibilidades sobre las acciones a adoptar y que deberán definirse a través de la decisión pública.

Desde la *Tesis de la optimización de los principios* desarrollada por Robert Alexy (1993) y la *Tesis de los principios en sentido de normas programáticas o directrices* planteada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2007), también es posible apelar a un tipo de normas constitucionales que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible y de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas, por lo que se trataría de normas que pueden ser cumplidas en diverso grado.

Por tanto, las directrices son *normas de fin* que ordenan la optimización de objetivos en la mayor medida posible, a través de la adopción de acciones que permitan lograr un estado de cosas. Asimismo, son normas cuya eficacia es graduable. Esta estructura normativa particular que tienen las directrices, que hace que la autoridad cuente con un amplio margen de discreción en la selección de las acciones a adoptar, responde a la complejidad que implica la materialización de ciertos derechos fundamentales. Y es que, el legislador no puede ignorar la necesidad que tienen los poderes públicos de contar con determinadas condiciones reales para la optimización de los derechos. Esto no se da con aquellas normas constitucionales que, por el contrario, requieren de un cumplimiento pleno (*normas de acción*) para su satisfacción.

Frente a esto, las políticas públicas se establecen como instrumentos de gestión de las administraciones públicas para la materialización de ciertos derechos fundamentales, principalmente, de aquellos que se encuentran contenidos en normas directrices. Estos instrumentos se emplean por la autoridad para agrupar un conjunto de acciones y decisiones en forma coherente, con la participación de actores relevantes, a fin de resolver de manera concreta un problema social que afecta a un determinado grupo de individuos, en relación con la protección progresiva de sus derechos.

Estas políticas públicas, diseñadas para la materialización de los derechos fundamentales, deben analizarse desde sus resultados, pero también desde sus procesos de formulación. Es decir, no solo nos referimos a la selección de opciones de política y a su fundamentación, sino, también, a la existencia de espacios de deliberación orientados a identificar plenamente el problema social y su solución o posibles soluciones, y a los mecanismos de legitimación social de las mismas:

La exigencia de que la política sea presentada, explicada y justificada ante los ciudadanos y las organizaciones interesadas en ella destaca su carácter político inherente, en la medida en que acentúa la necesidad de comunicarse y ofrecer razones como la condición de su aceptación o, por lo menos, la condición para que no provoque un repudio general que la haga naufragar (Majone, 1997, pp. 31-32).

En ese sentido, el proceso de elaboración de una política pública es tan relevante como la política misma, pues se trata de un proceso decisorio complejo (definición del problema, marco normativo, objetivos, etc.), en el que le corresponde al Estado garantizar la mayor participación ciudadana y legitimación posible, aunque esto conlleve a un intenso debate político, intercambios ideológicos o la pugna de intereses. Esta sería propiamente la etapa de argumentación y persuasión del proceso de formulación de las políticas públicas.

Por otro lado, la eficacia de las políticas públicas también depende de factores exógenos, como son el régimen político y el grado de institucionalidad democrática en cada sociedad. Un contexto político de desregulación que disminuya las capacidades de acción del Estado en materia social, conjugado con las debilidades propias de cada institución, puede influir en la ausencia, ineficacia y corrupción de las políticas públicas.

Por ello, las políticas públicas son instrumentos idóneos para lograr la materialización de los derechos fundamentales, en especial, los de carácter social, pero su análisis no puede estar centrado únicamente a una cuestión de resultados o en un mero análisis de costo-beneficio entre diversas opciones públicas, como señala Giandomenico Majone (1997, p. 27). Es necesario que el proceso de formulación de las políticas públicas, que es decisorial, contenga el enfoque de los derechos e incluya etapas de argumentación, persuasión y legitimación social.

#### **4. El juez constitucional como un actor relevante en el proceso de formulación de las políticas públicas**

El Derecho y la Ciencia Política suelen identificar como actores tradicionales, en la formulación de políticas públicas, al poder legislativo, al poder ejecutivo y a los partidos políticos. Sin embargo, algunos estudios y resultados de análisis históricos han demostrado que los pocos o inexistentes mecanismos de control político, el tipo de régimen y la fragilidad institucional pueden incidir en la necesidad de que los jueces constitucionales ejerzan el control de las políticas públicas y sus procesos de formulación.

Este debate sobre el rol de las cortes constitucionales, como órganos capaces de controlar las políticas públicas, ha sido materia de estudio por autores como Robert Dahl (1957) y Martin Shapiro (1969). Análisis más actuales incluyen a los jueces como actores en el proceso de adopción e implementación de las políticas públicas, tales como el informe del Banco Interamericano de Desarrollo del 2006 titulado *La política de las políticas públicas: progreso económico y social en América Latina*.

Ciertamente, este es un tema que genera desacuerdos entre los poderes públicos, principalmente, por lo que se refiere a las *cuestiones políticas no justiciables*, tesis que plantea que la Constitución reserva ciertas materias a la decisión discrecional de los poderes políticos, por lo que estas se encontrarían exentas de cualquier tipo de control jurisdiccional. Ejemplos de estos casos en nuestra Constitución son la imposibilidad de cuestionar por la vía judicial los procedimientos de expropiación, salvo el valor del justiprecio (artículo 70); la facultad que tiene el presidente

de la República para conceder indultos y conmutar penas (artículo 118, inciso 21); y la imposibilidad de cuestionar la declaración del estado de emergencia y de sitio (artículo 200, último párrafo).

Dado que muchas de las actuaciones de los poderes públicos son discrecionales, existe un mayor riesgo de que estas puedan ser arbitrarias. Esto abre la necesidad de un eventual control constitucional de las decisiones públicas, más aún cuando se encuentran en juego los derechos o los principios que rigen el Estado constitucional. No obstante, esta posibilidad de que los jueces ejerzan el control de las decisiones públicas no debe entenderse como un cheque en blanco, que pueda justificar el quebrantamiento del principio democrático de separación de poderes, sino que este control debe cumplir ciertos parámetros y tiene que estar orientado a salvaguardar la vigencia de los derechos fundamentales y, en especial, el derecho de la ciudadanía a contar con políticas públicas eficientes.

De manera que es necesario establecer criterios que garanticen una intervención jurisdiccional razonable, que es parte de la tarea de delimitar adecuadamente este tipo de intervención, tal como señala Sierra Cadena (2007, p. 150): «[...] la democracia como forma de gobierno se está reorientando hacia un proceso que va más allá de la representación política, donde el juez constitucional toma un protagonismo que aún falta por limitar y definir bajo una relectura de los poderes públicos [...]».

Está claro que, en tanto existan derechos fundamentales que dependan para su materialización del desarrollo de políticas públicas, como son los derechos sociales, y los órganos de justicia constitucional sean instancias de cierre para la delimitación y protección de tales derechos, los jueces deben poder ejercer la revisión de dichos instrumentos de gestión. ¿Pero cuándo y cómo?

Rodolfo Arango (2009, pp. 9, 12) explica que el activismo de la jurisdicción constitucional, en materia de derechos sociales, es difícilmente comprensible en sociedades donde dichos derechos han tenido desarrollo y reconocimiento efectivo por parte de los órganos del Estado. En esa línea, un continuo control constitucional de los instrumentos de acción pública podría ser, también, un indicador de un contexto social y político adverso a los derechos y a su efectivo reconocimiento.

Lo que se aprecia es que actores antes reconocidos únicamente como «guardianes de la legalidad» pueden cumplir un papel relevante en la revisión de los procesos de formulación de las políticas públicas adoptadas por los gobiernos, con el fin de propiciar cambios estructurales. Este es el caso de la justicia constitucional, aunque se debe precisar que esta no es la única vía institucional para ejercer dicho control. En el contexto nacional, y desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, se aprecia una práctica favorable al control de las políticas públicas. A continuación, presentamos algunos casos que demuestran ello:

- *Control sobre aspectos de carácter presupuestal.*- En la sentencia recaída en el Expediente N.º 2945-2003-AA/TC, se analiza la política de salud concerniente a la prevención y protección contra el sida, pues faltaban acciones concretas, por parte del Estado, para garantizar el acceso gratuito al tra-

tamiento antirretroviral, como son la provisión presupuestal necesaria al sector salud y la habilitación del programa en los centros médicos públicos. Por ello, el Tribunal exhortó a los poderes públicos a que cumplan con «considerar como inversión prioritaria, el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA» (punto resolutivo 3).

- *Control sobre aspectos referidos a la cobertura de la política pública.*- En la sentencia recaída en el Expediente N.º 0033-2010-PI/TC, se analiza la política pública de aseguramiento universal en salud, debido a la existencia de enfermedades de alto costo que no estaban siendo incluidas en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS), pues la norma restringía dicho plan a la cobertura de las necesidades de salud de los afiliados a los regímenes subsidiado y semicontributivo. Al respecto, el Tribunal dispuso el financiamiento de estas enfermedades con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL), así como la creación de un plan de contingencia progresivo que permita cubrir las enfermedades de alto costo de los afiliados independientes de EsSalud, y un plan de contingencia para los casos en que se supere el límite máximo de prestaciones establecidas en el PEAS.
- *Control respecto a la naturaleza de las acciones adoptadas por el Estado para la ejecución de la política pública.*- En la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0020-2005-PI/TC y N.º 0021-2005-PI/TC (acumulados), se analiza la política pública contra el tráfico ilícito de drogas y el cultivo de la hoja de coca implementada por el Estado. En ese caso, el Tribunal exhortó al presidente de la República a efectos que reevalúe la política nacional e internacional antinarcóticos, para hacerla más eficiente y acorde con la realidad nacional; así como exhortó al Congreso de la República a fin de que establezca un régimen de licencias para la comercialización de la hoja de coca y sus derivados, a través de una entidad con eficaces funciones de control.
- *Control sobre la razonabilidad del plazo para el diseño y ejecución de la política pública.*- En la sentencia recaída en el Expediente N.º 2002-2006-PC/TC, se analiza la falta de una política pública para implementar un sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población contaminada con plomo en la sangre, en La Oroya. Al respecto, el Tribunal estableció que el Estado no había cumplido con diseñar, en un plazo razonable, una política pública orientada a dar una solución integral al grave problema de contaminación en La Oroya, y que solo existían acciones menores y desarticuladas que no tuvieron ningún impacto en la mejora de las condiciones de salud de la población. En ese sentido, el Tribunal ordenó adoptar un conjunto de acciones claves para el diseño de una política pública que aborde esta problemática social, la cual debía ser ejecutada en plazos determinados.

De acuerdo con los casos mencionados, vemos que el juez constitucional es un actor relevante en el diseño de las políticas públicas, en especial, para la concretización de los derechos sociales. Asimismo, la labor del juez constitucional

constituye una garantía institucional, que le brinda a la ciudadanía la posibilidad de exigir al Estado la implementación de políticas públicas eficientes y eficaces.

Este control constitucional, a su vez, logra desvincular el reconocimiento de los derechos a la mera voluntad política, que puede ser irrazonable o arbitraria; aunque, en muchos de estos casos, se comprometan aspectos no solo de tipo normativo, sino también de índole económico, presupuestal o prestacional, como suele suceder con los derechos sociales.

Para Luisa Cano (2010, p. 102), la intervención de la justicia constitucional en el ámbito de las políticas públicas, ya sea para ordenar, fijar contenidos responsables, obligaciones y plazos debe ser remedial, residual y temporal. Remedial, porque se trata de corregir la inacción o el retraso de los órganos democráticos que tienen responsabilidades en el tema; residual, por ser una intervención subsidiaria en el proceso de construcción de dichas políticas; y temporal, pues no puede tratarse de una práctica ordinaria en tanto la democracia exige representación, deliberación y publicidad.

No obstante, aún son escasos los estudios sobre el rol que cumplen las cortes constitucionales en el ámbito de las políticas públicas, y su interacción con los actores responsables de su formulación. Esto hace necesario que, desde la doctrina jurídica, se construya una teoría para el estudio de las políticas públicas como instrumentos para la materialización de los derechos. Este sería un punto de partida relevante para empezar a discutir los posibles límites y alcances del control constitucional de las políticas públicas, por parte de diversos actores, incluidos los jueces.

Para esto se requiere superar esa mirada tradicional y excluyente sobre la gestión estatal, que reserva el análisis y la discusión de las políticas públicas a la competencia exclusiva de los politólogos, economistas y estadistas.

Desde nuestro planteamiento, la teoría de los derechos y la teoría de las políticas públicas mantienen un vínculo causal en el marco del Estado constitucional, relación que es posible si partimos de una determinada noción de derechos, de normas y de democracia. De manera que el juez constitucional, como un actor capaz de analizar y cuestionar el proceso de formulación de las políticas públicas, permite desarrollar un concepto amplio de gobernanza que va más allá de la idea de «costo-beneficio».

Por lo tanto, el control constitucional de las políticas públicas, por parte de los jueces, es necesario para la protección de los derechos fundamentales, en tanto, mediante esta vía, las cortes constitucionales pueden recomendar a los Estados la adopción de cambios estructurales, así como la creación de nuevos planes de acción para la atención de problemas sociales no demarcados. Asimismo, esta intervención podría darse en la fase de identificación del problema, pudiendo el juez recomendar el diseño de una nueva política pública; y en la fase de formulación y decisión del programa de la política, disponiendo la eliminación de uno de los instrumentos de acción.

## 5. El control constitucional de las políticas públicas y los derechos sociales

El análisis del control constitucional de las políticas públicas, en el ámbito doctrinal, requiere que se desarrolle una teoría de las políticas públicas que aborde aspectos relacionados con la teoría de las normas, el poder político y la acción pública. En esa lógica, el estudio de las directrices constitucionales (o *principios en sentido de normas programáticas*) son un buen punto de partida que nos permite identificar la facultad discrecional que tienen los poderes públicos para la elección de ciertos instrumentos de gestión, lo cual da cabida a la posibilidad de que los jueces lleven a cabo el control constitucional de dichas decisiones.

Ahora bien, como señala Pablo Larrañaga (2009, p. 84), desde la perspectiva constitucional, cuando el Estado no cumple con implementar políticas públicas eficientes para la materialización de los derechos fundamentales, dicha omisión atenta contra el orden constitucional y constituye, además, un incumplimiento a sus obligaciones internacionales. De manera que la omisión de los órganos democráticos, de adoptar medidas económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente, y por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos, puede derivar en una petición judicial, de conformidad con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Recordemos que el marco normativo internacional de protección de los derechos humanos es una fuente jurídica para el establecimiento de *mínimos intangibles* o estándares para el reconocimiento de los derechos, como son la progresividad, accesibilidad, aceptabilidad, disponibilidad y adaptabilidad. Estas características también constituyen indicadores del grado de cumplimiento de las obligaciones de los Estados, a partir de las cuales se pueden estructurar planes de acción pública.

Desde un enfoque extrajurídico, existen corrientes disciplinarias que estudian la eficiencia de los gobiernos y la acción de las administraciones públicas. Este es el caso del Análisis de las Políticas Públicas, disciplina que centra su atención en la organización institucional y en los procesos de toma de decisiones del Gobierno. Dicha disciplina ha podido identificar que los procesos de elaboración de las políticas públicas suelen reducirse a cuestiones ejecutivas y presupuestales, dejando de lado aspectos de tipo sustantivo.

Al respecto, es necesario que las administraciones públicas asuman, dentro de sus análisis, que los límites que afrontan los procesos de elaboración de las políticas públicas también son constitucionales, en el sentido de que toda política pública está sujeta a los derechos y principios que consagra la Constitución, como es, por ejemplo, la dignidad humana.

Como vemos, ambos enfoques, el jurídico y extrajurídico, sirven para los propósitos de argumentar a favor de una teoría sobre el control de las políticas públicas por parte de los jueces constitucionales. Por tanto, cuando los poderes públicos transgreden los límites impuestos por los derechos constitucionales, a través de la dación de políticas públicas ineficientes, se coloca al juez constitucional frente a dos situaciones: restringir su actuación para evitar colisiones con el

poder público o intervenir para determinar ciertas medidas correctivas del poder.

En los casos en que el juez constitucional decide intervenir y ordenar la formulación o reformulación de una política pública, teniendo una incidencia real y positiva en los derechos, este se convierte en un actor activo y relevante en la esfera de las políticas públicas, ayudando a generar «governabilidad»<sup>2</sup> desde su labor jurisdiccional.

Para Grenfieth Sierra Cadena (2009), el juez constitucional es un actor contramayoritario, que puede generar gobernabilidad a través de su jurisprudencia, pues su naturaleza de contrapoder le permite revertir imposiciones de tipo mayoritario, limitar el poder y exigir el enfoque de derechos en los planes de acción que buscan la materialización de los derechos fundamentales.

Asimismo, tal como refiere Sussana Pozzolo (2011, pp. 27, 33), el análisis y control de las políticas públicas, por las cortes constitucionales, muestra que el constitucionalismo ha extendido sus alcances hacia el ámbito de las políticas públicas y la gestión de los recursos públicos. Esto nos plantea la siguiente interrogante: ¿existe un derecho subjetivo al diseño, formulación e implementación de políticas públicas eficientes para la realización material de los derechos?

Por ejemplo, para el efectivo reconocimiento de los derechos sociales no basta con un desarrollo doctrinal y normativo, es necesario una garantía institucional para la concreción de los mismos. En esa línea, las políticas públicas son instrumentos de gestión adecuados para la materialización de los derechos sociales, por lo que para evaluar el grado de cumplimiento de estos se requiere que tales políticas puedan someterse a control constitucional. Esto rompe con las clásicas ideas sobre la naturaleza programática y no justiciable de los derechos sociales.

Rodolfo Arango (2009, p. 17) señala que el uso cada vez más recurrente del derecho constitucional, la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales, así como la existencia de mayores estudios sobre grupos vulnerables y derechos sociales, abre nuevos campos de investigación vinculados con las políticas públicas. En ese sentido, podemos decir que el control constitucional de las políticas públicas se enmarca dentro de la tesis de la justiciabilidad de los derechos sociales en el derecho constitucional.

Por otro lado, la justicia constitucional comparada viene estableciendo importantes decisiones sobre el concepto de políticas públicas, y sobre la existencia de un derecho subjetivo a las políticas públicas como correlato de la justiciabilidad de los derechos sociales. Este ha sido el caso de la Sentencia T-760/2008, de la Corte Constitucional de Colombia, la cual efectúa un amplio desarrollo doctrinal sobre el tema de las políticas públicas, estableciendo que: «[...] se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública

2 La gobernabilidad es un criterio de análisis sobre la gestión de los gobiernos desarrollado por las democracias liberales, que se traduce en una situación o en un estado de equilibrio duradero entre las demandas sociales y la capacidad del Estado para responder, de manera oportuna y eficaz, dichas demandas (Sierra Cadena, 2011, p. 68).

que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas».

En dicha sentencia, la Corte Constitucional de Colombia también estableció las condiciones necesarias para que una política pública pueda ser considerada eficiente y construida democráticamente, reconociendo la existencia de un *derecho subjetivo a las políticas públicas* para el desarrollo de los derechos de carácter prestacional:

[...] la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional.

[...] La primera condición es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, cuando ni siquiera se cuenta con un plan para progresivamente cumplirla [...].

[...] La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. [...] Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) «sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución» o (ii) «que así se esté implementando, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable» [...].

[...] La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. [...] En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) «que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan», o (ii) «que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.» [...] Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar.

[...] En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados [...].

De esta forma, para la justicia constitucional colombiana, a través del ejercicio del derecho subjetivo a las políticas públicas, es posible solicitar la intervención de la Corte Constitucional, para ordenar la formulación o reformulación de políticas públicas, cuando los órganos democráticos incumplen su deber de garantizar la materialización de los derechos fundamentales a través de tales instrumentos de gestión.

Aunque el derecho subjetivo a las políticas públicas no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, su creación por la vía jurisprudencial fue posible en virtud del artículo 94 (derechos innominados) de dicha carta constitucional<sup>3</sup>.

Desde nuestro punto de vista, plantear la existencia de un derecho subjetivo a las políticas públicas podría generar algunos inconvenientes de tipo jurídico. En principio, obligaría a reconocer que todos los ciudadanos tendrían el derecho de demandar, sobre la base de un interés individual o colectivo, la formulación o reformulación de una política pública. Bajo este razonamiento, el juez constitucional tendría que resolver demandas de tutela de derechos en las que se exija, por ejemplo, que el Estado diseñe o implemente una política pública para promover la libertad de expresión o la libertad de asociación. Es decir, podrían existir diferentes interpretaciones sobre qué derechos requieren este tipo de acciones positivas para su materialización.

Abrir esta posibilidad conllevaría a una siguiente complicación, que sería vincular estos planes de acción a cualquier derecho y no solo a: i) aquellos derechos fundamentales cuyo carácter prestacional hace necesario que el Estado articule políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución de todos los objetivos sociales trazados; y a ii) aquellas normas constitucionales conocidas como directrices, que mandan a los poderes públicos el despliegue de un conjunto de acciones, con la finalidad de establecer un estado de cosas con fines de desarrollo social.

Nuestro planteamiento sugiere que los jueces constitucionales ejercen el control de las políticas públicas, y que la ciudadanía puede solicitar dicho control por la vía de un proceso constitucional de tutela de derechos, en tanto la creación de estas políticas forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales que dependen de la intervención estatal para lograr una eficacia real, como es el caso de los derechos sociales.

Dicha interpretación, además, se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, el cual, a través de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0033-2010-PI/TC, estableció que existe una competencia de las tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad de los derechos sociales, verificando (i) la existencia de políticas públicas debidamente estructuradas, (ii) la ejecución de dichas políticas en plazos razonables, (iii) que hayan sido elaboradas respetando el enfoque de derechos, (iv) que incluyan indicadores de evaluación sobre la transparencia en la ejecución presupuestal, y (v) la existencia de espacios de participación para la intervención y control de los ciudadanos durante el proceso de elaboración de las políticas (Fundamento 29).

Si bien el Tribunal Constitucional no se refiere a la existencia de un derecho subjetivo a las políticas públicas, establece la importancia de garantizar la efica-

---

3 Esta disposición contempla una regulación semejante a la que contiene el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, denominada por la doctrina constitucional como la «cláusula de derechos implícitos», que permite la creación de nuevos derechos fundamentales a través de la jurisprudencia constitucional.

cia progresiva de los derechos sociales, para lo cual es necesario la formulación e implementación de políticas públicas eficientes y la posibilidad de un eventual control constitucional de las mismas. De esta manera, para la jurisprudencia constitucional nacional, el control constitucional de las políticas públicas no se sustentaría en un derecho subjetivo, sino en la correspondencia que tienen dichas acciones con la naturaleza social y prestacional de determinados derechos.

Los argumentos a favor de considerar la generación de políticas públicas, como parte del contenido esencial de ciertos derechos, reducen el riesgo de que los derechos sociales se conviertan en utopías irrealizables, pues es común que se den extensos períodos para su cumplimiento (progresivo) en el ámbito político y legal.

La posible judicialización de la falta de políticas públicas en determinadas materias nos llevaría a abordar un último supuesto, referido a la doctrina de la «inconstitucionalidad por omisión», o el también llamado «control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», a fin de determinar si sería factible aplicar esta figura para aquellas situaciones en las que el Estado no ha cumplido con desarrollar una política pública, a pesar de que existe un mandato constitucional (directriz) que así lo ordena.

La doctrina jurídica, sobre la inconstitucionalidad por omisión, considera que las cortes constitucionales tienen la facultad de intervenir frente al silencio u omisión de la autoridad pública, por incumplir la obligación impuesta por la Constitución, de regular y normar un precepto constitucional. Sin embargo, como bien sabemos, el proceso de formulación de una política pública no se agota en aspectos meramente normativos, aunque tales aspectos integren en forma relevante sus primeras etapas.

Respecto a la inconstitucionalidad por omisión y la posibilidad de su control judicial, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 006-2008-PI/TC, de la siguiente manera: «[...] el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es “constitucionalmente necesario” y no obstante no ha sido atendido por el legislador. Finalmente, aquello que es “solo constitucionalmente posible” se ubica en terreno propio del legislador y por tanto puede ser atendido en la forma en que lo crea conveniente e incluso en el tiempo que lo juzgue necesario. De este modo, la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta “constitucionalmente necesario”» (Fundamento 39).

Asimismo, en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 05427-2009-PC/TC, el Tribunal Constitucional señalará que dicha figura procesal encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución, consistente no solo en el cumplimiento de sus disposiciones normativas, sino también en la efectividad de las mismas, y esto incluye la obligación del legislador de desarrollar normativamente determinados preceptos constitucionales (Fundamento 12). No obstante, la Constitución de 1993 no contempla de manera expresa el control de las omisiones legislativas, por lo que el Tribunal ha venido interpretando que, a falta de un

mecanismo procesal específico, el proceso de cumplimiento constituye una vía adecuada para dar fiel observancia a los mandatos contenidos en las leyes o actos administrativos.

Ahora bien, el proceso de inconstitucionalidad por omisión no sería suficiente para ejercer el control de una política pública, en tanto este proceso se centraría en la falta de una normatividad específica, intervención que podría derivar en una sentencia constitucional que obligue al poder legislativo a «legislar». En otras palabras, un proceso de inconstitucionalidad por omisión, en relación con una directriz, podría dar pie a que el legislador lleve a cabo labores de planeación del programa de una política pública, y esto se daría, únicamente, en el plano teórico. Sin embargo, sabemos que la creación de una política pública o la regulación de sus aspectos generales no bastan para los fines de materializar los derechos; es importante que se definan los aspectos institucionales, presupuestales y los instrumentos de acción, así como los procesos de argumentación, participación, implementación y evaluación de la política, pues todo esto incidirá de manera determinante en su eficacia.

Por último, es necesario recalcar que no todos los derechos fundamentales se pueden ver materializados con la dación de una norma. En aquellos derechos en los que se requiere una intervención activa del Estado para garantizar su eficacia —como, por ejemplo, a través del diseño, formulación y ejecución de políticas públicas—, la labor legislativa seguirá siendo necesaria, pero insuficiente.

## **6. Conclusión: riesgos y límites del control constitucional de las políticas públicas**

La posibilidad de institucionalizar un mecanismo que permita a los jueces constitucionales controlar el diseño y la implementación de las políticas públicas puede interpretarse como una interferencia en los procesos de toma de decisiones, en los sistemas democráticos y de las facultades privativas del poder político. En suma, sería una afectación al principio de separación de poderes. Es por ello, que estas intervenciones no están exentas de críticas, en especial, por parte de quienes no ven apropiado que un mandato jurisdiccional pueda imponer correctivos al poder político, más aún si dicha intervención carece de una base argumentativa aceptable.

Sin embargo, los riesgos de que existan extralimitaciones judiciales siempre van a estar presentes<sup>4</sup>. Por ello, como regla básica, la intervención de la justicia constitucional en las políticas públicas no debe considerarse una actividad regular, pues sus procesos deben estar inicialmente reservados a aquellos actores que puedan garantizar el debate y la deliberación democrática de sus instrumentos. Estos actores, por tradición, se suelen considerar el poder legislativo, el poder ejecutivo y los partidos políticos. Pero, además de la esfera formal institucional, se debe dar espacio a la participación de otros actores de la sociedad civil que,

4 Ejemplos de esto son las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 02005-2009-PA/TC (caso de la Píldora del Día Siguiente) y N.º 3116-2009-PA/TC (caso Cementos Lima), cuyos fundamentos son cuestionables a la luz del principio de razonabilidad.

desde la perspectiva de las políticas públicas, deben tener una presencia legítima y autónoma en la formación de las mismas. Estos serían, los movimientos o colectivos sociales, los sindicatos, los grupos de usuarios, académicos y científicos, entre otros.

La participación de las organizaciones sociales, en la formación de políticas públicas, ayuda a activar y fortalecer otro tipo de contrapesos en las sociedades democráticas, para garantizar la efectividad de las decisiones públicas.

En ese sentido, la intervención de los jueces constitucionales, en el ámbito de las políticas públicas, debe entenderse como un mecanismo de remediación ante la omisión estatal, la falta de mecanismos de participación democrática y la potencial violación de los derechos fundamentales.

También es necesario tener en cuenta que cuando el juez constitucional interviene en las políticas públicas, lo hace en el marco de un ejercicio de control, no de una intervención directa; y, principalmente, cuando ha podido constatar que la omisión o actuación de los poderes públicos incumple deberes constitucionales, afectando los derechos de las personas. En ese sentido, los fines de este control no son sustituir a los poderes políticos o interferir en los márgenes de discrecionalidad que las normas les han reservado.

Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿cuáles deberían ser los límites de este tipo de control? A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, se aprecia que la intervención, en el marco del control de las políticas públicas, puede incidir en aspectos como: la asignación presupuestal, la cobertura, la naturaleza de las acciones y el plazo de ejecución. Esta práctica jurisprudencial nos puede ayudar a establecer ciertos parámetros razonables, lo cual no excluye la posibilidad de que se presenten otros supuestos que habiliten de manera justificada una intervención.

Pero, también, cabe preguntarnos si acaso no sería necesario que los propios textos de las Constituciones incluyeran parámetros concretos para el control constitucional de las políticas públicas, lo cual permitiría disminuir los riesgos de una intervención judicial irrazonable, no justificada o de un «activismo judicial desenfrenado». Al respecto, quedaría pendiente un mayor desarrollo teórico.

Como vemos, el control constitucional de las políticas públicas se abre camino como una importante vía institucional para la exigibilidad de los derechos sociales, en tanto evita que la alegada escasez de recursos en el Estado sea una justificación suficiente para el retraso en la ejecución de acciones concretas que satisfagan tales derechos. Sabemos bien que, muchas veces, lo que existe detrás es una falta de interés, análisis y planificación adecuada, para garantizar que los recursos existentes se empleen de la manera más eficiente, y estas son falencias del Estado que se deben corregir.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (2009). Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro. *Cuadernos Electrónicos, Derechos Humanos y Democracia*. Federación Iberoamericana del Ombudsman, (5), 1-23.
- Atienza, M. (2020). "Diez ideas sobre los derechos humanos" desde la perspectiva de los derechos sociales. *Revista Análisis Laboral*. Editorial AELE.
- Atienza, M, y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel.
- Bachof, O. (1966). El juez constitucional entre Derecho y Política. *Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte*. IV (2), 125-140.
- Bachof, O. (1986). Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XIX, (57), 837-852.
- Cano Blandón, L. F. (2010, junio). Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la subregión del Magdalena Medio Antioqueño. *Estudios de Derecho*. Universidad de Antioquia. 67 (149), 88-114.
- Dahl, R. (1957). Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy maker". *Journal of Public Law*, (6), 279-295.
- Dworkin, R. M. (1967). *The model of rules*. The University of Chicago Law Review, 35 (1), 14-46.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel.
- Fernández Segado, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Revista de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 7, (2), 13-69.
- Landa Arroyo, C. (2000). Justicia constitucional y political questions. *Revista Pensamiento Constitucional*, VII, (7), 111-140.
- Landa Arroyo, C. (2002). Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*. Universidad Autónoma de México, (7), 109-138.

- Landa Arroyo, C. (2011). *Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano*. Libro colectivo: Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución (pp. 161-170). Fundación Konrad Adenauer.
- Larrañaga, P. (2009). *Justicia constitucional, argumentación jurídica y control de las políticas públicas*. Libro colectivo: El juez constitucional en el siglo XXI, t. II, F. Mac-Gregor, E. y Molina Suárez, C. J. (Coords.). Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Majone, G. (1997). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. Fondo de Cultura Económica, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública.
- Medellín Torres, P. (2004). *La Política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*. CEPAL, Serie Políticas Sociales, (93).
- Pérez Murcia, L. E., Uprimny Yepes, R., y Rodríguez Garavito, C. (2007). *Los derechos sociales en serio. Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Palestra Editores.
- Sagüés, N. P. (2011) Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 527-541.
- Shapiro, M. (1969). *The Supreme Court and Public Policy*. Glenview, Ill: Scott, Foresman.
- Shapiro, M. (1994). Juridicalization of Politics in the United States. *International Political Science Review*, 15 (2), 101-112.
- Sierra Cadena, G. de J. (2007, julio-diciembre). El derecho, las políticas públicas y el juez constitucional de una época de crisis. *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, Colombia, Año II, (6/7), 133-154.
- Sierra Cadena, G. de J. (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de políticas públicas*. Universidad del Rosario.
- Sierra Cadena, G. de J. (2011, enero). La justicia constitucional en la era de la gobernanza (Un análisis de perspectiva comparada desde la periferia del derecho). *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*. (13), 67-95.

Valderrama Gómez, C. A. (2010). *Corte Constitucional colombiana. Un actor relevante en el ciclo de las políticas. El caso de la política pública para la población desplazada por la violencia*. Tesis para optar el título de Maestro en Gobierno y Asuntos Públicos, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Recuperado el 10 de agosto de 2012: <<http://flacsoandes.org/dspace/handle/10469/2827>>



# EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU IMPORTANCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO PERUANO

*Luis Andrés Roel Alva\**  
Universidad de Lima

Partiendo de la premisa de que el Estado Constitucional de Derecho es base del modelo estatal vigente en el Perú, lo que implica que la Constitución es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico nacional, con el Tribunal Constitucional como su garante y protector de los derechos fundamentales, el presente artículo expone la importancia de la elección de los integrantes de dicho órgano jurisdiccional, así como explica las ventajas de la selección sobre la base de los principios de meritocracia, publicidad y transparencia.

## 1. Introducción

Iniciamos la presente ponencia académica precisando que, por decisión del poder constituyente peruano, nuestro modelo estatal es un Estado Constitucional de Derecho, y que por lo tanto nuestra Constitución Política es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico nacional, requiriendo para ello de un órgano jurisdiccional garante, siendo el elegido para esta labor el Tribunal Constitucional.

Este último tiene el deber de resguardar todos los extremos de la Constitución, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica, por el encargo que le ha encomendado el poder constituyente peruano de proteger su obra, manteniendo el planteamiento primigenio de Hans Kelsen respecto de su autonomía e independencia, por lo cual, debe ser un órgano alejado de los poderes clásicos estatales (poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial), así como del resto de órganos contemporáneos con reconocimiento constitucional.

Por ello en la presente ponencia no solo haremos un desarrollo teórico de la figura jurídica del Tribunal Constitucional y de su importancia dentro de

---

\* Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú; magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú; máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha (España); con Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (EE. UU.) en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; con Diploma de Especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Es director fundador de la Revista Estado Constitucional, y docente universitario; miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC); congresista de la República 2020-2021.

nuestro Estado Constitucional de Derecho, sino que, también, expondremos la relevancia de la elección de los magistrados que lo integran, precisamente por las trascendentales funciones que han de realizar.

De la misma forma, presentaremos la notabilidad e impacto que han tenido las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional en el contexto jurídico, político y social del país (Perú), lo cual resalta su relevancia dentro de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

## 2. Estado Constitucional de Derecho

### 2.1. El modelo de Estado Constitucional de Derecho

La evolución de los modelos estatales que han asumido los Estados a lo largo de la historia responde a diferentes situaciones, como por ejemplo el caso del Estado Constitucional de Derecho, cuya adopción por parte de varias naciones europeas fue una respuesta al escenario surgido tras la Segunda Guerra Mundial. Ciertamente, esta última generó una crisis en el modelo de Estado de Derecho clásico (también denominado Estado Legal de Derecho) y de su principio rector de legalidad (la ley era la norma básica y suprema dentro de dicho modelo estatal) que imperaba en dichas naciones.

Efectivamente, tras las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, y en el clima de posguerra, la concepción de la ley como norma básica del Estado generaba incertidumbre y desasosiego respecto al control legislativo que ostentaban las mayorías, toda vez que podrían restringir o quebrantar los derechos fundamentales<sup>1</sup> de las minorías derrotadas en los procesos electorales<sup>2</sup>. Nuestro Tribunal Constitucional (T. C.), expresa al respecto que, para evitar retornar a un absolutismo parlamentario, es imprescindible mantener la jurisdicción constitucional, porque de lo contrario se estarán vulnerando los derechos de aquellos que no simpatizan con el gobierno de turno, quienes quedarían a la merced de una supuesta “mayoría” parlamentaria simpatizante del precitado gobierno (STC. N.º 00030-2005-PI/TC, F. J. 44).

1 A efectos de la presente ponencia, precisamos que los términos *derechos fundamentales* y *derechos constitucionales* se utilizarán como conceptos equivalentes, no siendo relevante su distinción para nuestro propósito, y siguiendo de esta forma la línea argumentativa de destacados autores. Véase: (Peces-Barba, 1999, pp. 37, 38; Castillo, 2007, p. 81).

2 Al respecto, considero relevante citar a los profesores Gascón Abellán y García Figueroa, quienes han expresado sobre este mismo punto que:

Justamente la nota de limitación al poder y garantía de los derechos que define el constitucionalismo es lo que explica que, con independencia de las variables experiencias históricas de cada país, la construcción del Estado Constitucional en el último siglo esté ligada al intento de romper con regímenes políticos de corte autoritario y refundar la organización política sobre un nuevo modelo de legitimidad. Este es el móvil que anima el impulso constituyente en Europa, pues en la factura de la Constitución italiana (1947) y de la Ley Fundamental de Bonn (1949) jugaron un papel no desdeñable, consideraciones puramente empíricas: la experiencia nazi y fascista, donde en nombre de la legalidad vigente se habían producido los crímenes más execrables, aconsejaba adoptar catálogos (constitucionales) de derechos que se impusieran a cualquier política (2005, p. 26).

Siguiendo esta línea de argumentación, coincidimos con Javier Pérez Royo, quien ha expuesto que la necesidad de garantizar los derechos de las minorías y determinar medios efectivos para su protección ha significado un cambio en el paradigma para la gran mayoría de Estados modernos y sus respectivos ordenamientos jurídicos. Así, el mencionado jurista español ha señalado que

Garantías de las minorías frente a la mayoría parlamentaria, efectividad de los derechos fundamentales y distribución territorial del poder, son las tres grandes razones que motivaron la decisión del constituyente europeo de incorporar el control de constitucionalidad al Derecho Constitucional en el siglo XX (2012, p. 119).

Frente a este contexto los planteamientos de Hans Kelsen tuvieron un gran impacto, no solo por otorgarle a la Constitución la calidad de norma jurídica suprema, sino que, además, por su propuesta de establecer un órgano jurisdiccional especializado, autónomo e independiente del resto de poderes y órganos del Estado, encargado de la protección de dicha supremacía, recayendo este encargo en el T. C.<sup>3</sup> En este sentido, y para ampliar lo expuesto, nos permitimos citar al jurista mexicano, Héctor Fix-Zamudio, quien explica que:

*[...] en la primera posguerra surgió el sistema preconizado por el ilustre Hans Kelsen, orientado en el sentido de establecer un tribunal constitucional especializado, al cual debía atribuirse de manera exclusiva el conocimiento de decisión de las cuestiones constitucionales, es decir, el Tribunal o Corte Constitucional, que fue implementado en las Cartas Fundamentales de Austria y Checoslovaquia. [...] después de la tremenda experiencia de las dictaduras nazifacistas y de la Segunda Guerra Mundial, la balanza se ha inclinado por los tribunales constitucionales especializados, [...] (cursivas nuestras) (1980, p. 21).*

Ciertamente, la propuesta de Hans Kelsen significaba un cambio radical en la concepción del modelo de Estado de Derecho, puesto que incorporaba el principio de supremacía constitucional y la figura del T. C., nociones que no se encontraban previstas hasta ese entonces. Al respecto, los profesores Gascón Abellán y García Figueroa han llegado a explicar que:

*[...] suele decirse que el Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de derecho; o mejor, su culminación: si el Estado legislativo de derecho había supuesto*

3 Efectivamente, podemos advertir que, tras la Segunda Guerra Mundial y la culminación de los denominados juicios de Núremberg, los planteamientos de Hans Kelsen tuvieron mayor impacto y relevancia, puesto que, siguiendo al jurista Manuel García Pelayo quien explica que: Dicha noción de órgano constitucional, [...], entró en una cierta penumbra hasta el período del nuevo constitucionalismo europeo que sigue a la Segunda Guerra Mundial, en el que el concepto de órgano constitucional adquiere una gran relevancia en la doctrina y en la praxis jurídico-públicas alemana e italiana [...], tal concepto es lógicamente coherente con la idea del Estado constitucional de Derecho de nuestro tiempo, con la idea de que los órganos fundamentales del Estado no pueden ser otros que aquellos que reciben directamente de la Constitución su status y competencias esenciales a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico político fundamental proyectado por la misma Constitución (1981, p. 13).

la sumisión de la Administración y del Juez al Derecho, y en particular a la ley, *el Estado constitucional de derecho supone que también el legislador viene sometido a derecho, en este caso a la Constitución*. Podría decirse, pues, que el Estado constitucional de derecho incorpora, junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad (cursivas nuestras) (2005, p. 25)

De esta forma, podemos advertir que el modelo estatal planteado por Hans Kelsen fue una respuesta al modelo de Estado de Derecho clásico o también denominado Estado Legal de Derecho, el cual se encontraba instaurado en la mayoría de los países europeos hasta la Segunda Guerra Mundial y que tenía como estandarte al principio de legalidad que determinaba el imperio irrestricto de la ley, otorgando gran poder a las mayorías parlamentarias y a los gobernantes de turno.

Por lo que alcanzamos a concluir que el modelo estatal originado por los planteamientos de Hans Kelsen, denominado Estado Constitucional de Derecho, es una evolución del Estado de Derecho clásico, sustentándose en el principio de la supremacía constitucional y conllevando la creación de los tribunales constitucionales; el cual, como expondremos a continuación, fue el modelo estatal asumido por el constituyente peruano en la Constitución Política de 1993<sup>4</sup>.

## 2.2. El modelo estatal asumido por el Estado peruano

En el apartado anterior hemos afirmado que para comprobar si un Estado ha adoptado el modelo estatal kelseniano (Estado Constitucional de Derecho), este debe cumplir con asumir que la Constitución es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico estatal y como consecuencia de ello se requiere de un garante como lo son los tribunales constitucionales. A partir de lo anterior, podemos ultimar que el modelo estatal asumido por el poder constituyente peruano es de un Estado Constitucional de Derecho, puesto que la Constitución Política de 1993 ha determinado en su artículo 51.º que:

*Artículo 51.º.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado (cursivas nuestras).*

Esta disposición constitucional determina la intención del constituyente de que el Estado peruano asuma el principio de supremacía constitucional, siendo éste una característica fundamental del modelo de Estado Constitucional de Derecho<sup>5</sup>. En relación con este principio contenido en la precitada disposición cons-

4 Cabe precisar que este es también el modelo asumido por el poder constituyente peruano de la Constitución Política de 1979 puesto que en sus artículos 87.º y 296.º.

5 En este extremo, cabe precisar que nuestro Tribunal Constitucional ha enfatizado en su jurisprudencia vinculante que este artículo 51.º de nuestra Constitución Política sustituye el concepto de una supuesta soberanía parlamentaria (principio de legalidad), en favor del principio de supremacía constitucional, que determina que la obra y voluntad de nuestro poder constituyente, la Constitución, es la norma suprema dentro de nuestro ordenamiento jurídico (STC. N.º 05854-2005-PA/TC, F. J. 3).

titucional, nuestro T. C. ha declarado que: «*El artículo 51.º de la Constitución, que consagra el principio de jerarquía y supremacía normativas de la Constitución, dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente*» (cursivas nuestras) (STC. N.º 00022-2004-AI/TC, F. J. 13).

En este sentido, y conforme a lo expuesto, son dos las características básicas requeridas para que podamos afirmar que estamos frente a un Estado constitucional de derecho. Así, se ha concluido que tenemos el principio de supremacía constitucional instaurado expresamente en nuestra Constitución Política. De esta misma forma, en los artículos 200.º<sup>4</sup>, 201.º<sup>7</sup> y 202.º<sup>18</sup> de la propia carta fundamental determinan la instauración del denominado *control concentrado* o control constitucional de las leyes<sup>9</sup>, encargándose dicho control a nuestro T. C. En efecto, el poder constituyente peruano al instaurar la figura del T. C. en nuestra normativa constitucional y en la estructura básica y esencial de nuestro Estado, ha consumado otra de las características principales del modelo de Estado Constitucional de Derecho: que el Estado tenga un órgano jurisdiccional garante de la supremacía constitucional, siendo el ente elegido el T. C.

De ahí que, podemos concluir que este poder constituyente ha deseado adoptar el modelo estatal planteado por Hans Kelsen, con lo cual ha coincidido nuestro T. C., al manifestar que para que se diera el tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho tuvo que afirmarse la tesis respecto al carácter de la Constitución Política como norma jurídica y vinculante tanto de todo poder, fuese este de carácter público o privado, como de la sociedad en su conjunto (STC. N.º 05854-2005-PA/TC, F. J. 3). Esto último es importante tenerlo en cuenta, más aún, en un país como el nuestro, cuya historia republicana se ha caracterizado por una seguidilla de dictaduras militares y civiles, las cuales, en su mayoría, han impuesto su propia Constitución para validar sus regímenes arbitrarios que han afectado los derechos de los ciudadanos y el orden constitucional<sup>10</sup>.

6 Constitución Política de 1993: «Artículo 201.º.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente».

7 Constitución Política de 1993: «Artículo 200.º.- Son garantías constitucionales: [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo».

8 Constitución Política de 1993: «Artículo 202.º.- Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad».

9 Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que:

El objeto de la acción de inconstitucionalidad es efectuar la valoración de una ley o norma con rango de ley de conformidad con la Constitución, ya sea por la forma o por el fondo. Se trata, pues, de un juicio abstracto de constitucionalidad de la norma, en el cual, debido a su propia naturaleza, no se faculta al Tribunal Constitucional a evaluar las afectaciones subjetivas derivadas de la supuesta aplicación de la norma inconstitucional, sino, única y exclusivamente, a cumplir la función de eficacia integradora de la unidad constitucional, sea mediante la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico o a través de la interpretación de conformidad constitucional, cuando sea el caso (STC. N.º 0003-2004-AI/TC, F. J. 2).

10 Afirmamos lo previamente señalado porque en nuestra historia republicana tenemos doce Constituciones que han regido el Estado peruano desde su independencia y fundación, que son: 1)

Así entonces, al asumir que nuestra carta constitucional es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico peruano, se imposibilita que cualquier otra norma o acto, sea público o privado, pueda contravenirla. Esto a su vez exige tener un órgano jurisdiccional que sea el protector de esta supremacía normativa, lo cual requiere que se mantenga autónomo e independiente del resto de los poderes y órganos estatales para que pueda cumplir con tal importante tarea (STC. N.º 00006-2019-CC/TC, F. J. 162).

De esta forma podemos concluir en este acápite, debido a lo antes expresado, que el actual modelo estatal asumido por el poder constituyente peruano es de un Estado Constitucional de Derecho, puesto que, en su propia obra, la Constitución Política de 1993, se determina de forma expresa que es la norma suprema dentro de nuestro ordenamiento jurídico estatal y asimismo se establece que su protector es el T. C., cumpliéndose con las características del modelo kelseniano que previamente hemos descrito.

### 3. Tribunal Constitucional peruano

#### 3.1. La figura jurídica del Tribunal Constitucional

Conforme hemos presentado en la primera parte de esta ponencia, el T. C. inspirado en la tesis planteada por Hans Kelsen se ha constituido en el principal defensor de la supremacía normativa y vigencia de la Constitución. Y es que, como en el caso peruano y de otros Estados modernos, estamos en un Estado Constitucional de Derecho, lo cual exige tener presente que nuestro poder constituyente ha decidido que la Constitución es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico y que la misma requiere de un garante como lo es el T. C.

En esta misma línea de argumentación nos permitimos citar a Jorge Carpizo, quien ha destacado la labor de los tribunales constitucionales en los Estados que los han adoptado y cuyos contextos, como el nuestro, han obligado a estos órganos jurisdiccionales a realizar una labor activa en la defensa del ordenamiento constitucional, y, sobre todo, los derechos fundamentales de los ciudadanos, señalando que:

[...] los tribunales constitucionales se encuentran en una situación privilegiada para defender y proteger los derechos humanos de las arbitrariedades y violaciones que existen incluso en los gobiernos y sociedades de los países más civilizados, ni qué decir de los nuestros de América Latina, y de la gran mayoría de África y Asia (2009, p. 39).

Ciertamente, el T. C. al tener el encargo del poder constituyente de proteger su obra, tiene el deber de resguardar todos los extremos de la Constitución, tanto

---

Constitución de 1823, 2) Constitución de 1826, 3) Constitución de 1828, 4) Constitución de 1834, 5) Constitución de 1839, 6) Constitución de 1856, 7) Constitución de 1860, 8) Constitución de 1867, 9) Constitución de 1920, 10) Constitución de 1933, 11) Constitución de 1979, y, 12) Constitución de 1993. Al respecto, para mayor estudio, revítese la obra de Carlos Ramos Núñez (2018).

en su parte dogmática como en su parte orgánica<sup>11</sup>. Cabe precisar que los Estados que han asumido la tesis kelseniana y, a su vez, han adoptado la figura del T. C., lo han hecho conforme a sus necesidades y realidades, por lo que las funciones que este tipo de Tribunales ostentan varían conforme a cada Estado.

En este mismo sentido, nuestro T. C., al realizar un análisis del procedimiento de elección de sus miembros comparándolo con los procedimientos de selección existentes en otros países de América, determinó que todos cuentan con órganos jurisdiccionales con facultades semejantes a las de un tribunal constitucional, aunque no tengan esta denominación explícita; y, sobre todo, se concluyó que todas estas altas Cortes tenían en común ser las más importantes en sus respectivos países (STC. N.º 00006-2019-CC/TC, F. J. 171).

Asimismo, debemos destacar que, actualmente, no son pocos los tribunales constitucionales dentro de los Estados Constitucionales de Derecho modernos que asumen dos roles fundamentales, como en nuestro caso, siendo estos<sup>12</sup>: 1) ser garante de la supremacía de la Constitución (rol básico y elemental de la teoría de Kelsen para estos Estados); y, 2) ser defensor de los derechos contenidos en ella (papel que no contemplaba en sus inicios la teoría kelseniana)<sup>13</sup>. Al respecto, el profesor César Landa Arroyo explica que:

*En tanto órgano jurisdiccional, por tanto, el Tribunal asume un activo control de constitucionalidad, no solo ya como legislador negativo, sino también como un auténtico promotor del respeto de los derechos fundamentales, precisando su contenido y estableciendo sus límites a través de la interpretación jurídica de la Constitución y de la teoría*

11 Para explicar estas dos partes de la Constitución Política, citamos al profesor Carlos Hakansson Nieto, quien ha expresado sobre este tema que:

*La Constitución peruana de 1993 se compone de un preámbulo y doscientos seis artículos distribuidos en seis títulos, dieciséis disposiciones finales y transitorias, dos disposiciones transitorias especiales y una declaración final. Como todas las constituciones modernas, cuenta con una estructura dividida tradicionalmente en parte dogmática y orgánica. La primera que reconoce los derechos, libertades y principios que inspiran toda constitución y, la segunda, que establece los mecanismos jurídicos para garantizar sus fines y que se inspiran en el principio de separación de poderes (cursivas nuestras) (2013, p. 13).*

12 Sobre esta misma idea, nos permitimos citar al profesor chileno Humberto Nogueira Alcalá, quien, además de detallar que los Tribunales Constitucionales se caracterizan por ser órganos permanentes, independientes e imparciales de instancia única, expresa que:

Así podemos conceptualizar los Tribunales Constitucionales como órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes como núcleo esencial a la constitucionalidad de normas infraconstitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose generalmente la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídico las normas consideradas inconstitucionales (cursivas nuestras) (2006, p. 80).

13 Respecto de estos roles que ejerce el Tribunal Constitucional, estos se encuentran relacionados con las finalidades de los procesos constitucionales, sobre los cuales el mismo Tribunal ha precisado que el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que estos: «tienen como finalidad, por un lado, garantizar el principio jurídico de la supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución) y, por otro, preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona (artículo 1.º de la Constitución)» (STC. N.º 0266-2002-AA/TC, F. J. 5).

*de la argumentación.* En consecuencia, es muy difícil, ahora, sostener, frente a una eventual inactividad del legislador, aquel modelo kelseniano puro y simple, en la medida que en la Constitución no solo existen derechos fundamentales sino también principios constitucionales y valores superiores (cursivas nuestras) (2006a, p. 252).

Efectivamente, podemos afirmar que nuestro poder constituyente ha dispuesto que nuestro modelo estatal sea el planteado por Hans Kelsen, por lo que, en el contexto jurídico peruano, nuestro T. C. no solo realiza el control concentrado que es su función histórica, a partir de la tesis kelseniana, sino que, además, es el último defensor de los derechos fundamentales y el supremo intérprete de la Constitución. Sobre este mismo punto, Enrique Bernaldes Ballesteros opinó, en su momento, diciendo que:

El Tribunal Constitucional peruano, regulado por la Constitución de 1993 en su artículo 201, tiene como antecedente único en el Perú al Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución de 1979. *En ambos casos, el Perú asume el modelo kelseniano de contencioso constitucional* (cursivas nuestras) (2001, p. 51).

A partir de lo expuesto en este apartado podemos afirmar que el poder constituyente peruano, al asumir el modelo de Estado Constitucional de Derecho, que se sustenta en la teoría kelseniana, se adjudicó sus elementos esenciales que son tanto el principio de supremacía constitucional como de la existencia de un órgano jurisdiccional garante de esta, denominándose a este último T. C., al cual nuestro poder constituyente ha encargado otras funciones constitucionales específicas, como expondremos más adelante.

### **3.2. Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución Política de 1979**

Antes de desarrollar las funciones del T. C. peruano establecidas en nuestra actual Constitución Política, es necesario analizar su antecesor en nuestra historia constitucional: el Tribunal de Garantías Constitucionales (T. G. C.), el mismo que fue creado en la Constitución de 1979. Efectivamente, el poder constituyente de dicha carta fundamental dispuso en sus artículos 296° y 298° que:

Artículo 296.°.- El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución.

[...]

Artículo 298.°.- El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

- 1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo y
- 2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial.

Sobre esta otrora normativa constitucional, el profesor nacional Carlos Ramos Núñez asevera que la inspiración para establecer el T. G. C. en la carta constitucional de 1979, se basa en las constituciones españolas de 1931 (Segunda República, de la cual se copió el nombre de «Tribunal de Garantías Constitucionales») y 1978; posibilitándose por primera vez el control concentrado de la Constitución, en oposición al control político ejercido por el Congreso o el Consejo de Estado, hasta entonces el único que existía. Añade, el citado autor, que con esta carta política de 1979 quedaron claramente definidos el *habeas corpus* (existente en el Perú desde 1897), el proceso de amparo y la acción de inconstitucionalidad (2018, pp. 102, 103).

Esta misma idea es desarrollada por el jurista mexicano, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien comenta, en relación con su origen, funciones y su breve aparición en nuestro Estado, que:

*La Constitución peruana de 1978 que entró en vigor el 28 de julio de 1979, crea un Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya denominación, al igual que el órgano constitucional ecuatoriano antes referido, fue tomado del modelo español de 1931. Las facultades principales de este órgano fueron conocer en última instancia de las acciones de amparo y de habeas corpus, así como de la acción popular y de inconstitucionalidad de leyes. Este tribunal desaparece el 5 de abril de 1992 con el autogolpe del presidente Alberto Fujimori. En la Constitución de 1993 se crea un Tribunal Constitucional, ampliándose sus facultades con respecto al anterior órgano de control constitucional (cursivas nuestras) (2002, pp. 74, 75).*

A partir de la normativa que tenía nuestra anterior Constitución y de lo expuesto por los profesores citados, el T. G. C. fue el primer intento del Estado peruano como un modelo de Estado Constitucional de Derecho en su historia Republicana, al determinar el principio de supremacía constitucional en su artículo 87.<sup>14</sup>, así como la creación del T. G. C. y el control constitucional de las leyes conforme a los precitados artículos 296.º y 298.º de la entonces carta fundamental, citados previamente. Sobre esta característica del T. G. C., consideramos necesario citar a Juan Morales Godo, quien expone que:

*La Constitución de 1979 crea el órgano encargado del control de la Constitucionalidad de las leyes, al que denomina Tribunal de Garantías Constitucionales, en demostración clara de la influencia del modelo español. Fue un órgano al que se le dotó de plena autonomía e independencia, aun cuando no se mencionan estas cualidades en la Carta suprema. En el pensamiento de los constituyentes estaba la creación de un ente independiente de los demás poderes del Estado, que procure el equilibrio indispensable en el ejercicio del poder que se les había conferido. Los poderes legislativo y ejecutivo son los que crean las normas en mayor proporción y trascendencia, por lo*

14 Constitución Política de 1979: «Artículo 87.º.- La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica. La publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado. La ley señala la forma de publicación y los de su difusión oficial» [cursivas nuestras].

*que tiene que ser otro organismo el que controle la coherencia de dichas normas con la Constitución (cursivas nuestras) (2000, p. 71).*

Por lo que podemos concluir que la Constitución Política de 1979 adoptó el modelo estatal kelseniano, determinando el rango jerárquico supremo de la Constitución dentro de nuestro ordenamiento jurídico y al T. G. C. como su principal garante, al encargarle el control constitucional de las leyes, así como otras funciones constitucionales.

### 3.3. El Tribunal Constitucional en la Constitución de Política de 1993

Ahora bien, en el presente apartado nos toca desarrollar la figura jurídica del T. C. peruano a partir de la normativa de la Constitución Política de 1993 vigente, pudiendo advertir que el poder constituyente mantuvo el modelo kelseniano para el refundado Estado peruano tras el autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992 realizado por el, entonces, presidente del Perú, Alberto Fujimori<sup>15</sup>.

Afirmamos lo anterior, en cuanto se mantienen los elementos esenciales de dicho modelo estatal, como el reconocimiento a la supremacía normativa de la Constitución, así como la creación del órgano de control constitucional, que en este caso es el T. C. actual. Efectivamente, el poder constituyente peruano ha encargado a nuestro T. C. la defensa de su obra, la Constitución, en su condición de norma jurídica suprema dentro de nuestro ordenamiento vigente, en la cual se incluyen sus contenidos como son: los derechos fundamentales, las reglas básicas para la convivencia social y política, y la regulación en general del proceso de producción normativa nacional (STC. N.º 0020-2005-PI/TC y STC. N.º 00021-2005-PI/TC (Acumulados), F. J. 19).

Así, podemos señalar que el T. C., al tener el encargo del poder constituyente de proteger su obra, tiene el deber de resguardar todos los extremos de la Constitución, tanto su parte dogmática como su parte orgánica (Hakansson, 2013, p. 13), siendo este deber derivado tanto de la normativa constitucional expresa como de LA doctrina y jurisprudencia constitucional vinculante del

15 Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha concluido, en el caso de la demanda de inconstitucionalidad presentada por Alberto Borea Odría y más de 5 000 ciudadanos contra el denominado «documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993» (sic), que:

[...] el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. *Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993.* Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81.º de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346.º del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional (cursivas nuestras) (STC. N.º 00014-2003-AI/TC, F. J. 6).

mismo Tribunal<sup>16</sup>, respecto de lo cual vamos a exponer de forma amplia a continuación.

### 3.3.1. *Garante de la supremacía constitucional*

Conforme hemos señalado en líneas anteriores, históricamente, los tribunales constitucionales han asumido como función principal el control concentrado o constitucional de las leyes, cuyo objetivo principal es la erradicación de cualquier norma legal (o que ostente su misma jerarquía normativa) que contravenga alguna disposición constitucional.

Esta relevante función se encuentra determinada en el inciso 4 del artículo 200.º y el artículo 201.º de la Constitución Política vigente, que disponen:

Artículo 200.º.- Acciones de Garantía Constitucional Son garantías constitucionales: [...]

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.  
[...]

Artículo 201.º.- Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Así podemos advertir que la función histórica de este tipo de Alto Tribunal, que fuera determinada por primera vez en nuestro Estado en la Constitución Política de 1979, se mantiene vigente en nuestra normativa constitucional actual (Bernaldes, 2001, p. 51). Sobre este punto, consideramos pertinente la opinión de Juan Morales Godo, quien recuerda que en un principio se pensó crear una Sala especial dentro de la Corte Suprema de Justicia, para que se encargara del control de la constitucionalidad, lo cual a nuestro parecer hubiera ido en perjuicio de la autonomía e independencia necesarias para ejercer sus funciones. El mismo autor concluye que tras el debate constituyente terminó optándose finalmente por la

16 Código Procesal Constitucional:

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolverla controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

creación de un «Tribunal Constitucional», enfatizando que el mismo es el órgano de control de la Constitución y por lo tanto autónomo e independiente (2000, p. 73).

De esta forma, podemos aseverar que el T. C., actualmente, mantiene su rol histórico de garante de la obra del poder constituyente, avalando el cumplimiento del principio de supremacía constitucional, lo cual, en palabras del propio Tribunal, tiene varias funciones y efectos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, concluyendo en que es su deber preservar la supremacía jurídica de la Constitución, ejerciendo una función valorativa (haciendo respetar los valores constitucionales), una función pacificadora (descartando las normas contrarias a la Constitución) y una función racionalizadora (restableciendo la racionalidad y unidad del ordenamiento jurídico constitucional) (RTC. N.ºs 00050-2004-PI/TC, 00051-2004-PI/TC, 00004-2005-PI/TC y 00007-2005-PI/TC (Acumulados), F. J. 6).

En este mismo sentido, a partir de la normativa constitucional precitada, le reconoce el rol de órgano de protección de la Constitución, a través del proceso de inconstitucionalidad, mediante el cual se logran las funciones valorativa, pacificadora y racionalizadora de nuestro ordenamiento jurídico; estas funciones, conforme explica nuestro T. C., persiguen las siguientes finalidades:

[...] *el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201º de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1º de la Ley N.º 28301), tiene, en el proceso de inconstitucionalidad, funciones esenciales tales como: a) la valoración de la disposición sometida a enjuiciamiento, a partir del canon constitucional, para declarar su acomodamiento o no a ese canon; b) la labor de pacificación, pues debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y, c) la labor de ordenación, toda vez que, sus decisiones, ya sean estimatorias o desestimatorias, tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho —en especial sobre los órganos jurisdiccionales—, y sobre los ciudadanos en general [...]* (cursivas nuestras) (STC. N.º 00054-2004-PI/TC, F. J. 16).

Por ello, respecto de su rol de garante de la supremacía constitucional, el T. C. mantiene esta importante y esencial función dentro de nuestro Estado Constitucional de Derecho, la misma que se mantiene y continúa el modelo estatal de nuestra anterior carta constitucional.

### 3.3.2. Último defensor de los derechos constitucionales

Conforme determina el inciso 2 del artículo 202.º de la Constitución Política, el T. C. es el encargado de conocer, en última y definitiva instancia, las causas constitucionales en materia de protección de los derechos fundamentales. Literalmente, esta disposición constitucional determina que:

Artículo 202.º.- Atribuciones del Tribunal Constitucional Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *hábeas corpus*, *amparo*, *hábeas data*, y *acción de cumplimiento*.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley (cursivas nuestras).

Esta es una función adicional a la que históricamente le ha sido encomendada al T. C. (haciendo referencia al control concentrado que es parte de la teoría *kel-seniana*), teniendo una relación intrínseca con la función auténtica de este órgano jurisdiccional. Y es que, si el T. C. históricamente se ha encargado de defender todos los contenidos y disposiciones de la Carta Fundamental, dentro de éstos tenemos los derechos fundamentales, los cuales se encuentran en la denominada parte dogmática de la Constitución Política (Hakansson, 2013, p. 13).

De ahí que podemos afirmar que el T. C. al tener esta función descrita en el inciso 2 del artículo 202.º de la Constitución Política, está protegiendo también la supremacía constitucional, siendo esta la noción de la teoría de la doble dimensión de protección de los procesos constitucionales<sup>17</sup>. En este extremo, el T. C. peruano ha declarado que:

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. *De ahí que formen parte de su accionar, la defensa in toto de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal* (cursivas nuestras) (STC. N.º 02409-2002-AA/TC, F. J. 1, a).

Ciertamente, esta función constitucional que posee el T. C. respecto de la protección de los derechos fundamentales permite darles una esperanza a los ciudadanos cuando los jueces del Poder Judicial fallan en su intento de brindar justicia constitucional (en caso de que las decisiones judiciales en sus dos instancias resulten contrarias —improcedente e infundada— al recurrente), respecto de la cual, el profesor César Landa Arroyo ha manifestado la importancia de controlar los actos de las personas con poder, sea público o privado, a través de la justicia constitucional, a fin de hacer respetar los derechos fun-

---

17 Sobre este punto cabe citar lo declarado por el Tribunal Constitucional, quien ha señalado que: Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En él, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, prima facie, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino «la defensa de la Constitución» como norma jurídica suprema. No obstante, aun cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre 2 fuentes de distinta jerarquía («Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro [...]; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control»), tal como ha afirmado este Colegiado, también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del CPConst (STC. N.º 0020-2005-PI/TC y N.º 0021-2005-PI/TC (Acumulados), F. J. 16).

damentales y defender los derechos de las minorías; lo cual es de suma necesidad si queremos un sistema político democrático dentro de nuestro Estado (2006b, pp. 6, 7).

Concluimos este punto aseverando que la función de último garante de los derechos fundamentales del T. C. deriva no solo de un encargo expreso por parte de nuestro poder constituyente, sino que este se deriva, a su vez, de su función histórica de protector de la supremacía normativa de la Constitución Política. Afirmamos lo anterior porque el T. C. al proteger en última instancia los derechos fundamentales de los ciudadanos, garantiza, a su vez, el respeto a su parte dogmática, y de esta forma, cumple su función de guardián de la carta constitucional y su hegemonía dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

### 3.3.3. *Órgano resolutor de los conflictos de competencias y atribuciones constitucionales*

Debemos advertir que el proceso constitucional competencial no tiene un reconocimiento en el artículo 200.º de la Constitución Política, en el cual se determina el listado de las denominadas «garantías constitucionales», que, tras la vigencia del Código Procesal Constitucional<sup>18</sup>, se las denominan «procesos constitucionales»<sup>19</sup>, y en cuyo catálogo se encuentra regulado el mencionado proceso competencial, en el Título IX del citado cuerpo procesal.

Ahora, el Código Procesal Constitucional recoge el proceso competencial de lo determinado por el inciso 3 del artículo 202.º de la Constitución Política, en el cual se establece que el T. C. es el encargado de conocer conflictos de competencia, o de atribuciones, entre órganos estatales con reconocimiento constitucional<sup>20</sup>. Textualmente, esta disposición constitucional establece que:

18 Cabe precisar que el Código Procesal Constitucional es considerada Ley Orgánica conforme con el artículo 200.º de nuestra Constitución Política que dispone: «Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas».

19 Código Procesal Constitucional:

#### DISPOSICIONES FINALES

##### PRIMERA.- Denominaciones empleadas

Para los efectos de este Código, se adoptarán las siguientes denominaciones:

- 1) Proceso de hábeas corpus, a la acción de hábeas corpus;
- 2) Proceso de amparo, a la acción de amparo;
- 3) Proceso de hábeas data, a la acción de hábeas data;
- 4) Proceso de inconstitucionalidad, a la acción de inconstitucionalidad;
- 5) Proceso de acción popular, a la acción popular;
- 6) Proceso de cumplimiento, a la acción de cumplimiento; y,
- 7) Proceso competencial, a los conflictos de competencias o atribuciones.

20 Código Procesal Constitucional:

#### Artículo 109.º.- Legitimación y representación

El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales [...]

Artículo 202.º.- Atribuciones del Tribunal Constitucional Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. *Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley (cursivas nuestras).*

De esta forma, el poder constituyente le ha encargado al T. C. peruano ser el órgano encargado de resolver los conflictos entre los entes con reconocimiento constitucional<sup>21</sup> respecto de funciones determinadas expresamente en la Constitución Política<sup>22</sup>, pudiendo ser tres tipos de conflictos constitucionales, a partir de la jurisprudencia de este mismo Tribunal, que son: 1) conflicto positivo, 2) conflicto negativo y 3) conflicto por omisión<sup>23</sup>.

Así, a través de este rol del T. C. se busca no solo que se respete la obra del poder constituyente, la Constitución Política, sino que, además, se proteja el principio de separación de poderes<sup>24</sup>, el mismo que es un componente esencial y básico

---

21 En relación con el elemento subjetivo exigido por el proceso constitucional competencial, el Tribunal Constitucional ha declarado que:

[...] el Tribunal Constitucional ha señalado que, para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o de atribuciones, debe concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. Así, se ha señalado que el elemento subjetivo implica que los sujetos involucrados en el conflicto cuenten con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales por expresa disposición hoy del art. 109 del Código Procesal Constitucional. Es decir, se trata de un caso de legitimidad especial (STC. N.º 00006-2006-PC/TC, F. J. 6).

22 En relación con el elemento objetivo exigido por el proceso constitucional competencial, el Tribunal Constitucional ha declarado que:

El proceso competencial resulta de importancia justamente para dirimir las controversias que se susciten en torno a las atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado y, en consecuencia, el desarrollo del sistema democrático requiere que los casos como el presente sean deliberados y resueltos por este órgano de control de la Constitución (ATC. N.º 00006-2019-CC/TC (Auto 1-Calificación), F. J. 25).

23 De forma amplia y precisa, el Tribunal Constitucional ha desarrollado las definiciones de estos conflictos constitucionales, de la siguiente forma:

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha distinguido, hasta ahora, *tres clases de conflictos de competencias*. Mientras el *conflicto constitucional positivo* se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional, el *conflicto constitucional negativo* se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional. Junto a ellos se ha advertido también el *conflicto por omisión* en cumplimiento de acto obligatorio, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. En este no se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro [cursivas nuestras] (STC. N.º 00006-2006-PC/TC, FF. JJ. 17 y 18).

24 Respecto del concepto del principio de separación de poderes, el Tribunal Constitucional ha declarado que:

para cualquier Estado de Derecho; y también, al garantizar que todos los entes constitucionales cumplan con sus deberes constitucionales estipuladas en la carta fundamental, se busca el buen funcionamiento del Estado peruano<sup>25</sup>.

Por lo que podemos advertir que esta función constitucional encargada a nuestro T. C. es una herramienta específica que coadyuva a garantizar la supremacía de la Constitución Política y sus contenidos. Esto se encuentra relacionado con lo expuesto en el apartado anterior, respecto del rol de último protector de los derechos fundamentales que pretende garantizar la parte dogmática de la Constitución, puesto que la atribución constitucional del Tribunal, materia de este apartado, se orienta a asegurar la parte orgánica de esta última.

### 3.3.4. *Supremo intérprete de la Constitución*

Debemos precisar que esta atribución no se encuentra de forma expresa y literal en nuestra Constitución Política, a diferencia de las funciones antes expuestas. Al respecto, podemos señalar que esta literalidad no hace falta, puesto que deviene como consecuencia de las atribuciones que poseen reconocimiento constitucional expreso.

Afirmamos lo anterior porque si el T. C. es el órgano jurisdiccional encargado de velar por su preeminencia normativa dentro de nuestro Estado Constitucional de Derecho y es el último defensor de los derechos fundamentales reconocidos en la carta fundamental, así como es el órgano encargado de resolver y determinar los conflictos de competencias entre entes constitucionales, entonces las decisiones que haga en estas situaciones y sus interpretaciones son mandatorias para todos los poderes y órganos constitucionales del Estado, y también para los particulares, porque son extensiones de la misma Constitución Política<sup>26</sup>.

---

[...] este Tribunal ha señalado que lo concerniente a la separación de poderes y al régimen político diseñados por la Constitución es un límite para su reforma, por ser parte de una especie de “núcleo duro” conformado por aquellos valores y principios básicos que dan identidad a nuestro texto constitucional [...]. Pero nuestro sistema de división de poderes tiene ciertas particularidades, que no son más que adaptaciones a nuestra propia realidad y necesidades. Como ha sido notado por este Tribunal, el principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43 de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Constitución ha establecido la existencia de órganos constitucionales, así como de los gobiernos regionales y los gobiernos locales [...] (STC. N.º 00006-2019-CC/TC, FF. JJ. 27 y 28).

25 Sobre este tema, considero importante lo expresado por Victorhugo Montoya y otros, quienes han expuesto la necesidad de establecer un mecanismo estatal que defina las competencias y atribuciones previstas por la Constitución Política, cautelando la efectiva distribución de estas y garantizando el principio de supremacía constitucional y de esta forma, la continuidad del Estado Constitucional de Derecho, conforme a lo determinado por el poder constituyente en su obra (Montoya, Quispe y Chilo, 2016, p. 24).

26 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha determinado sobre este tema que la supremacía normativa se refiere tanto a la vertiente objetiva (la Constitución como ley suprema) como a la subjetiva (no puede ser vulnerada por actos de ningún poder público o privado) (STC. N.º 5854-2005-PA/TC, F. J. 6).

Por otro lado, en donde sí se encuentra de forma literal es en el artículo 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual determina:

Artículo 1.º.- Definición

*El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido solo a la Constitución y a su Ley Orgánica. [...]* (cursivas nuestras).

Sobre este punto, el T. C. peruano sobre su rol interpretativo ha manifestado que, como ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, es competente en la hermenéutica de esta y tiene como función declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas contenidos en la misma (STC. N.º 02409-2002-AA/TC, F. J. 1, a).

Por lo expuesto, tanto por lo determinado expresamente en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como en la interpretación de las funciones y consecuencias que le otorga literalmente la Constitución Política al T. C., podemos concluir que este último es el supremo intérprete de la misma carta fundamental.

#### **4. La importancia del Tribunal Constitucional en el Estado peruano**

A partir de lo expuesto y desarrollado en los apartados anteriores de la presente ponencia, el surgimiento de la figura jurídica del T. C. como órgano jurisdiccional encargado de la protección de la supremacía constitucional, data de los inicios del siglo XX, siendo fundamental la postulación teórica de Hans Kelsen para que asuma este rol dentro de los Estados de Derecho y en su nueva concepción de Estado Constitucional de Derecho.

Efectivamente, en el caso peruano, nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, lo que exige tener presente que el poder constituyente ha asumido que la Constitución es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico estatal y que la misma requiere de un garante como lo es el T. C., que, al tener el encargo del poder constituyente de proteger su obra, tiene el deber de proteger todos los extremos de la Constitución, tanto su parte dogmática como su parte orgánica, a partir de sus diferentes atribuciones y conforme a las finalidades de los procesos constitucionales que pueden ser de su conocimiento<sup>27</sup>. En este sentido, compartimos la importancia que otorga Eduardo García de Enterría a los tribunales constitucionales dentro de los Estados Constitucionales, indicando que su ausencia implica una herida mortal para la carta magna y para el mismo Estado Constitucional de Derecho, pues la

27 Constitución Política de 1993:

Artículo 202.º.- Atribuciones del Tribunal Constitucional Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, y acción de cumplimiento.

3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

somete a vicisitudes coyunturales en función del partido que esté de turno en el poder (1985, p. 186).

Ciertamente, los tribunales constitucionales han servido como una defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de la arbitrariedad en las acciones de los representantes y funcionarios de los Estados cuyas democracias e institucionalidad son frágiles; por lo que, en la actualidad, la relevancia de estos órganos jurisdiccionales no solo se encuentra en su labor primigenia de legislador negativo del ordenamiento jurídico, sino que, además, han de ser un agente dinámico de la defensa de los derechos de los ciudadanos tanto frente a los ataques de la administración pública, como de entes y/o personas particulares (Landa, 2006a, p. 252; Landa, 2006b, pp. 5, 6; Nogueira, 2006, pp. 26, 27).

En este mismo sentido argumentativo, coincidimos con los planteamientos del profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, quien explica que estos tribunales desde su aparición en las estructuras estatales y a través del impacto en sus decisiones jurisdiccionales, han generado cambios trascendentales en las realidades jurídicas, políticas, sociales y económicas de los países en los que han sido incorporados dentro su organización jurisdiccional. Sobre este punto, citamos lo expuesto por el mencionado profesor Néstor Pedro Sagüés, quien menciona lo siguiente:

*El comportamiento de la jurisdicción constitucional como agente de cambio social es muy explicable cuando se trata de efectivizar directrices constitucionales claras, o reglas provenientes, igualmente claras, cuando las hay, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tiene que cubrir más exigencias si se trata de ejecutar derechos no emergentes directamente del texto constitucional, sino producto del desarrollo constitucional realizado por la misma jurisdicción constitucional (caso, v. gr., de los derechos constitucionales no enumerados), donde ejerce, en verdad, papeles constituyentes por encomienda de la propia Constitución (cursivas nuestras) (2011, pp. 301, 302).*

Y es que, la relevancia de las decisiones de estos Tribunales supera lo estrictamente jurídico normativo, llegando a los aspectos sociales y políticos del Estado y de su sociedad. Al respecto, el T. C. ha establecido el sentido social que impregna su accionar, pues establece a través de su jurisprudencia las pautas para la convivencia en busca de una sociedad justa y libre, con igualdad de oportunidades; asimismo, a través de sus exhortos formula advertencias para no salir del camino trazado por el poder constituyente en la Constitución; y, además, considera como parte de este sentido social a la difusión del mensaje constitucional a través de sus audiencias descentralizadas (STC. N.º 00048-2004-PI/TC, FF. JJ. 2, 7), que en la actualidad no se realizan de forma continua y frecuente como en periodos y colegiados del T. C. anteriores (Roel, 2018a, pp. 15-19).

En el caso peruano podemos advertir que las decisiones de nuestro T. C. han tenido un gran impacto en el contexto nacional, siendo esto último más evidente en el reconocimiento y desarrollo de los contenidos constitucionales de los derechos fundamentales, conforme lo expondremos a continuación.

#### 4.1. Las decisiones que han impactado el contexto nacional

En el capítulo previo de esta ponencia hicimos un análisis de las funciones constitucionales del T. C. peruano, las cuales tienen una gran relevancia para garantizar nuestro Estado Constitucional de Derecho, todos los contenidos de nuestra Constitución Política y los derechos fundamentales. En tal sentido, a partir de estas funciones también existe una gran notabilidad e impacto que han tenido las decisiones jurisdiccionales del T. C. en el contexto jurídico, político y social del país (Perú), es así como nos permitimos citar al jurista colombiano Juan Carlos Henao Pérez, quien bajo este tenor sostiene, en relación con la magistratura constitucional, que:

*Es indudable que el juez constitucional es un actor en las políticas públicas, ya que —en razón del ejercicio de acciones judiciales— evidencia situaciones socialmente relevantes, formula posibles soluciones, ordena su implementación y evalúa todo el proceso. Se ha pronunciado en diversos campos: por ejemplo, en política carcelaria, desplazamiento forzado, vivienda, salud, regulación salarial y género (cursivas nuestras) (2013, p. 98).*

Indudablemente, las decisiones y su impacto de los fallos de estas Altas Cortes en los contextos de sus países son muy relevantes, en tal extremo, que podrían cambiar no solo aspectos jurídicos, sino que, a su vez, sociales y políticos. Sobre este punto, citamos lo expuesto por el jurista español Francisco Rubio Llorente, quien declara:

*Es necesario también que los jueces consideren al Tribunal Constitucional como lo que efectivamente es, como una parte esencial de nuestro sistema jurídico-político y acudan ante él no sólo para que el Tribunal les resuelva los problemas políticos ante los que eventualmente puedan encontrarse, sino como medio de conseguir una adecuación eficaz del ordenamiento a la Constitución (1982, p. 37).*

En el caso de nuestro T. C. podemos advertir que sigue esta misma noción de importancia para el Estado peruano y su sociedad. Al respecto, consideramos pertinente citar lo expresado por el expresidente del Tribunal Constitucional peruano, Javier Alva Orlandini, quien ha sostenido que:

*Siendo el Tribunal Constitucional un órgano jurisdiccional, sus decisiones tienen necesariamente repercusiones políticas debido a que está encargado de controlar necesariamente la constitucionalidad de todo el sistema jurídico. Sin embargo, el hecho de que el juez constitucional tenga que resolver con frecuencia controversias relevantes de indudable contenido político, no significa, en ningún caso, que pueda ponerse en cuestión su funcionamiento (cursivas nuestras) (2004, p. VI).*

En este mismo sentido, nos parece correcta la opinión del profesor nacional, Samuel Abad Yupanqui, quien ha expresado, sobre este tema y sobre la importancia que tiene el T. C. y, principalmente, en una época específica de sus

labores jurisdiccionales, en la cual se realizó una significativa tarea de *reinterpretar* los alcances de la Constitución peruana. En sus propias palabras el citado jurista ha expuesto que:

*En los últimos años, el rol del Tribunal Constitucional [...] ha sido decisivo para interpretar y ampliar los contenidos de las normas previstas por la Carta de 1993. [...], el 30 de mayo del 2002, el Congreso mediante Resolución Legislativa N.º 017-2001-CR designó a los magistrados Javier Alva Orlandini, Juan Bautista Bardelli, Víctor García Toma y Magdiel Gonzales Ojeda. Ello permitió contar con una nueva conformación del Tribunal Constitucional cuya jurisprudencia ha constituido un elemento decisivo para «reinterpretar» los alcances de la Constitución de 1993 (cursivas nuestras) (2010, pp. 69, 80, 81).*

Ciertamente la importancia de nuestro T. C. y sus decisiones jurisdiccionales en nuestra realidad jurídica, social y política es notoria, y el mismo Tribunal ha reconocido esta responsabilidad en su propia jurisprudencia, así como su rol como pacificador de conflictos sociales dentro del Estado peruano, por lo cual muchas veces sus decisiones en los procesos constitucionales que lleva a cabo tienen gran impacto en los medios académicos y de comunicación social (STC. N.º 00048-2004-PI/TC, F. J. 2, 7).

Asimismo, tenemos lo señalado por el profesor César Landa Arroyo, en relación con la evolución jurisprudencial en materia de desarrollar los contenidos y los alcances de los derechos fundamentales —su parte dogmática— por parte de nuestro T. C. Este reconocido profesor y ex presidente del T. C. ha declarado que:

*[...] ha sido en el ámbito de la justicia constitucional donde los derechos sociales han obtenido no solo protección ya sea frente a la administración estatal y al legislador, sino también un desarrollo importante a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la misma que precisado su progresividad, exigibilidad, así como sus límites. Con lo cual se van asentando, en nuestro ordenamiento constitucional, las bases para superar aquella concepción positivista y formal que ve en los derechos sociales meras declaraciones programáticas, lo cual no es una tarea fácil puesto que esta forma de concebirlos se deriva, en último término, de una debilidad política que es también fruto de una debilidad teórica (cursivas nuestras) (2007, p. 365).*

Justamente, un ejemplo de la relevancia e importancia de sus decisiones es el impacto en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sobre este extremo, el T. C. respecto al actuar del Estado frente a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, ha sostenido que la ejecución presupuestal en las políticas sociales no debe ser considerada exclusivamente como un gasto, sino considerarse una inversión para el cumplimiento de un fin comunitario; exhortando para que todos los ciudadanos gocen con las garantías mínimas para el logro de sus planes de vida, para un mejoramiento de la sociedad en su conjunto que posibilitará un mejor desarrollo como país (STC. N.º 02016-2004-AA/TC, F. J. 43).

Así, sobre estos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, nuestro T. C., en diferentes oportunidades, se ha pronunciado y desarrollado los

contenidos y alcances constitucionales de estos derechos, como, por ejemplo: el derecho a la salud (STC. N.º 02016-2004-PA/TC; STC. N.º 00032-2010-PI/TC), el derecho a la pensión y a la seguridad social (STC. N.º 00050-2004-AI/TC, STC. N.º 00051-2004-AI/TC, STC. N.º 00004-2005-AI/TC, STC. N.º 00007-2005-AI/TC, STC. N.º 00009-2005-AI/TC (Acumulados); STC. N.º 05658-2006-PA/TC), el derecho al trabajo (STC. N.º 00206-2005-AA/TC; STC. N.º 00976-2001-AA/TC; STC. N.º 01124-2001-AA/TC), el derecho a la educación (STC. N.º 00014-2014-PI/TC, STC. N.º 00016-2014-PI/TC, STC. N.º 00019-2014-PI/TC y STC. N.º 00007-2015-PI/TC (Acumulados); STC. N.º 00853-2015-PA/TC), el derecho a la identidad cultural (STC. N.º 00020-2005-PI/TC y STC. N.º 00021-2005-PI/TC (Acumulados); STC. N.º 00006-2008-PI/TC), el derecho al medio ambiente sano y equilibrado (STC. N.º 00018-2001-AI/TC; STC. N.º 00964-2002-AA/TC), entre otros pronunciamientos relevantes que han desarrollado el contenido constitucionalmente protegido de estos derechos.

Por lo que a partir de lo expuesto en este extremo no cabe duda de la relevancia de las decisiones del T. C. y su impacto en los diversos ámbitos del Estado peruano y su sociedad, y en relación con esto último, nos encontramos con el activismo jurisdiccional por parte de este órgano jurisdiccional en favor del reconocimiento y desarrollo de los contenidos constitucionales de los derechos fundamentales.

#### **4.2. La necesidad de preservar su fuero autónomo e independiente**

A lo largo de nuestra exposición hemos concluido que estamos en un Estado Constitucional de Derecho, lo cual exige tener presente que el poder constituyente ha asumido que la Constitución es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico estatal y que la misma requiere de un garante como lo es nuestro T. C.

Así, este Tribunal, al tener el encargo del poder constituyente de proteger su obra, tiene el deber de preservar todos los extremos de la Constitución, tanto su parte dogmática como su parte orgánica. Es por ello importante que este Tribunal, por las funciones constitucionales que realiza, mantenga su autonomía e independencia, y que la misma sea preservada. En efecto, este es un órgano constitucionalmente autónomo conforme lo determina la propia Constitución Política en el primer párrafo de su artículo 201.º, que dispone:

Artículo 201.º.- Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. *Es autónomo e independiente.* Se compone de siete miembros elegidos por cinco años (cursivas nuestras).

Lo dispuesto en la Constitución Política exige que la jurisdicción del T. C. sea autónoma e independiente del resto de poderes y órganos del Estado, siguiendo el ejemplo de su antecesor el TGC, siguiendo lo expuesto por Morales Godos:

El organismo natural que debe encargarse de esta labor debería ser el poder judicial, en los mismos términos al sistema jurídico norteamericano. Sin embargo, ante la desconfianza en dicho poder del Estado, se opta por la creación de un

ente jurisdiccional, autónomo e independiente de los demás poderes del Estado, siguiendo el modelo europeo (austriaco). El T.G.C. surge dentro de esta concepción y, por ende, se le dota de independencia para el ejercicio de sus funciones, [...] (2000, p. 71).

En este mismo sentido, el propio T. C. ha enfatizado que es imprescindible que cuente con una total y real independencia y autonomía frente a otros poderes, fueran públicos o privados, pues es el encargado de controlar la constitucionalidad de los actos de dichos poderes (STC. N.º 00006-2019-CC/TC, F. J. 163). Cabe señalar que la autonomía e independencia del T. C. peruano no solo ha sido una preocupación en nuestra sede nacional, puesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha concluido que es obligatorio preservar la independencia de la judicatura en general y especialmente la independencia de los jueces constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de la cual el Estado peruano es parte<sup>28</sup>. Y la Corte IDH hace esta afirmación porque el T. C. ha sido víctima de ataques a su fuero a lo largo de su historia, como sucedió en el caso de la destitución de los entonces magistrados de este órgano jurisdiccional Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano<sup>29</sup>.

Así, podemos afirmar que el poder constituyente peruano ha mantenido el planteamiento primigenio de Hans Kelsen respecto de la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional, el mismo que debe ser un órgano alejado de los poderes clásicos estatales (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) y del resto de entes constitucionales de nuestro Estado.

#### 4.3 La relevancia en la forma de elegir a los miembros del Tribunal Constitucional

En este acápite de nuestra ponencia consideramos prudente mencionar la forma en que se eligen los miembros del T. C., puesto que, tras haber explicado el desarrollo teórico de su figura jurídica y su relevancia dentro de nuestro Estado Constitucional, es necesario analizar la metodología de su elección y proponer mejoras a la misma. Conforme determina nuestra Constitución Política en el último párrafo de su artículo 201.º, que dispone:

28 Sobre este tema, considero relevante citar lo declarado en el *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual determinó que:

Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas (2001, p. 75).

29 Sobre este extremo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que:

[...] el 28 de mayo de 1997 la Subcomisión Acusadora presentó ante el pleno del Congreso la acusación constitucional y los abogados defensores expusieron sus argumentos. Ese mismo día el pleno decidió, mediante las resoluciones legislativas N.ºs 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, respectivamente, por la emisión de la resolución de aclaración presentada por el Colegio de Abogados de Lima [cursivas nuestras] (2001, pp. 56, 25).

Artículo 201.º.- Tribunal Constitucional [...]

*Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación (cursivas nuestras).*

Lo dispuesto en la Constitución Política determina que la elección de los miembros del T. C. es exclusivamente una atribución del Congreso de la República, a diferencia de la forma en que se elegía su antecesor el TGC<sup>30</sup>. Al respecto, el T. C. ha señalado sobre la forma de su elección que:

Por lo tanto, es preciso recordar la forma de elección diseñada en nuestro ordenamiento jurídico para ocupar el cargo de magistrado en este Tribunal. En primer orden, tenemos que el tercer párrafo del artículo 201 de la Constitución establece que es el Congreso de la República que, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros, elige a los siete magistrados de este Tribunal para que ejerzan el cargo por un periodo de cinco años sin posibilidad de ser reelegidos de manera inmediata. El procedimiento que se debe seguir para la elección de sus miembros se encuentra detallado en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, de igual forma, el Reglamento del Congreso también tiene algunas previsiones al respecto (STC. N.º 00006-2019-CC/TC, F. J. 167).

Al respecto, el artículo 8º de la Ley Orgánica determinaba dos formas de elección de los miembros del T. C., una ordinaria y otra especial. Literalmente disponía que:

Artículo 8º.- Conformación

[...] el Pleno del Congreso designa una Comisión Especial integrada por siete o nueve congresistas, respetando en lo posible la proporcionalidad y pluralidad de cada grupo parlamentario en el Congreso, para encargarse de conocer del procedimiento de designación en cualquiera de las dos modalidades siguientes:

1. *Ordinaria*

La Comisión Especial selecciona a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos. Publica en el diario oficial *El Peruano* la convocatoria para la presentación de propuestas. Asimismo, publica la relación de las personas propuestas a fin de que se puedan formular tachas, las que deben estar acompañadas de prueba documental.

Presentada la propuesta de uno o más candidatos se convoca en término no inferior a siete días al Pleno del Congreso para que se proceda a la elección.

2. *Especial* La Comisión Especial selecciona a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos, efectuando la convocatoria por invitación.

*La adopción de cualquiera de las dos modalidades se realiza por acuerdo de la Junta de Portavoces [...] (cursivas nuestras).*

30 Constitución Política de 1979: «Artículo 296.º.- El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano descontrol de la Constitución. Se compone de nueve miembros. *Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia*» [cursivas nuestras].

Ya hemos advertido que la elección de los magistrados del T. C. resulta importante por las funciones que este realiza. Por lo que debe certificarse que se efectúe bajo los principios de transparencia y publicidad, garantizándose de esta forma, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que: «[...] el proceso sea abierto al escrutinio y participación de los sectores sociales» (2019).

Se han planteado diversas propuestas de reformas legislativas que pretenden que la elección de los integrantes de este órgano jurisdiccional sea mediante un concurso público meritocrático<sup>31</sup>, conforme hizo en su momento hincapié la CIDH, al señalar que este tipo de nombramientos debe tener criterios objetivos que garanticen la competencia profesional de las personas que asuman el cargo de magistrados del T. C.<sup>32</sup>.

Podemos llegar a concluir que debemos perfeccionar y mejorar el procedimiento de elección de los miembros del T. C. peruano, existen diversas propuestas legislativas y académicas, todas apuntan a que podamos tener a los mejores profesionales, así como que estos tengan la legitimidad social necesaria para que sus decisiones no sean discutidas por la sociedad.

#### **4.4 Reforma del procedimiento parlamentario de elección de los miembros del Tribunal Constitucional - Ley N.º 31031**

En este último apartado de nuestra investigación expondremos sobre la reforma realizada en el procedimiento parlamentario de elección de los Magistrados del T. C., y es que conforme hemos expuesto, las últimas elecciones realizadas para nombrar a este colegiado fueron realizadas mediante una elección extraordinaria de invitación a abogados y juristas, dejando de lado a la elección ordinaria, creando desconfianza en la población. Efectivamente, al prescindir esta última forma

31 Al respecto, debemos mencionar que hasta la fecha se han presentado en la presente legislatura 2016-2021 (tanto la ordinaria como la complementaria) los siguientes proyectos de Ley: 1) PL 4978/2020, 2) PL 4956/2020, 3) PL 4885/2020, 4) PL 4858/2020, 5) PL 4854/2020 y 6) PL 4847/2019.

32 Respecto de este punto, citamos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ha expresado que:

La Comisión advierte que todo proceso de selección debe garantizar los principios de publicidad y transparencia, asegurando que el proceso sea abierto al escrutinio y participación de los sectores sociales. Asimismo, la Comisión recuerda que se deben asegurar que tales procesos no sean realizados o puedan ser percibidos por la ciudadanía como decididos con base en razones de carácter político afectando la convicción de los justiciables en su actuar independiente. Para lograr lo anterior, resulta indispensable que se cumplan principios tales como la difusión previa de las convocatorias, plazos y procedimientos; la garantía de acceso igualitario e incluyente de las y los candidatos; la participación de la sociedad civil y la calificación con base en el mérito y capacidades profesionales. Sobre este último aspecto, la Comisión considera que, los riesgos que conllevan en sí mismos los nombramientos a cargo de órganos políticos se incrementan por la falta de especificación de criterios objetivos de selección que garanticen que los operadores de justicia sean personas íntegras, las más idóneas, que cuenten con la formación y calificaciones jurídicas apropiadas, de acuerdo con la singularidad y especificidad de la función que van a desempeñar. Este requerimiento, como ya lo ha señalado la CIDH, resulta esencial para garantizar que la elección no se hace por motivos o razones políticas, sino solo basada en el mérito y la competencia profesional y que, además, la ciudadanía lo percibe así (2019).

de elección, el Parlamento no valoraba, en muchos casos, la hoja de vida personal, así como la trayectoria profesional y académica de los postulantes, por lo que la mayoría de nuestra sociedad asumía que en las elecciones de estos altos funcionarios primaba la denominada *repartija* sobre la meritocracia de los candidatos a dichos cargos<sup>33</sup>.

De esta manera, el Congreso de la República aprobó<sup>34</sup> y el Presidente de la República promulgó la Ley N.º 31031<sup>35</sup>, la misma que reforma la elección de los miembros del T. C. peruano, siendo la principal característica que se elimina la posibilidad de que se realice la invitación de candidatos, la misma que en su momento fue criticada, no solo por ser una alternativa excepcional que se convirtió en la regla general durante las últimas elecciones de estos altos funcionarios, sino que, además, para la mayoría de la sociedad era advertida como un cuoteo y repartición entre las agrupaciones políticas dentro del Parlamento. En este sentido, la forma en que se elige a los magistrados del T. C. se ha convertido exclusivamente en una elección mediante concurso público de méritos, mediante el cual se pretende que los mejores especialistas en materia constitucional y procesal constitucional participen de un concurso abierto con diferentes etapas las cuales serán conducidas por una Comisión Especial encargada de realizar este concurso.

Esta Comisión Especial, que tendrá como objetivo principal llevar a cabo la elección de candidatos a Magistrados del T. C., que luego deberá ser aprobada por el Pleno del Congreso de la República, se rige bajo el principio de pluralidad en vez del principio de proporcionalidad parlamentaria, es decir, la conformación de la Comisión Especial será de un representante por agrupación política dentro del parlamento y no por la cantidad de congresistas que este posea<sup>36</sup>.

Otro tema importante relacionado con esta novísima forma de elección de los miembros de nuestro supremo intérprete de la Constitución, es que el concurso mencionado se rige bajo los principios de<sup>37</sup>:

---

33 Para mayor abundamiento en este extremo revisar la Exposición de Motivos del PL 4978/2020 (2020).

34 Cabe señalar que la Ley N.º 31031 ha recogido del PL 4978/2020, entre otros elementos, lo siguiente: 1) forma de conformación de Comisión especial (1 por bancada u agrupación política representada en el Congreso de la República), 2) concurso público de elección basado en los principios meritocrático, público y transparente, 3) tachas ciudadanas, 4) participación de la Contraloría General de la República en el concurso público de elección, 5) se hará un reglamento para cada concurso público de elección, pero siguiendo lineamientos de la ley, 6) se priorizará idoneidad ética y profesional, y 7) no se podrá elegir mediante una modalidad de invitación de candidatos, si la primera evaluación y votos no se asigna todos los puestos vacantes, se recurre a los postulantes que no alcanzaron el puntaje o en su defecto se hace un nuevo concurso.

35 Ley N.º 31031, Ley que modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para garantizar la elección meritocrática y transparente de Magistrados del Tribunal Constitucional, publicada el jueves 23 de julio de 2020 en el diario oficial *El Peruano*.

36 Segundo párrafo del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificado por la Ley N.º 31031.

37 Inciso 5 del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificado por la Ley N.º 31031.

- i. *Meritocracia*: Los puntajes se asignan en mérito de una evaluación curricular y entrevista objetivas, que se sustentan no solo en su calidad profesional y académica, sino que, además, en su idoneidad moral y compromiso democrático<sup>38</sup>;
- ii. *Publicidad*: el concurso en todas sus etapas, en todas sus audiencias y en todas las evaluaciones, es público<sup>39</sup>; y
- iii. *Transparencia*: el concurso contiene una etapa de tachas ciudadanas que le permitirá a cualquier persona interesada a participar con una tacha cuando este advierta que un candidato no cumpla con la idoneidad requerida<sup>40</sup>.

Sobre estos dos últimos principios, Juan Carlos Ruiz Molleda ha enfatizado que estos son mecanismos imprescindibles para asegurar la idoneidad, independencia y legitimidad de los magistrados electos (2020). De igual forma, se contará con la participación de la Contraloría General de la República, la mismo que analizará las declaraciones juradas de intereses que los candidatos tendrán la obligación de presentar<sup>41</sup>. Por último, y entre otros temas relevantes y modificados, se establece que en caso de que la terna resultante no alcance todos los votos necesarios para su nombramiento se recurrirá a los candidatos pendientes en el concurso, y en caso de que no existan estos, se hará un nuevo concurso para los puestos vacantes<sup>42</sup>.

### Conclusiones

En la presente ponencia hemos concluido que el poder constituyente peruano ha asumido para nuestro país un modelo de Estado Constitucional de Derecho, implicando que la Constitución es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico estatal y que la misma requiere de un garante independiente y autónomo, como lo es nuestro Tribunal Constitucional. De esta forma, este Tribunal tiene el encargo del poder constituyente peruano de preservar su obra, lo que significa que tiene el deber de proteger todos los extremos de la Constitución, tanto su parte dogmática como su parte orgánica.

En esta misma línea de argumentación, hemos afirmado que nuestro poder constituyente ha mantenido el planteamiento primigenio de Hans Kelsen respecto de la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional, el mismo que debe ser un órgano alejado de los poderes clásicos estatales (poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial), así como el resto de los órganos constitucionales contemporáneos contemplados y reconocidos por nuestro poder constituyente en su obra.

38 Inciso 4 del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificado por la Ley N.º 31031.

39 Inciso 8 del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificado por la Ley N.º 31031.

40 Incisos 2 y 3 del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificado por la Ley N.º 31031.

41 Inciso 9 del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificado por la Ley N.º 31031.

42 Incisos 6 y 7 del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificado por la Ley N.º 31031.

De igual forma, hemos presentado la notabilidad e impacto que han tenido las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional en el contexto jurídico, político y social del país (Perú), por lo que resulta relevante la forma de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional por estos motivos y por las funciones que este realiza, para lo cual debe garantizarse que la selección se realice bajo los principios de meritocracia, transparencia y publicidad.

En este sentido, recientemente se aprobó y promulgó la Ley N.º 31031, que modifica el procedimiento parlamentario para la elección de los miembros del citado Tribunal, cuyos principales cambios son que se elimina la opción de elección por invitación, que este procedimiento de elección será realizado a través de un concurso público de méritos que será llevado por una Comisión Especial que tendrá un representante por cada agrupación política del Parlamento y que dicho concurso se regirá bajo los principios de meritocracia, publicidad y transparencia.



## REFERENCIAS

- Abad, S. (2010). *Constitución y procesos Constitucionales* (4.ª ed.). Palestra.
- Alva, J. (2004). *La acción de inconstitucionalidad en el Perú*. Editora Grafica.
- Bernales, E. (2001). El control constitucional en el Perú. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 5. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976003>
- Carpizo, J. (2009). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Editorial Grijley.
- Castillo, L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N.º 71.
- Ferrer, E. (2002). *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDAP).
- Fix-Zamudio, H. (1980). *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9788>
- García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. (3.ª ed.). Editorial Civitas S. A.
- García Pelayo, M. (1981). El «status» del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1 (1).
- Gascón, M. y García, A. (2005). *La argumentación en el Derecho* (2.ª ed.). Palestra Editores.
- Hakansson, C. (2013). Una visión panorámica a la Constitución peruana de 1993. Veinte años después. *Revista Pensamiento Constitucional*, 18. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8946/9354>
- Henoa, J. (2013). El Juez Constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15 (29). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/3620/3716>
- Landa, C. (2006a). Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional. *Revista Ius et Veritas*, 32. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12391/12954>

- Landa, C. (2006b). *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Landa, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. (3.ª ed.). Palestra Editores.
- Ferrer, E. (2002). *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDAP).
- Montoya, V., Quispe, C. y Chilo, E. (2016). *El proceso competencial en la jurisprudencia (1996-2015)*. Centro de Estudios Constitucionales/Tribunal Constitucional. [https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Proceso\\_Competencial.pdf](https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Proceso_Competencial.pdf)
- Morales, J. (2000). Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano. Análisis jurídico-político comparativo. *Revista de la Facultad de Derecho*, 53. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6555/6640>
- Nogueira, H. (2006). *Justicia y Tribunales en América del Sur*. Palestra Editores.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid/ Boletín Oficial del Estado.
- Pérez, J. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. (13.ª ed.). Marcial Pons.
- Ramos, C. (2018). *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*. Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/La-letra-de-la-ley.-Historia-de-las-constituciones-del-Peru-TC.pdf>
- Roel, L. (2017) *El Tribunal Constitucional peruano como agente de cambio de la realidad nacional: Planteamiento a partir del estudio y análisis de sus sentencias*. (Tesis de maestría). Universidad de Castilla-La Mancha (España).
- Roel, L. (2018a). Presentación. Un homenaje a la vida y carrera profesional de un paladín de la democracia y prócer del constitucionalismo peruano. En L. Roel (coord.), *Política y Derecho Constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini*. ADRUS.
- Roel, L. (2018b) Tribunal Constitucional peruano: una concepción a partir de los aportes de Javier Alva Orlandini a la justicia constitucional peruana. En: L. Roel (coord.). *Política y Derecho Constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini*. ADRUS.
- Roel, L. (2020, 31 marzo). *Proyecto de Ley que modifica los artículos 8.º y 11.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sobre la elección por concurso público de méritos de los Magistrados del Tribunal Constitucional*.

- Congreso de la República del Perú. [http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL04978\\_20200331.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL04978_20200331.pdf)
- Roel, L. y Ruiz, J. (2010). Propuesta de modificación del reglamento del congreso sobre la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, para garantizar elecciones más transparentes. *Revista Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, (7).
- Rubio, F. (1982). Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Político* (16). <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8198/7849>
- Ruiz, J. (2020). *¿Cuál es el perfil del magistrado del Tribunal Constitucional?* <https://idl.org.pe/cual-es-el-perfil-del-magistrado-del-tribunal-constitucional/>
- Sagüés, N. (2011). Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales. *Gaceta Constitucional*. (43).
- Tribunal Constitucional del Perú (2020). *Consulta de causas*. <https://www.tc.gob.pe/consultas-de-causas/>

El presente libro conmemora los 30 años de las Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Sus páginas recogen textos de docentes y ex estudiantes destacados/as que abordan diversos temas actuales del derecho constitucional en Perú. El Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho y la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP están complacidos de poder presentar esta publicación que es muestra de los aportes de este programa de posgrado al desarrollo y debate del derecho constitucional en el Perú.

