

LIBRO HOMENAJE DEL ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR LOS

# 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

César Landa (editor)



DEPARTAMENTO  
ACADÉMICO DE  
DERECHO

CENTRO DE  
INVESTIGACIÓN,  
CAPACITACIÓN Y  
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



**PUCP**



LIBRO HOMENAJE DEL ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR LOS

**100** años de la Facultad de Derecho de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú



LIBRO HOMENAJE DEL ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR LOS

# 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

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**

Iván Meini Méndez

**Director del CICAJ-DAD**

David Lovatón Palacios

**Consejo Directivo del CICAJ**

Leysser León Hilario

Betzabé Marciani Burgos

Iván Meini Méndez

**Equipo de Trabajo**

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Ximena Vinatea Sifuentes

Enzo Dunayevich Morales

Larissa Donayre Serpa

Genesis Mendoza Lazo

*Libro homenaje del Área de derecho constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*  
César Landa (editor)

Imagen de cubierta: Justicia/www.freepik.es

Primera edición: Octubre 2019

Tiraje: 500 ejemplares

© Pontificia Universidad Católica del Perú  
Departamento Académico de Derecho  
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica  
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú  
Teléfono: (51-1) 626-2000, anexos 4930 y 4901  
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Thaïs Luksic y Mercedes Dioses

Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña  
[tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)  
Teléf.: (51-1) 332-3229  
Octubre 2019

*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° 2019-16064  
ISBN: 978-612-47151-6-7

Impreso en el Perú - Printed in Peru

## CONTENIDO

<b>PRESENTACIÓN</b>	9
<b>NOTA PRELIMINAR</b>	11
<b>PRIMERA SECCIÓN: CUESTIONES SOBRE DISEÑO INSTITUCIONAL</b>	<b>13</b>
Límites del control parlamentario frente a las decisiones de la jurisdicción constitucional: reflexiones a propósito de la acusación constitucional contra magistrados del Tribunal Constitucional por el caso El Frontón <i>Erika García Cobián</i>	15
Sobre los modelos de vacancia en el cargo del titular del gobierno en los regímenes presidenciales, con especial referencia al caso peruano <i>Abraham García Chávarri</i>	35
Ilegitimidad constitucional del estado de emergencia en el Corredor minero del sur del Perú <i>Abraham Siles y Marco Rodríguez</i>	59
<b>SEGUNDA SECCIÓN: CUESTIONES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES</b>	<b>83</b>
Derecho a la igualdad y no discriminación en relación con el derecho a la educación de las mujeres: perspectiva de género e interseccionalidad para la realización de los derechos fundamentales <i>Elena C. Alvites</i>	85
Alcances sobre la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en el Perú: una mirada desde el derecho constitucional <i>Carolina Garcés Peralta</i>	117

Contenido esencial del Derecho Fundamental al Internet:  
Teoría y praxis  
*César Landa* 145

Familia y Constitución: reflexiones desde el proceso de  
constitucionalización del derecho privado  
*Beatriz Ramírez Huaroto* 175

A propósito del concepto «discriminación estructural».  
Una mirada crítica de la visión liberal tradicional de la  
discriminación  
*Liliana Salomé Resurrección* 193

### **TERCERA SECCIÓN: DIÁLOGO CON EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 213**

La fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana  
de Derechos Humanos. Análisis de los argumentos sobre la  
vinculación de los Estados a los estándares interamericanos  
*Juan Carlos Díaz Colchado* 215

Control de constitucionalidad y control de convencionalidad de la  
ley que prohibió la publicidad estatal en medios de comunicación  
privados. En torno al proceso de inconstitucionalidad contra  
la Ley N° 30793  
*Luis Huerta Guerrero* 239

### **CUARTA SECCIÓN: ENSAYOS Y COMENTARIOS 261**

Control de convencionalidad en sede nacional que dejó sin efecto  
el “indulto humanitario” otorgado al expresidente peruano  
Alberto Fujimori  
*David Lovatón Palacios* 263

La libertad y neutralidad del Estado constitucional a  
propósito de Kelsen y Schmitt  
*Milagros Revilla Izquierdo* 285



## PRESENTACIÓN

El Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú se complace en presentar el *Libro homenaje del Área de derecho constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, el cual recopila artículos de docentes de nuestra Facultad sobre cuestiones claves del debate constitucional contemporáneo.

A los cien años de la fundación de la Facultad de Derecho, los artículos reunidos en esta publicación brindan una reflexión jurídica académica relevante para el contexto social y político que vive el Perú. El compromiso de la Facultad de Derecho y del CICAJ con la democracia y el Estado de derecho en nuestro país, se ve reflejado en las diversas problemáticas sobre diseño institucional, derechos fundamentales y sistema de justicia abarcados en el libro.

Esta obra está dividida en cuatro secciones: cuestiones sobre diseño institucional, cuestiones sobre derechos fundamentales, diálogo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y ensayos y comentarios de sentencias. En la primera sección, “Cuestiones sobre diseño institucional”, se reúnen artículos que debaten distintas instituciones de la parte orgánica de la constitución del Perú. Así, la profesora Erika García Cobián reflexiona sobre los “Límites del control parlamentario frente a las decisiones de la jurisdicción constitucional”, con base en la presentación de la acusación constitucional contra tres integrantes del Tribunal Constitucional. Por su parte, el profesor Abraham García Chávarri presenta en su texto “Sobre los modelos de vacancia en el cargo del titular del Gobierno en los regímenes presidenciales, con especial referencia al caso peruano” una discusión sobre una institución democrática de suma importancia en el escenario político/constitucional actual. Finalmente, el profesor Abraham Siles y Marco Rodríguez analizan la “Ilegitimidad constitucional del estado de emergencia en el «Corredor minero del sur» del Perú”.

En la segunda sección, denominada “Cuestiones sobre derechos fundamentales”, la profesora Elena Alvites presenta el texto “Derecho a la igualdad y no discriminación en relación con el derecho a la educación de las mujeres: perspectiva de género e interseccionalidad para la realización de los derechos fundamentales” en el que realiza un análisis sobre la realización del derecho a la educación de las mujeres en nuestro país. La profesora Carolina Garcés Peralta, en su artículo “Alcances sobre la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en el Perú: una mirada desde el derecho constitucional” analiza cuáles son las obligaciones del Estado peruano frente a la niñez venezolana migrante en nuestro país.

Posteriormente, el profesor César Landa en el texto “Contenido esencial del Derecho Fundamental al Internet” analiza los estándares de protección de dicho derecho, a la luz de la normativa internacional y nacional. La profesora Beatriz Ramírez Huaroto, por su parte, propone

en el artículo “Familia y Constitución: reflexiones desde el proceso de constitucionalización del derecho privado”, un análisis sobre la forma en que el derecho constitucional ha entrado a transformar la regulación de las relaciones familiares. Finalmente, la profesora Liliana Salomé argumenta en el artículo “A propósito del concepto «discriminación estructural». Una mirada crítica de la visión liberal tradicional de la discriminación” la importancia de la inclusión de dicho concepto en el análisis de lo que entendemos por “discriminación”.

En la tercera sección del libro denominada “Diálogo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, el profesor Juan Carlos Díaz Colchado aborda la problemática altamente controvertida en la doctrina sobre “La fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH. Análisis de los argumentos sobre la vinculación de los Estados no parte del caso donde se estableció el estándar interamericano”. Por otro lado, el profesor Luis Huerta Guerrero analiza el “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad de la ley que prohibió la publicidad estatal en medios de comunicación privados. En torno al proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 30793”.

Finalmente, en la cuarta sección, “Ensayos y comentarios de sentencias”, el profesor David Lovatón Palacios, reflexiona sobre el “Control de convencionalidad en sede nacional que dejó sin efecto el «indulto humanitario» otorgado al expresidente peruano Alberto Fujimori”. Por su parte, la profesora Milagros Revilla Izquierdo realiza una reflexión sobre la libertad y neutralidad del Estado constitucional a luz de los postulados de Kelsen y Schmitt.

## **Nota Preliminar**

La Facultad de Derecho cumple cien años de vida institucional en una época muy agitada de la vida nacional y universitaria, como cuando inició sus actividades académicas un 29 de abril de 1919, con el dictado del curso de Derecho Constitucional, a cargo del decano de la entonces llamada Facultad de Jurisprudencia, Carlos Arenas y Loayza. De modo que, en los momentos de su fundación, al igual que en las últimas décadas, el desarrollo de la Facultad de Derecho ha estado estrechamente vinculado al estudio y profundización del derecho constitucional.

Ello ha sido posible en un primer momento por el destacado esfuerzo de los profesores de Derecho Constitucional; pero, desde hace una década, se ha puesto en valor la participación de forma colectiva de la mayoría de los mismos en los asuntos de interés público, a través del Área de derecho constitucional. Esto ha sentado las bases de una “Escuela de derecho constitucional” caracterizada por constituir un espacio académico plural para el análisis y debate de temas orientados a la promoción de los derechos fundamentales y a la consolidación del Estado constitucional y democrático.

En esa línea, el Área de derecho constitucional desarrolla actividades académicas nacionales e internacionales. Nacionales, como los “desayunos constitucionales” en los que cada fin de mes debatimos ponencias de los miembros o invitados, habiendo quedado registrados fílmicamente muchos debates. Las Jornadas Anuales sobre Derechos Fundamentales que buscan fortalecer los vínculos de reflexión académica sobre los derechos fundamentales con las universidades nacionales del interior del país; lo cual viene quedando registrado en los libros que se publican anualmente con las ponencias de nuestros profesores nacionales e internacionales invitados. Asimismo, también se han realizado coloquios constitucionales.

A nivel internacional, el Área de derecho constitucional ha sido fundadora de la Red Interamericana sobre Derechos Fundamentales y Democracia, y, como tal también viene organizando –alternadamente con otras universidades latinoamericanas de la Red- las Jornadas Interamericanas de Derechos Fundamentales, e, incluso ha editado y publicado las ponencias –en inglés- a pedido de una editorial británica –Cambridge Scholars Publishing- de la última Jornada Interamericana realizada en Lima el 2017. Asimismo, el Área de derecho constitucional ha organizado con la International Association of Constitutional Law, una Mesa Redonda sobre los desafíos de los derechos de los migrantes al Estado Constitucional, en el Cusco –en inglés, francés y español-, con motivo del centenario de nuestra Facultad.

En esa labor de internacionalización del derecho constitucional el año 2018 participamos ocho profesores del Área en Santiago de Chile, en la V Jornada Interamericana de Derechos Fundamentales, trabajando y ponencias que con revisiones posteriores acordamos que constituyan el cuerpo de la presente publicación en homenaje a la Facultad de Derecho.

Desde ya que la labor académica del Área de derecho constitucional no ha estado ajena a los acontecimientos de la realidad constitucional de nuestro país; por ello, desde hace unos años venimos pronunciándonos públicamente sobre los desafíos y contramarchas que ralentizan el desarrollo del Estado de derecho basado en los valores y principios democrático constitucionales; así como, saludando los avances institucionales en materia de la protección de los derechos fundamentales.

Finalmente, nuestro homenaje a la Facultad de Derecho no se agota en la presente publicación, sino en el compromiso militante y consciente de la responsabilidad educativa que realizamos en la formación constitucional y democrática de los futuros profesionales del Derecho.

Lima, 20 de noviembre de 2019.

César Landa Arroyo  
Coordinador  
Área de Derecho Constitucional

**PRIMERA SECCIÓN**

**CUESTIONES SOBRE  
DISEÑO INSTITUCIONAL**



**LÍMITES DEL CONTROL PARLAMENTARIO FRENTE A LAS  
DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:  
REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA ACUSACIÓN  
CONSTITUCIONAL CONTRA MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL POR EL CASO EL FRONTÓN**

*Erika García Cobián<sup>1</sup>*

El presente artículo<sup>2</sup> tiene por objetivo plantear algunos criterios a considerar al realizar el análisis de las intervenciones del Congreso de la República –canalizadas a través de procedimientos de control cuasi-jurisdiccional– respecto de la actuación de los jueces o juezas de altas cortes constitucionales, en orden a preservar principios del Estado constitucional tales como la independencia de la función jurisdiccional, el control constitucional, la separación de poderes y los derechos fundamentales.

Esta reflexión toma como caso de análisis la denuncia constitucional, ante el Congreso de la República, contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional (TC), que fue presentada por 11 miembros de la Marina de Guerra imputados como responsables de crímenes de lesa humanidad<sup>3</sup> en el proceso que se inició ante el Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial (Expediente 0007-00213-0-1801-JR-PE-04) por los hechos ocurridos en el establecimiento penal San Juan Bautista (más conocido como “El Frontón”) el 19 de junio de 1986.

El proceso de acusación constitucional llegó hasta la Sub-Comisión de Acusaciones Constitucionales con informe final aprobado, en el que se recomendaba acusar ante el Pleno del Congreso a los magistrados Eloy Espinosa-Saldaña y Carlos Ramos, así como a la magistrada Marianella Ledesma, por infracción constitucional contra los artículos 38 y 139 –incisos 2, 3 y 13– de la *Constitución Política del Perú* (1993)<sup>4</sup>. Dicho informe recomendaba la destitución

---

1 Erika García Cobián es docente ordinaria del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, integrante del área de Derecho Constitucional y del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales de la misma universidad.

2 Una versión preliminar del presente artículo puede encontrarse en la columna titulada “Límites del Control Parlamentario frente a las Decisiones de la Jurisdicción Constitucional: Reflexiones a Propósito de la Acusación Constitucional contra Tres Magistrados del Tribunal Constitucional”, publicada en el portal jurídico interdisciplinario Pólemos (<http://polemos.pe/limites-del-control-parlamentario/>).

3 El 25 de abril de 2017, los señores Juan Alberto Agreda Huamán, José Santiago Bryson de la Barrera, Julio César Casusol Martínez, Jorge Enrique Curzo Ramírez, Toribio Dioses Lupu, Américo Manuel Martínez Cárdenas, Wilbert William Puerta Calderón, Edgar Félix Rojas Poma, Nicolás David Romero Saldaña, Cilas Timoteo Sanabria Payano e Hipólito Fermín Silva Torres presentaron denuncia constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional Manuel Jesús Miranda Canales, Marianella Leonor Ledesma Narváez, Carlos Ramos Núñez y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, por infracción constitucional –específicamente por supuesta vulneración de los incisos 2, 3 y 13 del artículo 139 de la Constitución política del Perú–; y por la supuesta comisión del delito de función de prevaricato, previsto en el artículo 418 del Código Penal. (Congreso de la República, 2018)

4 “Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación. . . .

e inhabilitación por 10 años del magistrado Espinosa Saldaña, y la suspensión durante 30 días de Ramos y Ledesma. Además, sugería archivar la denuncia contra el magistrado Manuel Miranda. Asimismo, se proponía en el mismo documento acusar por presunto delito de prevaricato al magistrado Eloy Espinosa Saldaña (Congreso de la República, 2017; Ministerio de Justicia, 2018).

Dada la relación del caso con el cumplimiento de la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 16 de agosto de 2000, por la violación del derecho a la vida de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera (privados de libertad en el establecimiento penal de la isla El Frontón en junio de 1986), dicha Corte (mediante resoluciones del 8 de febrero de 2018 y del 30 de mayo de 2018) dispuso que el Estado peruano archivara el procedimiento de acusación constitucional seguido ante el Congreso de la República contra los magistrados Manuel Miranda, Marianella Ledesma, Carlos Ramos y Eloy Espinosa-Saldaña, “para garantizar el derecho de las víctimas del caso Durand y Ugarte a obtener un acceso a la justicia sin interferencias en la independencia judicial” (Corte IDH, 2018a, 2018b).

Frente al caso descrito surgen una serie de preguntas de relevancia constitucional. En primer lugar, ¿por qué la acusación constitucional contra los referidos magistrados amenaza los principios de independencia jurisdiccional, la separación de poderes, el control constitucional y, en definitiva, el Estado constitucional? Al respecto, ¿debería encontrarse proscrita de forma absoluta toda acusación constitucional, en sus formas de juicio político o antejuicio político contra magistrados de Tribunales Constitucionales, o pueden determinarse supuestos que justifiquen el control parlamentario frente a la actuación de jueces de Cortes constitucionales y, de ser el caso, bajo qué criterios?

El presente caso y las preguntas planteadas permiten actualizar un tema que se ha mantenido presente en la historia del constitucionalismo, a saber, la responsabilidad política de los jueces y, específicamente, la responsabilidad política por el contenido de sus sentencias (Capeletti, 2009, pp. 63-75; Santiago, 2016). Por ejemplo, una reflexión similar se suscitó a raíz del *impeachment* realizado contra el juez Samuel Chase, magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, iniciado en 1803, considerado como parte de una estrategia política del expresidente norteamericano, Thomas Jefferson, para remover a quien era un enemigo político suyo del Poder Judicial (Isenberg, 2007, como se citó en García-Mansilla, 2016).

La defensa de Chase ante el Senado cuestionó el juicio político bajo el argumento de que la remoción de un juez por el contenido de sus sentencias convertiría al Senado en una

---

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: . . .

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.” (Congreso Constituyente Democrático, 1993)



corte de apelaciones, y que las sentencias dejadas sin efecto por un tribunal superior en instancia de apelación darían lugar, absurdamente, a justificar la condena y remoción por mal desempeño de los jueces que dictaron dichas sentencias. Asimismo, se planteó que el principio de independencia judicial debería rechazar la acusación, por favorecer un poder ilimitado para perseguir y remover a los jueces federales. La votación del Senado en contra de la condena de Chase tuvo un importante impacto en el sistema constitucional norteamericano, pues aseguró la independencia de los jueces federales y supremos frente al control parlamentario de sus sentencias, lo cual impide que el *impeachment* o juicio político sea utilizado como un mecanismo para remover a los jueces de la Corte Suprema debido al contenido de sus sentencias (García-Mansilla, 2016).

Actualmente, la responsabilidad política del juez cobra especial relevancia en el debate sobre la jurisdicción, debido al fortalecimiento del papel del juez en asuntos de alta densidad política, así como por su actuación frente a desviaciones de poder que muchas veces implican conexiones criminales y de corrupción (Ibáñez, 2015, p. 369).

En las siguientes líneas se alcanzan algunos elementos de análisis que pueden contribuir a responder las interrogantes antes planteadas, a propósito del caso de la acusación constitucional contra tres magistrados del TC iniciada en 2017 por la subsanación de la sentencia recaída en el expediente 01969-2011-PHC/TC del caso El Frontón, del 14 de junio de 2013.

### **La Acusación Constitucional Tramitada por el Congreso de la República se Dirige contra Actos que Corresponden al Ejercicio de la Competencia y Atribuciones del TC**

Los magistrados fueron denunciados constitucionalmente por la subsanación de la sentencia expedida por el TC en el proceso signado con número de expediente 01969-2011-PHC/TC (caso El Frontón), subsanación que se realizó invocando un error de conteo de votos relativo a uno de los extremos del fallo.

Al respecto, el TC advirtió que existía una incongruencia, una contradicción entre el extremo 1 del fallo de la sentencia suscrita por el magistrado Vergara Gotelli y el fundamento de su voto en el contenido de la sentencia.

El fallo, en dicho extremo, declaraba lo siguiente:

FUNDADA en parte la demanda de habeas corpus; en consecuencia, NULO el auto de apertura de instrucción emitido por el juez del Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial con fecha 9 de enero de 2009 (Exp. 2007-00213-0-1801-JR-PE-04), en el extremo que declara que los hechos materia del proceso penal constituyen crímenes de lesa humanidad, manteniéndose subsistentes los demás extremos de la imputación. (TC, 2013, fallo)

Sin embargo, en su fundamento 27 de voto, el magistrado Vergara Gotelli afirmaba que resultaba innecesario un pronunciamiento constitucional respecto de si los hechos que eran materia del proceso penal contra los favorecidos por el habeas corpus constituían o no crímenes de lesa humanidad, debido a que dicho asunto no era materia de la demanda ni de controversia, “ya que el hábeas corpus no es la vía que permita apreciar los hechos criminosos a fin de subsumirlos o no en determinado tipo penal, pues dicha tarea incumbe al juzgador penal ordinario” (TC, 2013, fundamento 27 de voto del magistrado Vergara Gotelli).

Frente a dicha contradicción, el 16 de setiembre de 2013 el procurador especializado supranacional solicitó al TC que procediera a la subsanación de oficio “de los errores materiales relacionados con los votos necesarios requeridos para que pueda emitirse un pronunciamiento del Tribunal Constitucional” (Procurador público supranacional, 2013).

En su resolución de subsanación del 5 de abril de 2016<sup>5</sup>, el TC estableció que se debía tener por no incorporados en la sentencia del 14 de junio de 2013 el fundamento 68<sup>6</sup> y el punto 1 de la parte resolutive, es decir, el extremo relativo a que los hechos no podían ser calificados como delitos de lesa humanidad. Por lo tanto, no debía declararse nulo el auto de apertura de instrucción del juez penal en la parte que declaraba los hechos como crímenes de lesa humanidad, sino que correspondía mantener dicha calificación.

La subsanación de las sentencias es una atribución de los magistrados del TC, contemplada en el Código Procesal Constitucional, ejercida, en el caso bajo análisis, dentro del marco competencial que la Constitución y las leyes definen para el organismo supremo de control de la constitucionalidad. Dicha disposición establece lo siguiente:

Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o **subsanar cualquier error material** [énfasis añadido] u omisión en que hubiese incurrido. (art. 121)

El TC aplicó el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, específicamente la parte relativa al ámbito material del mismo. Al respecto, motivó razonablemente su decisión sobre la base de premisas fácticas y normativas correspondientes al caso en cuestión, sin caer en ninguno de los supuestos de violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, como son la inexistencia de motivación o la motivación aparente, la incorrección lógica, la incoherencia narrativa, la invalidez fáctica o jurídica de las premisas, la motivación insuficiente o la motivación sustancialmente incongruente (TC, 2006, fundamento jurídico 4; TC, 2008, fundamento jurídico 7).

Consideramos que el supremo intérprete identificó como premisa fáctica el desacuerdo expreso del magistrado Vergara Gotelli con lo incluido en el fundamento 68 y el punto 1 de la parte resolutoria de la sentencia (que “declaraba la nulidad del auto de apertura de instrucción por calificar los hechos materia del proceso penal como constitutivos de un crimen de lesa humanidad” (TC, 2013, fundamento jurídico 68, punto 1 del fallo); desacuerdo que se podía deducir de la posición de Vergara expresada en el fundamento 27 de su voto.

El TC (2016) infirió que “lo contenido en el fundamento 68 y en el extremo 1 de la parte resolutive de la sentencia, . . . carecía de la cantidad suficiente de votos para conformar una

5 Entre la recepción de los pedidos de subsanación de oficio y la resolución de atención del pedido, se produjo un cambio de integrantes en el TC. Los nuevos integrantes encontraron el pedido de subsanación sin atender y reactivaron el trámite a pesar del tiempo transcurrido (Corte IDH, 2018).

6 “68. En consecuencia, si bien los hechos materia del proceso penal debe ser investigados en virtud del cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éstos no pueden ser calificados como crimen de lesa humanidad, y en consecuencia terminado el proceso penal opera la prescripción, sin posibilidad de nuevos procesamientos.” (TC, 2013, fundamento jurídico 68)

decisión válida” (fundamentos jurídicos 10 y 11), de acuerdo a lo estipulado en el artículo 10 del *Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional*, que señala que “el Pleno del Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos” (TC, 2004, art. 10).

Así, subsumiendo el supuesto bajo análisis como un error material relativo al conteo de los votos, que se deriva directamente del texto de la sentencia subsanada, sin que suponga un juicio valorativo o interpretativo nuevo, ni apreciaciones probatorias adicionales, el TC aplicó el artículo 121 del *Código Procesal Constitucional* y procedió a subsanar la sentencia del TC de fecha 14 de junio de 2013. Por consiguiente, se determinó como no incorporados en la resolución el fundamento 68 y el punto 1 del fallo. Al respecto, Brewer Carías (2017) opina que el TC cumplió en ese caso funciones propias de la judicatura, conforme se lo autoriza el Código Procesal Constitucional, al subsanar un error material en el cual estimó se había incurrido.

Resulta pertinente considerar que la resolución de subsanación no hizo referencia en su motivación al límite temporal contemplado en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, es decir, al plazo de dos días contados a partir de la publicación o notificación que establece la norma para realizar una subsanación. Sin embargo, el TC, mediante resolución que resolvió la solicitud de nulidad de la subsanación (2017, fundamento jurídico 3), sí se pronunció sobre la oportunidad del pedido de subsanación.

Desde una perspectiva crítica de las resoluciones jurisdiccionales, podría considerarse, sobre esto último –el tiempo transcurrido desde la notificación de la sentencia subsanada (entre el 6 y el 16 de setiembre de 2013) hasta la expedición del auto de subsanación (5 de abril de 2016) –, que no se motivó de forma exhaustiva o siquiera suficiente su correspondencia con el límite temporal contemplado en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional. Dicha omisión podría considerarse un aspecto cuestionable del auto de subsanación, dado que el plazo señalado tiene como fundamento la garantía de la cosa juzgada y la seguridad jurídica. No obstante, esta omisión o insuficiencia no constituye prima facie un supuesto de arbitrariedad jurisdiccional. Tal como lo ha establecido el TC, “no todo ni cualquier error en el que eventualmente incide una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales” (2008, fundamentos jurídicos 7 y 9). La arbitrariedad jurisdiccional se configura cuando la motivación carece de fundamentación objetiva; es decir, cuando es “incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo” (Tribunal Constitucional, 2009, fundamento jurídico 17).

Por lo tanto, una eventual insuficiencia de la motivación relativa a la aplicación del límite temporal del artículo 121 del Código Procesal Constitucional no invalida ni elimina la motivación referida al ámbito material de la norma que la resolución de subsanación contiene para justificar la aplicación del artículo 121 al supuesto de hecho. No la convierte, prima facie, en una motivación arbitraria, y menos aún constituye un supuesto inequívoco de responsabilidad política procesable y sancionable por el Congreso de la República, tal como se desarrollará más ampliamente en las siguientes secciones.

Esta afirmación cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que el caso de fondo sobre el cual se ha generado la controversia es parte de los procesos jurisdiccionales vinculados a la matanza ocurrida en el Penal San Juan Bautista, El Frontón, en 1986, respecto de la cual pesa una sentencia de la Corte IDH (16 de agosto de 2000). Dicha sentencia determinó

la responsabilidad del Estado peruano respecto de la violación de los derechos a la vida, la libertad personal, y la garantía y protección judicial, y estableció la obligación del mismo de investigar los hechos, así como de juzgar y sancionar a los respectivos responsables. La subsanación de la sentencia impactó favorablemente en el acceso a la justicia de las víctimas de la matanza de El Frontón, al garantizar la intangibilidad de la decisión del juez penal de calificar el caso como delito de lesa humanidad e impedir, con ello, que opere la prescripción antes de la determinación de las responsabilidades y sanciones respectivas.

### **La Acusación Constitucional en el Presente Caso, Atenta contra el Principio de Independencia Judicial a la luz de los Parámetros Establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

La Corte IDH ha generado una línea jurisprudencial en relación a los límites del control parlamentario en los juicios políticos sobre jueces en general, y sobre jueces constitucionales en particular, que define ciertos estándares que los Estados deben considerar para garantizar el principio de independencia judicial (Gattinoni de Mujía, 2016).

Un primer criterio establecido sobre el particular es que resulta una obligación de los Estados garantizar “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” (Corte IDH, 2001, párr. 75). En ese sentido, si bien se aceptó que el juicio político sea una forma válida de control del Parlamento sobre altos funcionarios en el Estado, ello no implica la subordinación de los mismos –en este caso concreto, del TC– respecto del Congreso (Corte IDH, 2001, párr. 63).

Asimismo, en la sentencia correspondiente al caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, la Corte IDH prescribió que la inamovilidad de los jueces en el cargo constituía una expresión de la dimensión objetiva o institucional de la independencia judicial, para lo cual acogió el criterio del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>7</sup>, de los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre Independencia de la Judicatura<sup>8</sup> y de las “Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces”<sup>9</sup>, que establece “que los jueces solo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley” (2013, párr. 189). En ese sentido, incorporó el criterio de que “las decisiones de los jueces no deben estar sometidas a revisión salvo en los procesos de apelación, según lo dispone la ley”, frente al incumplimiento de sus responsabilidades funcionales o a faltas disciplinarias (2013, párr. 192).

7 La CIDH se refiere al criterio establecido por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n°. 32, párrafo 20, sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia [CCPR/C/GC/32], del 23 de agosto de 2007.

8 La Corte IDH fundamenta su sentencia en “los principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura [que] fueron adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y fueron confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 9, pie de página 22).

9 La referencia específica a la que la Corte IDH apela es la Recomendación n°. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994, en la 58ª sesión de viceministros).

Respecto de la aplicación de tales estándares al caso concreto Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, la Corte IDH determinó lo siguiente:

En el derecho interno aplicable al momento de los hechos, el objeto de un juicio político llevado a cabo por el Congreso Nacional no podía ser la destitución de un vocal derivada de la revisión de constitucionalidad o legalidad de las sentencias adoptadas por el Tribunal Constitucional. Lo anterior debido a la separación de poderes y la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional de revisar la constitucionalidad formal y/o material de las leyes expedidas por el Congreso Nacional. (2013, párr. 204)

Resulta interesante señalar que para tal determinación la Corte IDH tomó en cuenta que, en el derecho interno de Ecuador, vigente durante la ocurrencia de los hechos materia de enjuiciamiento, se reconocía el principio de independencia de la función judicial en el artículo 199 de la Constitución de 1998 y en el artículo 9 de la Ley de Control Constitucional de 1997 (2013, párr. 203). Esta última disposición establecía –en el mismo sentido que la Constitución peruana de 1993<sup>10</sup>– que los vocales del TC “no ser[ía]n responsables por los votos que emit[iera]n y por las opiniones que formul[ara]n en el ejercicio de las atribuciones propias de su cargo” (Congreso Nacional del Ecuador, 1997, art. 9).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ocupándose de las garantías para la independencia de las y los operadores de justicia, y del fortalecimiento del acceso a la justicia en la región, advierte “que el control disciplinario a cargo de los parlamentos denominado “juicio político”, constituye un riesgo para las garantías de independencia e imparcialidad” (2013, párr. 88). Por tal razón, indica, los Estados que prevén dicho mecanismo en su ordenamiento jurídico deberían determinar, caso por caso, si el “órgano político está revestido de garantías para ejercer un control jurídico que sea compatible con el principio de independencia judicial” (2013, párr. 88). Subraya, además, que los Estados deben asegurar que el control realizado no sea de naturaleza política, sino jurídica, efectuado sobre la base de causales que respeten el principio de legalidad, así como las garantías debidas (2013, párr. 202-204).

Asimismo, recuerda que el derecho internacional proscribe que el contenido de las resoluciones de los operadores de justicia, en lo referente a su juicio o criterio jurídico, constituya causal disciplinaria. Precisa también que el control de la corrección de las decisiones judiciales del juez inferior se debe ejercer a través de los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares; y que la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público se debe realizar a través del control disciplinario (CIDH, 2013, párr. 216).

La CIDH ha ido más lejos incluso, al señalar que considera “conveniente eliminar progresivamente el uso del juicio político en región para operadores de justicia” dada la constatación histórica de los significativos riesgos que dicha figura supone para la

10 En el caso peruano, el TC tiene autonomía e independencia para cumplir con su misión constitucional, tal como se reconoce expresamente en la Constitución Política del Perú (1993, art. 201). Asimismo, de la lectura de los artículos 201 y 93 de la misma carta, se infiere que los magistrados del TC cuentan con la garantía de la inviolabilidad de sus votos: “no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”. En congruencia con dicha garantía, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que “los Magistrados del Tribunal (g)ozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo”.

independencia judicial, especialmente cuando los operadores de justicia han ejercido control jurisdiccional en casos de “violaciones a derechos humanos perpetradas por jefes de Estado, a la constitucionalidad de actos de gobierno o el poder legislativo” (2013, párr. 205).

En relación al caso en cuestión, en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su jurisprudencia y los estándares arriba señalados, la Corte IDH se pronunció mediante la resolución de 8 de febrero de 2018, en vía de medidas provisionales y seguimiento al cumplimiento de su sentencia en el caso Durand y Ugarte. Así, dispuso que el Estado peruano archivara el procedimiento de acusación constitucional seguido ante el Congreso de la República contra los magistrados Manuel Miranda, Marianella Ledesma, Carlos Ramos y Eloy Espinosa-Saldaña “para garantizar el derecho de las víctimas del caso Durand y Ugarte a obtener un acceso a la justicia sin interferencias en la independencia judicial” (parte resolutive, punto 1).

Al respecto, señaló lo siguiente:

Se ha avanzado indebidamente. . . en el Congreso de la República del Perú un procedimiento de acusación contra los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional que adoptaron una decisión en el 2016 que se **limita a corroborar y fundamentar, de oficio, si hubo o no un error en el conteo de votos respecto a lo resuelto por el propio tribunal en el 2013** [énfasis añadido] al pronunciarse sobre un recurso presentado a favor de varios acusados en el referido proceso penal (supraconsiderando 21).

Reconociendo que según el derecho interno peruano “no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones” (Corte IDH, 2018a, párr. 31), estableció que:

“los miembros del Tribunal Constitucional no pueden ser objeto de acusación ante el Congreso por el contenido de las decisiones jurisdiccionales emitidas en el marco de sus funciones, con la excepción de que constituyan la comisión de un delito, para cuya determinación posteriormente se requiere de un proceso judicial para establecer su responsabilidad” (Corte IDH, 2018a, párr. 31). Asimismo, se indicó que los juicios políticos o ceses contra jueces no pueden ser utilizados para que una mayoría parlamentaria ejerza mayor control sobre el TC o la función judicial, mediante una desviación de poder (Corte IDH, 2018, párr. 35)<sup>11</sup>.

### **Falta de Correspondencia entre la Denuncia del Caso y la Naturaleza de una Acusación Constitucional en el Estado Constitucional**

En el siguiente acápite se fundamentará que la denuncia constitucional interpuesta contra tres magistrados y una magistrada del TC en el caso bajo análisis resulta incompatible con

11 La decisión de la CIDH expresada mediante la resolución del 18 de febrero de 2018, en vía de medidas provisionales y seguimiento al cumplimiento de su sentencia en el caso Durand y Ugarte, fue confirmada en su resolución del 30 de mayo de 2018. Esta última atiende la solicitud del Estado peruano, del 12 de abril de 2018, de reconsiderar “la Resolución de medidas provisionales de 8 de febrero de 2018 o, ‘en su defecto, que se precise el límite temporal de la medida provisional que la Corte [...] considere conveniente otorgar’” (Corte IDH, 2018b, visto 3). Al respecto, la CIDH determinó declarar inadmisibles las solicitudes presentadas por el Estado del Perú.

la naturaleza y finalidad de la figura de la acusación constitucional, y sus modalidades de juicio y antejuicio político. Asimismo, se propondrá una interpretación de la institución de la acusación constitucional para el supuesto de jueces o juezas constitucionales que optimice los principios de independencia de la función jurisdiccional, el control constitucional, la separación de poderes y los derechos fundamentales.

### **Naturaleza de una acusación constitucional**

Desde sus orígenes, tanto el juicio político de raigambre británica, acogido con sus propias particularidades por la Constitución Federal de los Estados Unidos, como el antejuicio político francés, se han vinculado al procesamiento de altos funcionarios estatales por conductas que afectan gravemente al Estado a fin de que, en el ámbito correspondiente, sea determinada la responsabilidad política o jurídica de tales funcionarios y, de ser el caso, les sea retirado el poder político conferido (Eguiguren, 2008, p. 112; García Chávarri, 2008, pp. 5-8, 12-18; Paniagua, 1999, pp. 183-187).

Las diferencias entre ambas figuras residen en el objetivo específico de cada una de ellas, en la naturaleza de las conductas que cada una procesa y en el contenido de la determinación del Parlamento al respecto. El juicio político solo procede por *faltas políticas*; por infracciones a la Constitución; por actos reprobables moral o políticamente; o por delitos que afecten la dignidad, la autoridad y el decoro de la función, y, en tal sentido, establece la responsabilidad política del funcionario. El antejuicio político, en cambio, corresponde a conductas supuestamente delictivas cuyo procesamiento está destinado a dilucidar el levantamiento o no de la prerrogativa funcional del alto dignatario, a fin de que sea esclarecida y determinada su responsabilidad jurídica en los tribunales ordinarios (García Chávarri, 2008, pp. 15-16; Paniagua, 1999, pp. 183-187).

En el marco del Estado constitucional estos mecanismos de acusación constitucional – antejuicio político y juicio político – son una expresión del control represivo parlamentario (Landa, 2004) o el control parlamentario cuasi jurisdiccional, que tienen como una de sus finalidades que el Congreso de la República fiscalice el ejercicio de las funciones de altos funcionarios del Estado cuando incurren en faltas políticas o utilizan su poder para vulnerar manifiestamente la Constitución. por ejemplo, graves atentados contra los derechos fundamentales, quebrantamiento del principio de equilibrio y separación de poderes, actuaciones antidemocráticas, o incursión en supuestos delitos en el ejercicio de sus funciones. En este último caso el Congreso de la República debe ponerlos a disposición del Poder Judicial.

En el ordenamiento constitucional peruano, estos procedimientos de acusación constitucional se encuentran contemplados en la *Constitución Política del Perú* (1993), que establecen lo siguiente:

Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General **por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones** [énfasis añadido] y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

Artículo 100.- Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública



hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad. El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente. La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos. Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso. (arts. 99-100)

El TC peruano (2003, fundamentos jurídicos 3-25) expidió una sentencia interpretativa de tipo estipulativo, en la cual definió los elementos conceptuales y de identidad que corresponden a cada uno de los procesos de acusación constitucional, juicio político y antejuicio político en su ordenamiento jurídico. En dicha sentencia, el supremo intérprete señaló que los artículos 99 y 100 de la Constitución de 1993 recogen tanto el antejuicio político como el juicio político, e interpreta dichas disposiciones de acuerdo al contenido histórico y doctrinario que se ha atribuido a ambas instituciones. Respecto del antejuicio político, estableció que debía tratar sobre materia estrictamente jurídica, relativa a “los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de las funciones” (2003, fundamento jurídico 3) del titular objeto de la acusación constitucional, y, en tal medida, que “el Congreso solo puede acusar y levantar la prerrogativa funcional del funcionario, pero en ningún caso sancionar” (2003, fundamento jurídico 25). En el caso del juicio político, estableció que se trataba de un “procedimiento de contenido eminentemente político, seguido en su totalidad ante el Congreso de la República, en el que este tiene la potestad de sancionar al funcionario por razones estrictamente políticas” (2003, fundamentos jurídicos 19-20).

Respecto de la identificación de las conductas que son susceptibles de ser sometidas a la acusación constitucional, la tarea más compleja corresponde al juicio político, porque a diferencia del antejuicio político la materia objeto del enjuiciamiento no se encuentra tipificada en el ordenamiento jurídico nacional (Landa, 2005). El TC ha aportado elementos orientadores para identificar las conductas susceptibles de ser procesadas a través de un juicio político, como las *faltas políticas* cometidas en el ejercicio funcional, que “compromete[n] peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal”; “faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta”; o, citando a Bidart, que generan “una situación de gobierno inconveniente para el Estado” (2003, fundamentos jurídicos 19-20).

### **Acusación constitucional contra jueces constitucionales: Entre la responsabilidad en el ejercicio del poder y la independencia judicial**

Si el principio de proscripción de la arbitrariedad y de racionalización del ejercicio del poder en el Estado constitucional exige al Congreso de la República verificar los elementos configuradores de la materia procesable al instaurar un procedimiento de acusación constitucional, dicha exigencia debe intensificarse en el caso de que las autoridades sometidas a tal acusación sean jueces constitucionales, especialmente si se trata de magistrados o magistradas de una Corte o Tribunal Constitucional. Lo contrario supondría exponer el contenido de



las sentencias o resoluciones que tales jueces adopten en el marco de su competencia, para garantizar la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, la interferencia política y la vulneración de la independencia jurisdiccional que las legitima. Equivaldría a convertir al Congreso en una instancia de apelación en los procesos constitucionales.

Al respecto, específicamente en relación a la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial, Santiago (2016a) destaca que uno de los asuntos más discutidos en el campo de la responsabilidad judicial es si los jueces pueden ser juzgados y responsabilizados políticamente por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales, y, de ser el caso, cuáles son los criterios que deben orientar y limitar esta intervención. El autor hace hincapié en que la responsabilidad judicial formula el difícil problema de encontrar un punto de equilibrio entre varios de los principios básicos que conforman la organización política de las democracias constitucionales contemporáneas: la independencia jurisdiccional, la responsabilidad política del ejercicio del poder público, y los principios de separación y control recíproco de poderes.

Asimismo, Santiago (2016b) realiza una sistematización de las posiciones a favor y en contra de la responsabilización política de jueces por el contenido de sus sentencias. Indica que, en defensa del reconocimiento de dicha responsabilidad, algunos autores han sostenido que a) el sistema republicano conlleva el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos por los actos de gobierno o de Estado, y, por lo tanto, las sentencias judiciales o jurisdiccionales no pueden estar excluidas del ámbito de responsabilidad política de quienes las dictan; b) la independencia judicial no implica un estatuto de indemnidad de los jueces, ni los excusa de sus abusos y excesos cuando estos son manifiestos; c) el mal desempeño en la determinación de sentencias, que es la principal actividad de los jueces y juezas, tiene estrecha relación con el contenido de sus decisiones; d) si los jueces pueden responder penalmente por el contenido de sus sentencias (p. ej., en el caso de delito de prevaricato), no existe motivo para descartar la responsabilidad política, cuyos cánones son más amplios que los de la responsabilidad penal; e) la distinción entre las cuestiones opinables en el derecho –incluso los comunes errores judiciales que no justifican un juicio político al juez por el criterio asumido–, y aquellas sentencias que constituyen absurdos o contienen el quebrantamiento del principio de imparcialidad, lo cual sí justificarían el ejercicio de control político.

En cuanto a los argumentos que pueden emplearse para rechazar la responsabilidad política de los jueces por el contenido de sus sentencias, Santiago (2016) identifica los siguientes: a) la necesidad de garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces, interpretada como una inmunidad funcional al servicio de la independencia de los magistrados judiciales; b) la protección de la libertad de deliberación y decisión judicial; c) la garantía de la discrecionalidad que acompaña a los magistrados en el ejercicio de sus funciones cuando interpretan el derecho y deciden los casos sometidos a su jurisdicción; d) la inadmisibilidad de una casación política final de las decisiones judiciales, considerando que no corresponde a los órganos políticos formular juicios de valor sobre las cuestiones jurídicas que debaten y resuelven las sentencias; e) la adecuación y suficiencia de los mecanismos procesales ordinarios que forman parte del proceso jurisdiccional para corregir los errores judiciales. Adicionalmente, el autor recoge también la jurisprudencia de la Corte IDH, que establece que:

el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, tiene como contenido necesario el deber de ser juzgados por

jueces independientes e imparciales que no puedan ser removidos por el contenido de sus decisiones judiciales. (Santiago, 2016, párr. 7)

Por su parte, Santiago (2016) plantea una tesis alternativa a las dos posturas señaladas, que busca equilibrar adecuadamente los principios constitucionales de independencia judicial y responsabilidad republicana por los actos de gobierno. Así, postula que “los jueces no responden políticamente por el contenido de sus decisiones, salvo en los supuestos de desvío de poder o de error judicial reiterado o con consecuencias gravísimas” (2016, “Formulación de la tesis”, párr. 1). Considera que el desvío de poder jurisdiccional se configura cuando este se utiliza para fines ilegítimos, desvinculados de las razones que llevaron a reconocerle dicha potestad. Se caracteriza por el alejamiento del derecho e inexplicabilidad jurídica de las decisiones judiciales, muchas veces en contradicción con lo que, en iguales circunstancias, han decidido otros magistrados. En estos casos se puede advertir un fin ilegítimo buscado en provecho propio o ajeno, mala fe, malicia, apartamiento intencional y consciente del derecho aplicable y del recto ejercicio de la función jurisdiccional encomendada. Asimismo, se destaca como nota característica la pérdida de imparcialidad. Como supuestos ilustrativos, se mencionan las aventuras judiciales, actuaciones judiciales claras y manifiestamente incompetentes, inactividad procesal deliberada y llamativa, adopción de medidas cautelares infundadas, con grave lesión de derechos y garantías constitucionales, cambios de criterio injustificados, medidas claramente irrazonables e infundadas y argumentación falsa (Santiago & Finn, 2016, “Un principio que reconoce algunas excepciones”).

Aun cuando la formulación de la tesis de Santiago presentada líneas arriba constituye un aporte al esfuerzo de equilibrar, ponderar y optimizar los principios de independencia jurisdiccional, control entre poderes y responsabilidad, consideramos que sus términos todavía permiten la posibilidad de interferencia política en la justicia constitucional en un medio como el sistema jurídico-político peruano, aún impregnado fuertemente por una concepción formalista del Derecho adscrita al Estado legislativo de derecho, en el que es frecuente que los principios y derechos constitucionales se utilicen como reglas, en el que se desconocen y desvaloran los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y en el que subsisten sectores con una fuerte cultura autoritaria. Ello conlleva el riesgo de que el Congreso pudiera acusar un esfuerzo de interpretación bajo los cánones del Estado constitucional contenidos en una sentencia, de ser una acción prevaricadora, o una de desviación de poder o infracción constitucional, atribuyéndole *apartamiento intencional y consciente del derecho aplicable y del recto ejercicio de la función jurisdiccional encomendada*, una *aventura judicial* o un grave error judicial, por ejemplo.

Por lo tanto, en el marco del ordenamiento constitucional peruano y los estándares establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos, proponemos una interpretación complementaria a la planteada por Santiago (2016). Con ello, se busca contribuir a reducir los riesgos de arbitrariedad, de interferencia política y consecuente perjuicio sobre los derechos fundamentales en cada caso concreto, para analizar la justificación de una acusación constitucional contra jueces constitucionales. Los criterios que se aportan como parte de nuestra propuesta de interpretación resultan aplicables a la reflexión sobre el caso del juicio político y antejuicio instaurados contra tres magistrados y una magistrada del TC por la subsanación de una sentencia relativa al caso El Frontón.

Para tal efecto, se abordan las interrogantes sobre qué ámbitos de la actuación judicial de los jueces constitucionales pueden ser justificadamente encausados a través de una acusación constitucional, con adecuación a los principios del Estado constitucional, a la naturaleza y finalidad de los procedimientos de juicio y antejuicio político, a la interpretación que de sus disposiciones constitucionales ha realizado TC, y a los criterios establecidos por la Corte IDH.

Para ello, en primer lugar, se identificará, de modo general, dos ámbitos plausibles de ser objeto de acusación constitucional: la conducta del juez o jueza plasmada en el contenido de la sentencia, y cualquier otra conducta desplegada con ocasión del ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

**Conductas distintas al contenido de la sentencia.** Ya sea que se trate de conductas subsumibles en tipos penales contemplados en el ordenamiento jurídico, conductas que correspondan a supuestas infracciones a la Constitución o faltas políticas, se encuentra prima facie justificada una acusación constitucional del Congreso de la República, porque el control político no se estaría ejerciendo sobre el enjuiciamiento y resolución de las cuestiones jurídicas realizada por los jueces y juezas constitucionales para garantizar la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales. Los supuestos que corresponden típicamente a esta clase de conductas son los delitos de corrupción, por ejemplo, cohecho, patrocinio ilegal, negociación incompatible, entre otros. En cuanto a infracciones a la Constitución, cuentan como ejemplo el nepotismo, que si bien no es un delito constituye una infracción contra el artículo 39 de la Constitución (1993), que establece que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”.

La justificación de una acusación constitucional por tales conductas, distintas al contenido de la sentencia, optimiza los principios en juego, porque favorece la responsabilidad y el control sobre el ejercicio del poder de los jueces constitucionales. A su vez, implica importantes beneficios respecto de la idoneidad de tales autoridades, así como la calidad de su ejercicio funcional. Las potenciales restricciones sobre la independencia judicial serían, en todo caso, leves, porque el control político se dirige contra actuaciones de naturaleza político-funcional distintas a la actividad interpretativa y resolutoria jurídico-constitucional de los integrantes del TC.

**Conducta manifestada en el contenido de la sentencia.** En principio, la pretensión del Congreso de ejercer el control político sobre los jueces constitucionales sobre la base del contenido de sus sentencias debería ser rechazada, debido al riesgo de vulneración de los principios de independencia judicial, autonomía y supremacía de Tribunales o Cortes constitucionales en el ejercicio del control jurídico de constitucionalidad y garantía de derechos fundamentales, de acuerdo a los criterios generales establecidos por la Corte IDH y la CIDH señalados en los acápites precedentes.

Ya que los tribunales constitucionales son por su naturaleza jurídica organismos supremos de control de la Constitución en sus ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, supremos intérpretes de la norma fundamental, en principio, resultaría irrazonable y un contrasentido que los organismos políticos como los Congresos enjuiciaran a los jueces y juezas integrantes de dichas cortes por su labor interpretativa, y por las cuestiones jurídicas que debatieran y resolvieran en las sentencias constitucionales.

El ordenamiento jurídico peruano establece que el TC es supremo intérprete de la Constitución, y su misión constitucional es garantizar el principio de supremacía de la

Carta y el respeto de derechos fundamentales (“Ley 28237”, 2004a, arts. 201-202; “Ley 28301”, 2004b, art. 1). Si bien el ordenamiento constitucional reconoce la existencia de una pluralidad de intérpretes jurídicos de la Constitución, el TC ocupa un lugar privilegiado, y sus interpretaciones son de carácter vinculante para los Poderes del Estado, los órganos constitucionales, las entidades públicas y privadas, y la ciudadanía (TC, 2004, fundamento jurídico 19). Por ello, resulta congruente la previsión constitucional que garantiza la inviolabilidad de los magistrados integrantes del TC en lo que respecta a sus votos y opiniones (Congreso Constituyente Democrático, 1993, arts. 93 y 201).

Por otra parte, aun si el control político sobre el contenido de las sentencias constitucionales pudiera resultar idóneo para controlar el ejercicio del poder de los jueces y juezas integrantes de tribunales constitucionales, los beneficios que ello potencialmente pudiera producir resultan inciertos, o incluso inexistentes, especialmente si se toma en cuenta que históricamente en el Perú el Congreso ha cuestionado políticamente el control constitucional que sobre su actuación ha ejercido el TC, lo cual en diversas ocasiones ha conllevado la intención de restringir su competencia, sus facultades o el impacto de sus decisiones<sup>12</sup>.

Asimismo, cabe resaltar el carácter discutible y de dudosa legitimidad de las acusaciones constitucionales que atribuyen a jueces constitucionales la supuesta comisión de delito de prevaricato en la elaboración de la sentencia. El artículo 418 del Código Penal (“Decreto Legislativo 635”, 1991) en el Perú establece lo siguiente:

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

En el contexto de un Estado constitucional, la ley debe entenderse como ley conforme con la Constitución. En ese sentido, se le exige al juez, y con especial intensidad al juez constitucional, una interpretación de la ley conforme con dicha Carta, o su inaplicación si la misma resulta inconstitucional (art. 138). Asimismo, la actividad jurídica de interpretación constitucional se acompaña de métodos legitimados constitucionalmente, como el test de ponderación, que tiene como resultado la optimización de los principios involucrados en un caso concreto, e implica en ocasiones el desplazamiento o adecuación de una disposición constitucional.

Por ello, el artículo 418 del Código Penal (“Decreto Legislativo 635”, 1991) no puede interpretarse como una exigencia de que los jueces constitucionales ajusten sus resoluciones

<sup>12</sup> Por ejemplo, los siguientes proyectos de ley: a) el Proyecto de Ley 661-2016-CR, presentado por el grupo parlamentario Fuerza Popular, que propone la modificación del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para incrementar a cinco votos la mayoría para la adopción de precedentes vinculantes o establecer con carácter vinculante interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley; b) el Proyecto de Ley 3930-2009-CR, presentado por el mismo grupo parlamentario para modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional sobre competencia, efectos de las resoluciones, y prohibiciones y deberes de los magistrados; el Proyecto de Ley 14321-2005-CR, presentado por Unidad Nacional, que propone incorporar el artículo 81-A a la Ley 28237, Código Procesal Constitucional; adiciona un segundo párrafo al artículo 4; y modifica el artículo 1 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, referente a la garantía del principio de separación de poderes y la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad.

a la literalidad de las leyes. En consecuencia, prima facie lo *interpretable* o lo *interpretado* no sería susceptible de ser enjuiciado constitucionalmente como supuesto delito de prevaricato.

Por lo tanto, en principio sería inadmisibles el enjuiciamiento político de jueces de tribunales o cortes constitucionales por el contenido de sus sentencias. Sin embargo, consideramos que no corresponde al Estado constitucional consagrar indemnidades absolutas o establecer zonas exentas de control, por lo que, incluso en este ámbito, podría justificarse la intervención del Congreso de la República en determinados supuestos, interpretados muy restrictivamente.

Un primer supuesto se configuraría cuando el contenido de la sentencia, cuestionada como inconstitucional por vulnerar un bien jurídico, principio o derecho constitucional, se encontrara asociada a actos irregulares adicionales, que en conjunto indicaran la configuración de una infracción a la Constitución o un supuesto delito cometido en el ejercicio de las funciones. Tal sería el caso, por ejemplo, de la denuncia constitucional presentada por el Fiscal de la Nación, el 7 de diciembre de 2015, contra un magistrado del TC por supuesto delito de cohecho pasivo específico, en relación con su intervención en el proceso de amparo signado con número de expediente 04298-2012-P A/TC, en el cual su sentencia declaró nula la condena impuesta contra el ex alcalde de Chiclayo, Roberto Torres Gonzales. Si bien la denuncia constitucional se vincula con la actuación del magistrado manifestada en una sentencia constitucional cuestionable, el objeto principal de la misma es la supuesta recepción de dinero por parte del magistrado denunciado como contraprestación por la orientación de su voto, según declaraciones de un colaborador eficaz en otro proceso judicial (Fiscal de la Nación, 2015).

Un segundo supuesto vendría dado por resoluciones cuyo contenido constituyera un atentado al Estado constitucional, ya sea al poner en cuestión su existencia misma o su definición constitucional. Los criterios para interpretar la presencia de tal supuesto, podrían ser los denominados *parámetros de identidad o esencia constitucional* definidos como límites materiales para la reforma constitucional identificados por el TC peruano. Estos parámetros de identidad son dignidad, prohibición de supresión o disminución de derechos fundamentales, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, separación de poderes, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado (TC, 2002, fundamentos jurídicos 76 y 94-97).

En consecuencia, la sola sentencia que suscitara una controversia jurídica, una restricción de derechos, un error judicial, una motivación insuficiente, pero que no implicara la destrucción de la Constitución ni la eliminación de sus parámetros de identidad, no justificaría una acusación constitucional contra los magistrados o magistradas constitucionales, autores de tal sentencia por infracción a la Constitución o supuesto delito de prevaricato.

Trasladando el criterio a la experiencia venezolana, una resolución que podría ilustrar este supuesto de infracción a la Constitución –justificativos del control parlamentario represivo sobre jueces de una Corte Constitucional– sería la que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, criticada por el profesor Brewer Carías (2017) en su artículo sobre el principio de la intangibilidad de las sentencias de los tribunales constitucionales. Un caso específico de infracción a la Constitución, en el sentido que el autor plantea, sería la expedición de la sentencia de dicho Tribunal Supremo, del 30 de marzo de 2017, que resolvió que asumiría todas las competencias correspondientes a la Asamblea Nacional, cuyas actuaciones consideraba nulas por encontrarse en una situación de desacato frente a sentencias de la propia Sala Constitucional.

Aplicando el razonamiento esbozado en esta sección al caso de la resolución de subsanación de fecha 5 de abril de 2016 del caso El Frontón, es posible concluir que la acusación constitucional que se instauró contra sus autores, los magistrados Espinosa Saldaña, Ramos y Miranda, así como contra la magistrada Ledesma, resulta incompatible con la finalidad y naturaleza que dicho procedimiento adquiere en el Estado constitucional, en relación con los jueces y juezas constitucionales. La resolución en cuestión se produjo en ejercicio de la atribución de subsanación, reconocida expresamente en el Código Procesal Constitucional (2004a, art. 121). No se trataba de una resolución carente de motivación judicial y tuvo como finalidad garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los graves sucesos violatorios de los derechos humanos ocurridos en El Frontón hace más de 30 años, en cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH del 16 de agosto de 2000 en el caso Durand y Ugarte vs Perú. El contenido de la resolución no constituyó un supuesto de *destrucción de la Constitución* que atentara contra la prohibición de supresión o disminución de derechos fundamentales, contra la soberanía del pueblo, la separación de poderes, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno o, en general, contra la forma de gobierno o la forma de Estado.

### **Reflexión Final**

Sobre la base de los argumentos presentados, consideramos que la acusación constitucional que se pretendió consolidar en el Congreso de la República contra dos magistrados y una magistrada del TC por la subsanación de la sentencia recaída en el expediente 01969-2011-PHC/TC resultó una vulneración a la independencia jurisdiccional del TC, así como una amenaza al principio de separación de poderes y al Estado constitucional mismo, tal como lo confirmó la Corte IDH.

No debe deducirse de ello que se postula la prohibición de toda acusación constitucional manifestada a través de un juicio político o antejuicio político contra magistrados o magistradas de tribunales constitucionales, dado el diseño constitucional de estos mecanismos en nuestro ordenamiento jurídico, así como el valor que adquiere el control entre poderes u organismos constitucionales autónomos en el marco del Estado constitucional.

Sin embargo, estas manifestaciones de control deberían extremar las exigencias que deben cumplirse para ser llevadas a cabo, con el objetivo de garantizar la independencia de la función jurisdiccional, especialmente en sede constitucional, tal como lo ha establecido la Corte IDH y recomendado la CIDH. Así, los supuestos objetos de control deberían ceñirse a asuntos distintos al contenido de las sentencias, que constituyan faltas políticas, infracciones a mandatos expresos y claros de la Constitución o supuestos delitos en el ejercicio funcional, especialmente aquellos vinculados a corrupción. No obstante, respecto del contenido de las sentencias, podría justificarse la intervención del control parlamentario a través del juicio político o antejuicio político, si tal sentencia o resolución estuviera asociada a actos irregulares adicionales que, en conjunto, indicaran la configuración de una infracción a la Constitución o un supuesto delito cometido en el ejercicio de las funciones, o cuando el solo contenido de la sentencia configurara un supuesto de destrucción de la Constitución, entendido como un atentado a los parámetros de identidad de la Constitución, de acuerdo a la jurisprudencia del TC.

## REFERENCIAS

- Brewer-Carías, A. R. (2017). El principio de la intangibilidad de las sentencias de los tribunales constitucionales. Algunas excepciones contrastantes: Colombia, Perú, Venezuela. *Derecho y Debate*, (37). Recuperado de <http://derechoydebate.com/admin/uploads/5a497e98ae8c5-brewer-intangibilidad-sentencias-trib-const-excepciones.pdf>
- Cappeletti, M. (2009). *La responsabilidad de los jueces*. Lima, Perú: Communitas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas* (Documento oficial de la OEA). Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2007, 23 de agosto). *Observación General n.º. 32 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [CCPR/C/GC/32]*. Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/S-gencom32.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución política del Perú*. Recuperado de [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Congreso de la República. (2017). *Informe final de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales. Denuncia constitucional 110*. Lima, Perú. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt\\_2011.nsf/e47be337c8e9799a052577c40059248b/4d331b4cc4fa59c6052582c7004d5362?OpenDocument#Sin%20t%C3%ADtulo\\_4](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/e47be337c8e9799a052577c40059248b/4d331b4cc4fa59c6052582c7004d5362?OpenDocument#Sin%20t%C3%ADtulo_4)
- Congreso de la República. (2018). *Agenda documentada de la Comisión Permanente. Sesión del miércoles 11 de julio de 2018*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt\\_2011.nsf/e47be337c8e9799a052577c40059248b/4d331b4cc4fa59c6052582c7004d5362?OpenDocument#Sin%20t%C3%ADtulo\\_4](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/e47be337c8e9799a052577c40059248b/4d331b4cc4fa59c6052582c7004d5362?OpenDocument#Sin%20t%C3%ADtulo_4)
- Congreso Nacional del Ecuador. (1997). *Ley de control constitucional*. Declarada mediante Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000, 16 de agosto). *Sentencia de la Corte IDH (Durand y Ugarte vs. Perú)*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_68\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 31 de enero). *Sentencia de la Corte IDH (Tribunal Constitucional vs. Perú)*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf)



- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, 28 de agosto). *Sentencia de la Corte IDH (Tribunal Constitucional [Camba Campos y otros] vs. Ecuador)*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_268\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018a, 8 de febrero). *Resolución de la Corte IDH (Durand y Ugarte vs. Perú)*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/durand\\_se\\_02.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/durand_se_02.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018b, 30 de mayo). *Resolución de la Corte IDH (Durand y Ugarte vs. Perú)*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/durand\\_se\\_04.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/durand_se_04.pdf)
- Decreto Legislativo 635. Código Penal del Perú. (1991, 8 de abril). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Eguiguren, F. (2008). Antejudio y juicio político en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 13(13), 111-162.
- Fiscal de la Nación (2015). *Denuncia constitucional contra un magistrado del Tribunal Constitucional*. Recuperado de <https://portal.mpfm.gob.pe/descargas/normas/r43615.pdf>
- García Cobián, E. (2018). Límites del control parlamentario frente a las decisiones de la jurisdicción constitucional: Reflexiones a propósito de la acusación constitucional contra tres magistrados del Tribunal Constitucional. *Pólemos*. Recuperado de <http://polemos.pe/limites-del-control-parlamentario/>.
- García Chávarri, A. (2008). *Acusación constitucional, juicio político y antejudio. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial. Cuaderno de Trabajo n° 9*. Recuperado de [http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39771/ct9\\_acusacion\\_constitucional%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39771/ct9_acusacion_constitucional%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- García-Mansilla, M. J. (2016). El impeachment al Justice Samuel Chase. El contexto y las consecuencias del caso. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp.185-214). Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Gattinoni de Mujía, M. (2016). Estándares convencionales en materia de independencia del Poder Judicial, remoción de los jueces por juicio político y criterios acerca de la posibilidad de su destitución por el contenido de las sentencias. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp. 89-156). Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Ibañez, P. A. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el Estado constitucional*. Madrid, España: Trotta.



- Landa Arroyo, C. (2004). El control parlamentario en la Constitución Política de 1993: Balance y perspectiva. *Pensamiento Constitucional*, 10(10), 91-144.
- Landa Arroyo, C. (2005). Antejudio político. En M. Carbonell (Ed.), *Derecho constitucional: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados [9 y 14 de febrero de 2004, UNAM]* (Vol. 199, pp. 605-617). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/23.pdf>
- Ley 28237, Código procesal constitucional. (2004a, 31 de mayo). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 28301, Ley orgánica del Tribunal Constitucional. (2004b, 23 de julio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ministerio de Justicia. (2018). *Informe 090-2018-JUS/CDJE-PPES*. Lima, Perú.
- Paniagua, V. (1999). La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (3), 181-204.
- Procurador público supranacional. (2013, 16 de setiembre). *Solicitud de subsanación de errores materiales contenidos en la sentencia recaída en el Expediente 1969-2011-PHC/TC presentada en el proceso signado con el n°. 1969-2011-PHC/TC*. Recuperado de <https://docs.ecuador.justia.com/nacionales/leyes/ley-de-control-constitucional.pdf>
- Santiago, A. & Finn, S. (2016). Un principio que reconoce algunas excepciones. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* [libro electrónico]. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Santiago, A. (2016a). La responsabilidad judicial por el contenido de sentencia, un tema de la máxima actualidad e importancia institucional. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* [libro electrónico]. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Santiago, A. (2016b). Una *quaestio disputata*: argumentos a favor y en contra de la procedencia de la responsabilidad de los magistrados judiciales por el contenido de sus sentencias. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* [libro electrónico]. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Santiago, A. (Dir.). (2016c). *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* [libro electrónico]. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley.
- Tribunal Constitucional. (2002, 21 de enero). *Sentencia del Tribunal Constitucional (caso Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600)*. Expediente 014-2002-AI/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

- Tribunal Constitucional. (2003, 1 de diciembre). *Sentencia del Tribunal Constitucional (reglamento del Congreso/acusación constitucional)*. Expediente 0006-2003-AI/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2004). *Reglamento normativo del Tribunal Constitucional, aprobado por resolución administrativa 095-2004-P-TC*. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/REGLAMENTO-NORMATIVO.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2004, 31 de diciembre). *Sentencia del Tribunal Constitucional (Poder Judicial vs. Poder Ejecutivo)*. Expediente 004-2004-CC/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>
- Tribunal Constitucional. (2006, 11 de diciembre). *Sentencia del Tribunal Constitucional (Juan de Dios Valle Molina vs. Poder Judicial)*. Expediente 3943-2006-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2008, 13 de octubre). *Sentencia del Tribunal Constitucional (Giuliana Llamoya vs. Poder Judicial)*. Expediente 00728-2008-PHC/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2009, 5 de febrero). *Sentencia del Tribunal Constitucional (Rodolfo Ruiz Oroya Gallo)*. Expediente 0035-2009-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03561-2009-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2013, 14 de junio). *Sentencia del Tribunal Constitucional (Humerto Bocanegra Chávez vs. Poder Judicial)*. Expediente 01969-2011-PHC/TC. Recuperado de [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.html.47be337c8e9799a052577c40059248b/4d331b4cc4fa59c6052582c-7004d5362?OpenDocument#Sin%20t%C3%ADtulo\\_4](https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.html.47be337c8e9799a052577c40059248b/4d331b4cc4fa59c6052582c-7004d5362?OpenDocument#Sin%20t%C3%ADtulo_4)

**SOBRE LOS MODELOS DE VACANCIA EN EL CARGO  
DEL TITULAR DEL GOBIERNO EN LOS RÉGIMENES  
PRESIDENCIALES, CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO  
PERUANO<sup>1</sup>**

*En memoria del Prof. Dr. don Enrique  
Bernales Ballesteros, con ocasión de los 100  
años de la Facultad de Derecho de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú*

*Abraham García Chávarri<sup>2</sup>*

En el Perú, el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución de 1993 prescribe que el cargo de presidente de la República vaca al declarar el Congreso la permanente incapacidad moral de quien lo ocupa. Esta causal fue aplicada el 21 de noviembre de 2000 en el caso de Alberto Fujimori Fujimori, cuando el Congreso de la República –a través de la Resolución Legislativa 009-2000-CR– decidió no aceptar su renuncia, que envió por fax desde Japón. Posteriormente, mediante Ley 27600, publicada el 16 diciembre de 2001, se suprimió la firma de Fujimori de la Carta que, tras el autogolpe del 5 de abril de 1992, dispuso elaborar, cuyo texto fue redactado por el Congreso Constituyente (autodenominado *democrático*) y aprobado en un referéndum sobre cuyo verdadero resultado existen dudas.

En el periodo presidencial siguiente, durante el mandato de Alejandro Toledo Manrique, la votación requerida para vacar al presidente de la República por permanente incapacidad moral, cuando quería aplicársele con ocasión de una filiación no reconocida, fue atemperada. Al no estar prevista dicha causal en el Reglamento del Congreso, se estimó que no resultaba prudente contemplar solo una votación por mayoría simple para tomar una decisión de tal envergadura y repercusión.

Dos periodos de gobierno después, Pedro Pablo Kuczynski Godard prefirió renunciar al cargo ante la imposibilidad de superar la segunda moción de vacancia que se le había abierto, tras los escándalos de corrupción vinculados con la empresa brasileña Odebrecht. Finalmente, en el momento en que se redacta el presente texto, algunos congresistas de Fuerza Popular, a pesar de ya no contar con la mayoría absoluta de los votos, lo están blandiendo como posibilidad en contra del actual presidente, Martín Vizcarra Cornejo, con ocasión de la

---

1 El presente trabajo ha sido elaborado sobre la base de la tesis titulada “La vacancia por incapacidad moral del Presidente de la República” (2013), así como los artículos “Algunas anotaciones sobre la vacancia presidencial por incapacidad moral” (2012); “Vacancia presidencial por incapacidad moral” (2013); “La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano” (2013) y “La figura jurídica de la vacancia por permanente incapacidad moral del Presidente de la República en la historia del Perú” (2014).

2 Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF-PUCP). Dirección-e: abraham.garciac@puccp.pe

especulación sobre presuntos hechos de corrupción, también vinculados con Odebrecht, y al cobijo de una baja en el índice de aprobación del presidente por parte del pueblo.

Como ya se ha anotado en anteriores trabajos (García Chávarri, 2018, pp. 425-427) puede observarse que la causal por incapacidad moral no es en absoluto insólita en el particular sistema presidencial peruano, que ha ido parlamentarizándose sin mucho reparo (Valadés, 2009, pp. 5-6). Si bien la fórmula nacional cumple con los rasgos que Sartori (1994) anota como propios de todo sistema presidencial, es decir, que el que el jefe de Estado (a) sea electo popularmente, (b) no pueda ser despedido del cargo por una votación del Parlamento durante su periodo preestablecido, y (c) dirija el gobierno que designa, también se distancia del modelo puro y se aproxima, a su vez, a uno parlamentario, pues no cuenta con secretarios inmunes a censuras parlamentarias, sino más bien con ministros “fusibles” que dependen de la confianza del Congreso (Villarán, 1962, pp. 58-59), poder al que con más o menos éxito se intenta reprimir con la figura de la disolución como contraparte.

No obstante, el modelo de sistema de gobierno peruano toma también del régimen semipresidencial francés la figura del presidente del Consejo de Ministros, aunque a veces en términos meramente nominales, antes que efectivos. A ello, finalmente, deben adicionarse ciertos carices del denominado *presidencialismo latinoamericano* (Espinosa-Saldaña Barrera, 2008, pp. 87-88), como la exageración de funciones presidenciales que se refleja, por ejemplo, en la capacidad legiferante, delegada y de urgencia, de la que carece por completo el presidente de los Estados Unidos de Norte América.

Al igual que en sus 12 antecesoras, el sistema de gobierno configurado por la Constitución de 1993 es presidencial. Así, estipula que “el presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación” (art. 110); establece su condición de jefe de gobierno, al preceptuar que es atribución del presidente de la República “dirigir la política general del Gobierno” (art. 118, inc. 3); y señala que “el presidente de la República se elige por sufragio directo. Es elegido el candidato que obtiene más de la mitad de los votos. Los votos viciados o en blanco no se computan” (art. 111). Como puede apreciarse, están presentes los tres criterios que caracterizan todo modelo presidencial.

Por otro lado, en lo referente a la responsabilidad constitucional del presidente de la República, como única fórmula de acortar su mandato la Carta de 1993 prescribe que

El presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral. (art. 117)

En el artículo en cuestión se establece lo que se conoce como inexpugnabilidad de la presidencia de la República, categoría que no pretende favorecer impunidad presidencial alguna, sino más bien garantizar aquellos rasgos fundamentales del modelo en virtud de los cuales el titular del Estado y del Gobierno está por mandato popular en el poder durante un periodo fijo. Así pues, las jefaturas de Estado y de Gobierno requieren que su unívoco titular no tome parte en los juegos de mayorías y minorías parlamentarias, o el vaivén de la coyuntura política. Se establece una especial protección presidencial con la finalidad de garantizar la necesaria estabilidad durante el tiempo por el que democráticamente ha sido elegido para gobernar.

### Los Modelos Peruanos Históricos de Vacancia Presidencial

Como se anotó en un estudio previo (García Chávarri, 2018, pp. 427-433), si bien no con la denominación de *vacancia*, la Constitución de 1823 establecía, bajo el rubro equivalente de “limitaciones del Poder Ejecutivo” (art. 81), dos supuestos. En primer lugar, la prohibición de salir del territorio de la República sin permiso del Congreso (inc. 2). En segundo término, la imposibilidad de diferir ni suspender en ninguna circunstancia las sesiones del Congreso. Ambas previsiones –allí denominadas *limitaciones*– serán posteriormente recogidas como causales específicas de vacancia presidencial.

José Mariano de la Riva Agüero y Sánchez Boquete no solo fue el primer presidente del Perú, sino también el primero en ser vacado por la causal de incapacidad moral. El Congreso invocó esta causal pese a que no se encontraba prevista tal figura en la carta fundamental. Dicha declaratoria de vacancia respondió, en los hechos, a las pugnas políticas entre Riva Agüero y el Parlamento, en medio de un escenario todavía turbulento por la consolidación de la Independencia.

Tras la primera sucesión de texto constitucional, la denominada *Constitución Vitalicia* de Bolívar, de 1826, no contemplaba la figura de la vacancia, pero sí recogía bajo el rótulo *restricciones*<sup>3</sup> dos supuestos actualmente incluidos en tal figura: el primero de ellos, la prohibición de impedir las elecciones y las demás funciones que por ley competen a los demás poderes de la República (art. 84, inc. 4); el segundo, la restricción respecto de ausentarse del territorio de la República, con la precisión de que tampoco le estaba permitido abandonar la capital sin permiso del cuerpo legislativo (art. 84, inc. 5), fórmula que mantiene de la anterior Constitución.

La Carta de 1828 utilizó el mismo término, *restricciones*, para algunos supuestos que después serían establecidos como causales de vacancia o de única responsabilidad restringida del primer mandatario. Así, señalaba que el Poder Ejecutivo no puede diferir ni suspender en circunstancia alguna las elecciones constitucionales ni las sesiones del Congreso (art. 91, inc. 1); y anotaba que el presidente de la República no puede salir del territorio de la República sin permiso del Congreso (art. 91, inc. 2). Cabe precisar que dicha disposición estableció que estas restricciones no solo aplicaban a la duración del mandato de gobierno, sino que incluso se extendían a los seis meses posteriores a su término.

Por su parte, la Constitución de 1834 fue la primera en que se contempló de modo explícito la figura de la vacancia: “La Presidencia de la República vaca por muerte, admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física, destitución legal y término de su periodo constitucional” (art. 80).

Además, al igual que la Carta de 1828, la Constitución de 1834 estableció como restricciones del Poder Ejecutivo la prohibición de diferir o suspender en circunstancia alguna las elecciones constitucionales y las sesiones del Congreso (art. 86, inc. 1), y de salir del territorio de la República sin permiso del Congreso, durante el periodo de su mandato y después de este, hasta que hubiese concluido la sesión de la legislatura inmediata (art. 86, inc. 2).

---

3 Es importante anotar que el término *restricciones*, utilizado por el texto constitucional de 1826, es equivalente a *limitaciones*, que aparece en la Carta de 1823. Dicha voz se mantuvo en la siguiente Constitución, de 1828, y compartió existencia con *vacancia* a partir de la Carta de 1834. Algunos textos constitucionales distinguieron algunas conductas como causales de vacancia y otras como supuestos de restricciones, hasta que finalmente todos fueron reconducidos a la figura de vacancia, en tanto que el término *restricción* cayó en desuso.

Como puede apreciarse, muchas de las causales de vacancia ya previstas, así como aquellos supuestos consignados a modo de restricciones, se mantuvieron en las sucesivas Cartas peruanas.

En la Constitución de 1839 se amplió el listado de las restricciones presidenciales:

**La Presidencia de la República** vaca de hecho por muerte, o por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad e independencia nacional, y **de derecho**, por admisión de su renuncia, **perpetua imposibilidad física o moral** [énfasis añadido] y término de su periodo constitucional. (art. 81)

Esta regulación constitucional es importante porque, en primer lugar, estableció una distinción entre supuestos de hecho y supuestos de derecho respecto de la figura de la vacancia; en segundo término, se utilizó por primera vez el término moral dentro del catálogo de los supuestos de vacancia.

En el artículo 81 de la Constitución de 1856 se precisaba que durante el periodo de gobierno del presidente de la República solo podía hacerse efectiva su responsabilidad en los casos de vacancia de hecho, en tanto que se postergaba el ejercicio de efectivizar la responsabilidad a que haya lugar luego de concluido dicho periodo, lo cual es compatible con los rasgos característicos del sistema de gobierno presidencial.

De manera similar al texto de 1839, la Carta de 1856 mantuvo la distinción entre supuestos de hecho y supuestos de derecho de la figura de la vacancia presidencial:

La Presidencia de la República vaca de hecho:

- 1°.- Por muerte.
- 2°.- Por celebrar cualquier pacto contra la independencia o integridad nacional.
- 3°.- Por atentar contra la forma de Gobierno.
- 4°.- Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo.

Vaca de derecho:

- 1°.- Por admisión de su renuncia.
- 2°.- Por incapacidad moral o física.
- 3°.- Por destitución legal.
- 4°.- Por haber terminado su período. (art. 83)

La regulación establecida por dicha Constitución es bastante extensa en cuanto a sus supuestos, muchos de los cuales se mantienen hasta la actualidad. Asimismo, el artículo 90 de la misma Carta, en una versión mucho más reducida que sus predecesoras, estableció dos restricciones para el presidente de la República. La primera, referida a la salida del territorio sin permiso del Congreso, sería posteriormente tomada como una causal de vacancia. La segunda es la figura del juicio de residencia: se señalaba que el primer mandatario debía permanecer en el territorio nacional mientras durase dicho proceso (art. 90, inc. 1).

En la Constitución de 1860, que rigió con breves interrupciones hasta 1920, se redujo el listado de supuestos de vacancia, y se eliminó la distinción entre causales de hecho y de derecho:

La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1. Por perpetua incapacidad, física o moral del Presidente.
2. Por la admisión de su renuncia.
3. Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el art. 65°.
4. Por terminar el período para que fue elegido. (art. 88)

Asimismo, en el artículo 95 se señala lo siguiente:

El presidente no puede salir del territorio de la República, durante el periodo de su mando, sin permiso del Congreso, y en su receso de la Comisión Permanente; ni concluido dicho periodo, mientras este sujeto al juicio que prescribe el artículo 66<sup>4</sup>.

El supuesto de dicho artículo sería reconducido como causal de vacancia presidencial en las Constituciones sucesivas.

La breve Constitución de 1867 retomó la distinción entre causales de hecho y de derecho para la figura de la vacancia presidencial (que se había eliminado en la Carta de 1860). Así, regulaba ambos supuestos en los siguientes términos:

Art. 79°.- La Presidente de la República vaca de hecho:

- 1°.- Por muerte del Presidente.
- 2°.- Por celebrar cualquier pacto contra la independencia o integridad nacional.
- 3°.- Por atentar contra la forma de gobierno.
- 4°.- Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo.

Art. 80°.- Vaca de derecho:

- 1°.- Por admisión de su renuncia.
- 2°.- Por incapacidad moral o física.
- 3°.- Por haber terminado su período.
- 4°.- Por sentencia judicial que lo declare reo del delito que motivó su suspensión conforme al artículo 79°, incisos 2°, 3° y 4°. (arts. 78-79)

Finalmente, en el artículo 86 se estipulaba, como en sus antecesores, que “El presidente no puede salir del territorio de la República, durante el período de su mando, sin permiso del Congreso; ni concluido dicho período, mientras esté sujeto al juicio que prescribe el artículo 77”.

Bajo el amparo de la Carta de 1860, que retomó vigencia tras la corta regencia de la Constitución de 1867, Guillermo E. Billinghurst Angulo fue vacado en su mandato de presidente de la República en 1914, por la causal de incapacidad moral. Como en el caso de Riva Agüero, tras un intento de disolución parlamentaria y convocatoria a consulta popular, la mala relación entre el Gobierno y el Congreso determinaron la destitución del presidente.

Posteriormente, en la Carta de 1920, los supuestos de vacancia fueron reducidos. En esta también se eliminó la diferencia entre vacancia de hecho y vacancia de derecho:

La presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

- 1°.- Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;
- 2°.- Por admisión de su renuncia;
- 3°.- Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 96. (art. 115)

---

4 El artículo 66 es el correspondiente al antejuicio

Asimismo, en la línea de las Cartas constitucionales precedentes, el artículo 123 estipulaba que “El presidente no puede salir del Territorio de la República durante el período de su mando, sin permiso del Congreso”. Como se aprecia, la obligación de permanecer un tiempo

después de concluido el mandato y la sujeción a un juicio de residencia son fórmulas ya no contempladas en el texto constitucional.

Por su parte, en términos bastante similares a los actualmente previstos, en la Constitución de 1933 se establecieron los supuestos de vacancia presidencial:

La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1. Por permanente incapacidad física o moral del presidente declarada por el Congreso;
2. Por la aceptación de su renuncia;
3. Por sentencia judicial que lo condene por los delitos enumerados en el artículo 150;
4. Por salir del territorio de la República sin permiso del Congreso; y
5. Por no reincorporarse al territorio de la República vencido el permiso que le hubiere concedido el Congreso. (art. 144)

Es interesante destacar que, después de estar contemplada desde un inicio en nuestras Cartas constitucionales, sea como limitación, restricción o específica prohibición, es en la Constitución de 1933 donde los supuestos de salida del territorio nacional sin permiso del Congreso y de no retorno en el plazo fijado por este se adicionan al listado de las causales de vacancia.

En la Constitución de 1979 estaban contenidas las mismas causales de vacancia que en su similar de 1933, con la única salvedad de que reunía en un solo punto los dos últimos supuestos del anterior artículo 144, de la Carta de 1933. El texto era el siguiente:

La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte por:

- 1.- Incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso.
- 2.- Aceptación de la renuncia por el Congreso.
- 3.- Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no reincorporarse al cargo al vencimiento de este, y
- 4.- Destitución al haber sido sentenciado por alguno de los delitos mencionados en el Artículo 210. (art. 206)

Finalmente, la Constitución de 1993, actualmente en vigor, regula la figura de la vacancia en términos similares a sus antecesoras, e incluye los supuestos ya previstos tanto por la Carta de 1979 cuanto por la de 1933, con la adición de la causal de muerte:

La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del presidente de la República.
2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado. Y
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución. (art. 113)



En suma, las causales y supuestos de vacancia presidencial previstos por nuestros textos constitucionales han sido básicamente los mismos. En un primer momento, algunos de esos supuestos, como el de salir del territorio nacional sin permiso del Congreso, se encontraban establecidos bajo los rubros limitaciones o restricciones. Posteriormente, algunas restricciones previstas a partir de la Carta de 1828, como la de no impedir ni suspender en circunstancia alguna las elecciones constitucionalmente previstas, fueron luego reconducidas, en los textos fundamentales del siglo XX, a los supuestos de responsabilidad constitucional del presidente de la República como pasibles de su acusación y, de ser el caso, de su destitución.

Así, sobre la incapacidad moral como causal de vacancia de la Presidencia de la República, las distintas Constituciones nacionales la han recogido del modo siguiente:

Tabla1. Historia de la incapacidad moral como causal de vacancia

<b>Constitución</b>	<b>Fórmula</b>	<b>Artículo</b>
1839	“perpetua imposibilidad moral”	81
1856	“incapacidad moral”	83
1860	“perpetua incapacidad moral”	88
1867	“incapacidad moral”	80
1920	“permanente incapacidad. . . moral del Presidente declarada por el Congreso”	115.1
1933	“permanente incapacidad. . . moral del Presidente declarada por el Congreso”	144.1
1979	“Incapacidad moral. . . declarada por el Congreso”	203.1
1993	“permanente incapacidad moral. . . , declarada por el Congreso”	113.3

Elaboración propia, 2018

La Constitución de 1834 fue la primera de la historia constitucional del Perú en contemplar la figura de la vacancia presidencial, mientras que la causal de incapacidad moral apareció recién en la Constitución siguiente, la Carta de 1839. El texto constitucional vigente no recoge sino supuestos similares desde aquella época, con las especificidades ya detalladas en cada caso particular.

### MODELOS COMPARADOS DE VACANCIA PRESIDENCIAL

Corresponde determinar si la figura del presidente de la República está sujeta a la institución de la vacancia o falta en el ejercicio del cargo, y, particularmente, si la causal de incapacidad moral peruana tiene algún antecedente o referencia en los ordenamientos jurídicos de otros países.<sup>5</sup>

5 Este asunto ha sido tratado en previamente en García Chávarri, 2013.

### **Estados Unidos de Norte América**

La Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 establece lo siguiente respecto de la separación del cargo:

En caso de que el presidente sea separado de su puesto, de que muera, renuncie o se incapacite para dar cumplimiento a los poderes y deberes del referido cargo, este pasará al vicepresidente y el Congreso podrá proveer por medio de una ley el caso de separación, muerte, renuncia o incapacidad, tanto del presidente como del vicepresidente, y declarar que funcionario fungirá como presidente hasta que desaparezca la causa de incapacidad o se elija un presidente. (art. 2, 1era sección, cláusula 6)

La norma fundamental estadounidense es importante, entre otros aspectos, por dos consideraciones pertinentes a esta investigación. En primer término, las causales de vacancia listadas (muerte, renuncia, incapacidad permanente) no son sino estipulaciones fácticas que ocurren en la realidad, respecto de las cuales el Congreso solamente debe asumirlas como tales. Inclusive aquella propia del impeachment (separación del puesto por decisión del Senado) está dentro de los supuestos del ejercicio de un juicio político. Si el modelo presidencial implica, como ya se ha anotado, que un presidente elegido por un periodo determinado, salvo la consideración contemplada del juicio político, no puede ser removido de su cargo. De ahí que las causales de vacancia en el ejercicio de su función se contemplen como situaciones de hecho incontrovertibles (como son la muerte, la renuncia, o el sufrir una incapacidad física o mental de naturaleza permanente).

En segundo lugar, cabe resaltar la mención constitucional respecto de que el desarrollo de las situaciones de vacancia del presidente y su vicepresidente pueda ser llevada a cabo por el Congreso, con la finalidad de establecer un régimen sucesorio frente a esa eventualidad mejor delineado, libre de alguna indebida o inestable especulación.

### **Argentina**

En la *Constitución Nacional de la República Argentina* de 1994 se señala lo siguiente:

En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo. (art. 88)

Propiamente, en el caso constitucional argentino no se prevé causales de vacancia para el cargo de presidente de la nación. Sin embargo, pueden observarse en el listado citado algunos indicios de estas en los hechos (es decir, enfermedad grave, muerte, renuncia o destitución), y en el orden de impedimentos temporales (enfermedad no grave, ausencia de la capital). Todas son especificaciones objetivas que, por ende, no requieren contradictorio, pues simplemente ocurren en la realidad y tienen ya una consecuencia prevista.

### **Bolivia**

La *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009* contempla la figura de la vacancia presidencial bajo los términos de cesación del mandato:

Artículo 170.

La presidenta o el presidente del Estado cesará en su mandato por muerte; por renuncia presentada ante la Asamblea Legislativa Plurinacional; por ausencia o impedimento definitivo; por sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal; y por revocatoria del mandato.

Artículo 171.

En caso de revocatoria del mandato, la presidenta o el presidente del Estado cesará de inmediato en sus funciones, debiendo asumir la Presidencia la persona que ejerza la Vicepresidencia, quien convocará de forma inmediata a elecciones a la Presidencia del Estado a realizarse en el plazo máximo de noventa días. (arts. 170-171)

Las causales de la referida cesación del mandato son igualmente objetivas: muerte, renuncia aceptada, ausencia o impedimento definitivos, sentencia condenatoria ejecutoriada y revocatoria popularmente acordada. Ninguna ofrece dificultades de vaguedad que requieran una interpretación y un contradictorio.

### **Brasil**

La *Constitución de la República Federativa de Brasil* de 1988 regula algunas situaciones de vacancia presidencial de modo disperso. Así, por ejemplo, se tiene que “Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago” (art. 78, párr. 2).

Asimismo, la Carta brasileña prescribe que “O Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão, sem licença do Congresso Nacional, ausentar-se do País por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo” (art. 83).

El modelo brasileño es coherente con el sistema de gobierno presidencial, donde el presidente de la República debe permanecer en el cargo por el tiempo que dure su mandato, salvo casos de responsabilidad penal determinada por la judicatura ordinaria. Asimismo, la figura de la vacancia no se presenta para consideraciones abiertas en términos interpretativos, sino para situaciones perfectamente establecidas como son la no toma de posesión en un plazo dado, o el no regreso al país en un plazo máximo o indicado por el Congreso.

### **Chile**

La *Constitución Política de la República de Chile* de 1980 contempla el régimen sucesorio de presentarse la ausencia del presidente de la República en los términos siguientes:

Si por impedimento temporal, sea por enfermedad, ausencia del territorio u otro grave motivo, el presidente de la República no pudiese ejercer su cargo, le subrogará, con el título de Vicepresidente de la República, el Ministro titular a quien corresponda de acuerdo con el orden de precedencia legal. A falta de éste, la subrogación corresponderá al ministro titular que siga en ese orden de precedencia y, a falta de todos ellos, le subrogarán sucesivamente el presidente del Senado, el presidente de la Cámara de Diputados y el presidente de la Corte Suprema. (art. 29)

En caso de vacancia del cargo de presidente de la República, se producirá la subrogación como en las situaciones del inciso anterior, y se procederá a elegir sucesor en conformidad a las reglas de los incisos siguientes.

Si la vacancia se produjere faltando menos de dos años para la próxima elección presidencial, el presidente será elegido por el Congreso Pleno por la mayoría absoluta de los senadores y

diputados en ejercicio. La elección por el Congreso será hecha dentro de los diez días siguientes a la fecha de la vacancia y el elegido asumirá su cargo dentro de los treinta días siguientes. Si la vacancia se produjere faltando dos años o más para la próxima elección presidencial, el vicepresidente, dentro de los diez primeros días de su mandato, convocará a los ciudadanos a elección presidencial para ciento veinte días después de la convocatoria, si ese día correspondiere a un domingo. Si así no fuere, ella se realizará el domingo inmediatamente siguiente.

La Constitución chilena prevé la figura de la vacancia respecto del impedimento absoluto (art. 28), para la cual se activa la línea sucesoria temporal y uno de los dos mecanismos de elección del nuevo presidente de la República presentados en el ya citado artículo 29.

### **Colombia**

La *Constitución Política de Colombia* de 1991 prevé la vacancia presidencial en términos de *falta absoluta*:

Son faltas absolutas del presidente de la República su muerte, su renuncia aceptada, la destitución decretada por sentencia, la incapacidad física permanente y el abandono del cargo, declarados éstos dos últimos por el Senado.

Son faltas temporales la licencia y la enfermedad, de conformidad con el artículo precedente y la suspensión en el ejercicio del cargo decretada por el Senado, previa admisión pública de la acusación en el caso previsto en el numeral primero del artículo 175. (art. 194)

La falta absoluta (vacancia) presidencial responde en el modelo colombiano a causales igualmente objetivas: muerte, renuncia aceptada, destitución por sentencia condenatoria, incapacidad física permanente y abandono del cargo. Todas son supuestos que ocurren o no ocurren en la realidad, es decir, que son comprobables sin margen de interpretación que permita sostener lo contrario. Por lo tanto, el Congreso se limita a verificar la existencia de la causal (muerte, destitución por sentencia, incapacidad física permanente), o, cuando su comprobación requiere una evaluación elemental, decide concederla o no (renuncia, abandono del cargo). Ello no significa una evaluación del desempeño presidencial, el cual, para ser compatible con el modelo de sistema de gobierno, debe extenderse por todo el periodo fijado constitucionalmente.

### **Costa Rica**

Sin detallar las causales de la ausencia absoluta del presidente de la República, la *Constitución Política de la República de Costa Rica* de 1949 establece lo siguiente:

Habrán dos vicepresidentes de la República, quienes reemplazarán en su ausencia absoluta al presidente, por el orden de su nominación. En sus ausencias temporales, el presidente podrá llamar a cualquiera de los vicepresidentes para que lo sustituya.

Cuando ninguno de los vicepresidentes pueda llenar las faltas temporales o definitivas del presidente, ocupará el cargo el presidente de la Asamblea Legislativa. (art. 135)

### **Cuba**

La *Constitución Política de la República de Cuba* de 1976 establece que “En caso de ausencia, enfermedad o muerte del presidente del Consejo de Estado lo sustituye en sus funciones

el primer vicepresidente” (art. 94). Aquí, como en los anteriores casos latinoamericanos, las causales son objetivas: enfermedad y muerte.

### **Ecuador**

La *Constitución de la República de Ecuador* de 2008 regula la figura de la vacancia presidencial en los siguientes términos:

La presidenta o presidente de la República cesará en sus funciones y dejará vacante el cargo en los casos siguientes:

1. Por terminación del período presidencial.
2. Por renuncia voluntaria aceptada por la Asamblea Nacional.
3. Por destitución, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución.
4. Por incapacidad física o mental permanente que le impida ejercer el cargo, certificada de acuerdo con la ley por un comité de médicos especializados, y declarada por la Asamblea Nacional con los votos de las dos terceras partes de sus integrantes.
5. Por abandono del cargo, comprobado por la Corte Constitucional y declarado por la Asamblea Nacional con los votos de las dos terceras partes de sus integrantes.
6. Por revocatoria del mandato, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución. (art. 145)

El constituyente ecuatoriano ha buscado ser exhaustivo en el detalle de las diferentes causales de la cesación en las funciones del presidente de la República, y en ellas se puede observar que la labor del Congreso es solamente hacer efectiva una situación comprobada por otra instancia. Es decir, no existe para el Parlamento un margen interpretativo respecto de alguna causal tipificada ampliamente.

Así, por ejemplo, en cuanto a la causal de abandono del cargo, dicha determinación corresponde a la Corte Constitucional; en tanto que para la destitución se aplicarían las consideraciones propias de un juicio político. Resulta interesante el hecho de que la causal de incapacidad mental permanente –ya utilizada en aquel país para el caso de Abdalá Bucaram en 1997– se encuentra meticulosamente detallada (se exige su certificación certificada de acuerdo con la ley, por un comité de médicos especializados)<sup>6</sup>.

### **El Salvador**

La *Constitución de El Salvador* de 1983 regula en su artículo 155 la vacancia presidencial bajo las denominaciones *en defecto o falta*. Salvo la mención a *otra causa*, las causales de vacancia presidencial salvadoreñas son objetivas: muerte, renuncia o remoción.

---

<sup>6</sup> En 1996 Abdalá Bucaram ganó las elecciones presidenciales ecuatorianas. Su estilo poco ortodoxo de conducirse en el gobierno, sumado a denuncias de corrupción y abuso de poder, determinaron su salida abrupta del cargo. Hacia inicios de 1997, las protestas en las calles eran cada vez más masivas, y los diferentes sectores reclamaban que el Congreso ponga término a las funciones del presidente. Siendo ya inmanejable la efervescencia social, el Congreso convocó a una reunión de emergencia, y la oposición votó por la declaración de Bucaram como mentalmente incapacitado, antes que un juicio político, que requería los votos de dos tercios de la cámara. Tras la intervención de las Fuerzas Armadas, Bucaram aceptó la decisión parlamentaria y viajó a Panamá (Pérez-Liñán, 2009).

En defecto del presidente de la República, por muerte, renuncia, remoción u otra causa, lo sustituirá el Vicepresidente; a falta de éste, uno de los designados por el orden de su nominación, y si todos éstos faltaren por cualquier causa legal, la Asamblea designará la persona que habrá de sustituirlo.

Si la causa que inhabilite al presidente para el ejercicio del cargo durare más de seis meses, la persona que lo sustituya conforme al inciso anterior terminará el período presidencial.

Si la inhabilidad del presidente fuere temporal, el sustituto ejercerá el cargo únicamente mientras dure aquélla. (art. 155)

### **Guatemala**

La *Constitución Política de la República de Guatemala* de 1985 (reformada por Acuerdo Legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993) no regula las causales de vacancia, pero prevé la sucesión en el cargo ante la falta absoluta del presidente:

En caso de falta temporal o absoluta del presidente de la República, lo sustituirá el Vicepresidente. Si la falta fuere absoluta el vicepresidente desempeñará la Presidencia hasta la terminación del período constitucional; y en caso de falta permanente de ambos, completará dicho período la persona que designe el Congreso de la República, con el voto favorable de las dos terceras partes del total de diputados. (art. 189)

### **Honduras**

La *Constitución Política de la República de Honduras* de 1982 prevé en su artículo 205, numeral 12, la vacancia por renuncia del presidente, así como contempla, sin listarlas, otras posibles supuestas de falta absoluta presidencial:

Corresponde al Congreso Nacional las atribuciones siguientes: . . .

12. Recibir la promesa constitucional al Presidente y Vicepresidente de la República, declarados elegidos, y a los demás funcionarios que elija; concederles licencia y admitirles o no su renuncia y llenar las vacantes en caso de falta absoluta de alguno de ellos.

### **México**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 regula la sucesión tras la vacancia presidencial, que denomina *falta absoluta*, sin precisar causales para esta, salvo el supuesto de renuncia por causa grave:

Artículo 84. En caso de falta absoluta del presidente de la República, en tanto el Congreso nombra al presidente interino o sustituto, lo que deberá ocurrir en un término no mayor a sesenta días, el Secretario de Gobernación asumirá provisionalmente la titularidad del Poder Ejecutivo. . . .

Artículo 85. . . . Si al comenzar el periodo constitucional hubiese falta absoluta del presidente de la República, asumirá provisionalmente el cargo el Presidente de la Cámara de Senadores, en tanto el Congreso designa al presidente interino, conforme al artículo anterior. . . .

Artículo 86. El cargo de presidente de la República sólo es renunciable por causa grave, que calificará el Congreso de la Unión, ante el que se presentará la renuncia.

### **Nicaragua**

El artículo 149 de la Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987 regula

los efectos de la vacancia presidencial, en términos de falta definitiva del presidente de la República, sin precisar las causales para esta:

En caso de falta temporal del presidente de la República, asumirá sus funciones el vicepresidente. Cuando la falta sea definitiva, el vicepresidente asumirá el cargo de presidente de la República por el resto del período y la Asamblea Nacional deberá elegir un nuevo vicepresidente. En caso de falta temporal y simultánea del presidente y del vicepresidente, asumirá las funciones del primero el presidente de la Asamblea Nacional o quien haga sus veces por ministerio de la ley. En caso de falta definitiva del vicepresidente de la República, la Asamblea Nacional nombrará a quien deba sustituirlo en el cargo. Si faltaren definitivamente el presidente y el vicepresidente de la República, asumirá las funciones del primero el presidente de la Asamblea Nacional o quien haga sus veces. La Asamblea Nacional deberá nombrar a quienes deban sustituirlos, dentro de las primeras setenta y dos horas de haberse producido las vacantes. Los así nombrados ejercerán sus funciones por el resto del período.

### **Panamá**

La Constitución Política de la República de Panamá de 1972 establece en su artículo 189 que “Por falta absoluta del presidente de la República, el vicepresidente asumirá el cargo por el resto del periodo”. No se estipulan las causales de vacancia.

### **Paraguay**

La Constitución de la República de Paraguay de 1992, sin detallar sus causales, y con el subtítulo gráfico *acefalía*, regula los efectos de la vacancia del presidente de la República en los siguientes términos:

Artículo 234 - De la acefalía

En caso de impedimento o ausencia del presidente de la República, lo reemplazará el vicepresidente, y a falta de éste y en forma sucesiva, el Presidente del Senado, el de la Cámara de Diputados y el de la Corte Suprema de Justicia.

El vicepresidente electo asumirá la presidencia de la República si ésta quedase vacante antes o después de la proclamación del presidente, y la ejercerá hasta la finalización del período constitucional.

Si se produjera la vacancia definitiva de la vicepresidencia durante los tres primeros años del período constitucional, se convocará a elecciones para cubrirla. Si la misma tuviese lugar durante los dos últimos años, el Congreso, por mayoría absoluta de sus miembros, designará a quien debe desempeñar el cargo por el resto del período.

### **República Dominicana**

La Constitución de la República Dominicana de 2010 establece en su artículo 129, inciso 2, que “La sucesión presidencial se regirá por las siguientes normas: . . . 2) En caso de falta definitiva del presidente de la República, el vicepresidente asumirá la Presidencia de la República por el tiempo que falte para la terminación del período presidencial”. La Carta constitucional contempla, como se aprecia, la figura de la falta definitiva del presidente de la República, pero no detalla las causales de la vacancia.

Asimismo, se puede observar otras disposiciones constitucionales vinculadas con la interrupción temporal o permanente del ejercicio del cargo presidencial:

Artículo 131.- Autorización para viajar al extranjero. El o la presidente de la República no puede viajar al extranjero por más de quince días sin autorización del Congreso Nacional.

Artículo 132.- Renuncia. El o la presidente y el vicepresidente de la República sólo pueden renunciar ante la Asamblea Nacional.

Artículo 133.- Inmunidad a la privación de libertad. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 80, numeral 1) de esta Constitución, el o la presidente y el vicepresidente de la República, electos o en funciones, no pueden ser privados de su libertad.

## Uruguay

La *Constitución Política de la República Oriental del Uruguay* de 1967 regula la sucesión presidencial en caso de vacancia, así como establece algunas causales como la renuncia, incapacidad permanente y muerte:

Artículo 153.- En caso de vacancia definitiva o temporal de la Presidencia de la República, o en razón de licencia, renuncia, cese o muerte del presidente y del vicepresidente en su caso, deberá desempeñarla el Senador primer titular de la lista más votada del partido político por el cual fueron electos aquéllos, que reúna las calidades exigidas por el artículo 151 y no esté impedido por lo dispuesto en el artículo 152. En su defecto, la desempeñará el primer titular de la misma lista en ejercicio del cargo que reuniese esas calidades, si no tuviese dichos impedimentos, y así sucesivamente.

Artículo 155.- En caso de renuncia, incapacidad permanente o muerte del presidente y el vicepresidente electos antes de tomar posesión de los cargos, desempeñarán la Presidencia y la Vicepresidencia respectivamente, el primer y el segundo titular de la lista más votada a la Cámara de Senadores, del partido político por el cual fueron electos el presidente y el vicepresidente, siempre que reúnan las calidades exigidas por el artículo 151, no estuviesen impedidos por lo dispuesto por el artículo 152 y ejercieran el cargo de senador.

En su defecto, desempeñarán dichos cargos, los demás titulares por el orden de su ubicación en la misma lista en el ejercicio del cargo de Senador, que reuniesen esas calidades si no tuviesen dichos impedimentos.

## Venezuela

La *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* de 1999 regula con bastante detalle las causales de vacancia presidencial y las consecuencias sucesorias en la aplicación de dicha figura, tal como se transcribe a continuación:

Serán faltas absolutas del presidente o presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.

Cuando se produzca la falta absoluta del presidente electo o presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreto dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo presidente o presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el presidente o presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del presidente o presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección



universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo presidente o presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el vicepresidente ejecutivo o vicepresidenta ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo presidente o presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el vicepresidente ejecutivo o vicepresidenta ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo. (art. 233)

Como ocurre en el caso ecuatoriano, cuyos textos son bastante similares en este aspecto, se precisa para el caso de la incapacidad física o mental permanente, que esta debe ser certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia con aprobación de la Asamblea Nacional. La labor parlamentaria se circunscribe a ratificar la existencia de la situación de hecho que provoca la falta absoluta del presidente de la República<sup>7</sup>.

### Consideraciones conclusivas

Habiendo realizado este recorrido comparado por los sistemas de gobierno presidenciales americanos, es posible afirmar que en todos los casos la vacancia en el ejercicio del cargo presidencial es una situación de hecho que, una vez que tiene lugar, determina la cesación en el mandato del titular del Poder Ejecutivo y origina, consecuentemente, una línea sucesoria encabezada por el (primer) vicepresidente. Muerte, renuncia aceptada, incapacidad física o mental permanente, destitución por juicio político, salida del territorio sin autorización o no retorno dentro del plazo previamente fijado son causales de naturaleza objetiva respecto de las cuales solamente corresponde al Congreso pronunciarse para ratificar la comprobación de tales situaciones fácticas. En otros términos, no puede existir contradictorio, por ejemplo, en la salida del territorio sin autorización, pues se trata de un hecho que tuvo o no lugar. De igual modo, el presidente es sancionado con la destitución en juicio político o no, y de ello solo da cuenta la situación vacante de dicho cargo.

Por otro lado, puede apreciarse que la figura peruana de *incapacidad moral* como causal de vacancia presidencial no tiene antecedente o referencia alguna en otros esquemas y modelos. Es más, son dos textos constitucionales (Ecuador y Venezuela) los que expresamente hacen mención a una incapacidad mental certificada por la autoridad médica competente, situación que, como resulta obvio, no puede ser pasible de certificación alguna en el caso peligrosamente ambiguo de la incapacidad de carácter moral.

---

7 Como ejemplo histórico de vacancia presidencial por ausencia permanente en el cargo se tiene el caso de Carlos Andrés Pérez en 1993. Un escenario de crisis política, protestas de diferentes sectores, violaciones a derechos humanos, e indicios de corrupción y enriquecimiento determinaron el fin de su segundo gobierno. A raíz de un último escándalo por el destino desconocido de más de 17 millones de dólares de una partida de fondos secretos para seguridad interna, en mayo de 1993 la Corte Suprema estimó la existencia de méritos para proseguir con la investigación y procesamiento del entonces presidente de la República. El 21 de mayo de ese año, y por unanimidad, el Senado suspendió a Pérez de modo transitorio, y permitió que la Corte Suprema lo procesara. A fines de agosto de 1993, tras tres meses de suspensión, una sesión conjunta de ambas cámaras declaró que la ausencia del presidente de la República en el ejercicio del cargo era permanente, por lo que lo removió de este (Pérez-Liñán, 2009, pp. 43-47).

### **Sobre el Modelo Actual de Vacancia Presidencial en el Perú**

Como se anotó al inicio de este texto, Alberto Fujimori ha sido, hasta el momento, el tercer caso registrado de vacancia presidencial por incapacidad moral. El 13 de noviembre de 2000, Fujimori viajó a Brunéi para participar en el Foro Económico Asia Pacífico. Realizó este viaje en medio de la conmoción política tras la difusión, el 14 de septiembre del mismo año, de un vídeo en el que, para cambiarse a la bancada oficialista, el congresista Alberto Kouri Bumachar recibía 15 mil dólares americanos del hasta entonces oculto asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres. Luego aparecerían vídeos de personajes públicos, políticos, empresarios televisivos y periodísticos en las mismas condiciones de compra de cambios de bancada y líneas editoriales, entre otros actos de corrupción (Jochamowitz, 2001).

Fujimori ya había anunciado, el 16 de septiembre de 2000, el acortamiento drástico de su mandato y la convocatoria a nuevas elecciones presidenciales sin su participación. El 19 de noviembre del mismo año, mediante correo electrónico desde Japón, el todavía primer mandatario informó su renuncia a la Presidencia de la República, la que fue comunicada vía fax por el Despacho Presidencial.

El Congreso no aceptó su renuncia y más bien declaró la vacancia de su mandato por permanente incapacidad moral, que fue acordada por el voto aprobatorio de la mayoría simple de los congresistas presentes en el hemiciclo (Bernales Ballesteros, 2001, pp. 130-133). Ello fue recogido en la Resolución Legislativa 009-2000-CR de 21 de noviembre de 2000.

Algunos años después, durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique, caracterizado por índices cada vez más reducidos de aprobación ciudadana, con ocasión de los sucesos que terminaron con el reconocimiento de su hija extramatrimonial —y la posterior destitución por parte del Consejo Nacional de la Magistratura del juez supremo José Antonio Silva Vallejo, que veía el caso, tras difundirse en medios de prensa la reunión sostenida fuera del recinto judicial entre ambos funcionarios en una situación por lo menos no propia para las relaciones de imparcialidad que deben guardarse entre las partes y el juzgador—, se discutió en el Congreso de la República, de relativa mayoría por alianzas que iban desapareciendo, la posibilidad de aplicar la causal de vacancia por incapacidad moral del presidente de la República.

El asunto no era inocuo, porque el Reglamento del Congreso de la época no preveía regulación alguna respecto de la vacancia por incapacidad moral ni había establecido el número de votos requeridos para dicho acuerdo (García Chávarri, 2013). Por ello, inclusive se llegó a debatir que bastaría una mayoría simple, con el quórum reglamentario, para acordar la vacancia por incapacidad moral (tal y como ocurrió en el caso de Alberto Fujimori). Ello, que una mayoría simple del Congreso pueda hacer las veces de una confianza política o de un impeachment sumarásimos, resultaría sumamente peligroso institucionalmente, pues implicaría una transgresión del modelo presidencial que precisamente se basa en que el Jefe de Estado y de Gobierno se encuentre en el poder por un periodo fijo preestablecido tras haber sido elegido popularmente.

Frente a este debate político, el Tribunal Constitucional (Expediente 0006-2003-AI/TC), con ocasión de pronunciarse sobre las figuras de juicio político y antejuicio del modelo peruano de acusación constitucional, indicó respecto de la vacancia por incapacidad moral lo siguiente:

Este Colegiado debe resaltar que no existe procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pueda declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, esto es, por “su permanente incapacidad moral o física”. Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables en un Estado social y democrático de derecho, tales como el hecho de que mientras que el Congreso necesite de la votación de más de la mitad de su número legal de miembros para remover a los ministros (responsables políticamente y no elegidos por el pueblo), mediante el voto de censura, sin embargo, no necesite sino una mayoría simple para remover al Presidente de la República (quien no tiene responsabilidad política y es elegido directamente por la voluntad popular). En ese sentido, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso. (fundamento 26)

Para el Tribunal Constitucional, una causal tan peligrosa como la incapacidad moral del presidente de la República, en términos de que su uso indiscriminado atentaría contra la estabilidad política que debe tener todo Estado, no puede estar sujeta a una mayoría simple, por lo que estima que una votación de dos tercios del número legal de congresistas es más previsor y sensata, en tanto requeriría que 80 de 120 congresistas puedan llegar a cierto consenso respecto de un tema tan trascendental (ahora, 87 congresistas de una cámara de 130).

Lo señalado por el Tribunal Constitucional fue acogido por el Congreso de la República. Mediante Resolución Legislativa del Congreso 030-2003-CR, publicada el 4 de junio de 2004, incorporó el artículo 89.A en su Reglamento, que incluyó dicha votación calificada de dos tercios de los votos, además del procedimiento para acordar la vacancia por incapacidad moral del presidente de la República.

Años después, el 15 de diciembre de 2017, un grupo de congresistas presentó una moción de vacancia por incapacidad moral contra Pedro Pablo Kuczynski Godard. La incapacidad moral descansaba sobre el hecho de que el presidente habría faltado a la verdad cuando declaró no haber tenido relación comercial con la ahora cuestionada empresa brasileña Odebrecht. La moción no alcanzó los votos requeridos.

Tras conocerse una presunta compra de votos de parlamentarios en la primera moción de vacancia, a cambio de la concesión de indulto por razones humanitarias al expresidente Fujimori, se presentó una segunda moción el 8 de marzo de 2018. Esta versó sobre la misma imputación de diciembre de 2017, con la precisión de algunos hechos que, a tenor de los congresistas presentantes,

acreditan mentiras, engaños y graves conflictos de interés, que configuran una grave afectación de los principios de moralidad pública, [por lo que] el efecto siguiente sólo puede ser la separación del señor Pedro Pablo Kuczynski Godard del cargo de Presidente de la República, como una legítima forma de preservar la democracia y sus instituciones. (Grupo parlamentario Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad, 2018, párr. 9)

Frente a un resultado ya anunciado, el presidente Kuczynski presentó su renuncia al cargo, que fue aceptada, con 105 votos a favor, 12 votos en contra y 4 abstenciones por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa 008-2017-2018-CR.

Salvo el caso de la permanente incapacidad moral, si se repara en las causales de vacancia que prevé la Carta de 1993, como son (a) muerte, (b) permanente incapacidad física, (c) renuncia aceptada por el Congreso, (d) salida del territorio nacional sin el permiso respectivo o no retorno prefijado, o (e) destitución por las causales del artículo 117 de la Constitución, siguiendo al profesor César Valega García (en sus clases del curso de Poder Ejecutivo en la Facultad de Derecho de la PUCP), todas son de carácter objetivo y no requieren contradicción. Son causales que tienen la condición de inobjetable. Así, por ejemplo, el supuesto de muerte no puede ofrecer, en contraparte, ninguna contradicción. El presidente de la República en ejercicio está muerto o no lo está, condición que no depende en modo alguno de la formación de voluntad del Congreso, pues solamente le corresponde ratificar su existencia, sin interpretaciones de por medio.

Sin embargo, ello no ocurre con la causal de vacancia por incapacidad moral, pues demanda subsecuentemente su contradicción y exigiría de parte del órgano legislativo escuchar argumentos de descargo, tal y como se dio durante el desarrollo de la primera moción de vacancia contra Pedro Pablo Kuczynski. En ese sentido, la incapacidad moral rompe con el esquema establecido en todos los demás supuestos de vacancia de la instancia presidencial, como se ha apreciado en al recorrer la historia constitucional y política del Perú.

La vacancia por incapacidad moral quiebra también el modelo presidencial, en tanto que resultaría contradictorio establecer un blindaje como el que otorga el artículo 117 de la Constitución actual al presidente de la República, si después, bajo la amplia consideración de una incapacidad moral, puede acortarse dicho mandato a modo de confianza parlamentaria o juicio político sumarísimo. Es decir, si el objetivo de dicho modelo es que el presidente de la República dirija el gobierno durante un periodo fijo y preestablecido —que lo diferencia del esquema parlamentario europeo, sujeto a las confianzas, censuras y disoluciones—, y por ello se señala que, durante su mandato solo puede ser acusado por situaciones extraordinarias muy específicas, carece de sentido que este pueda acortarse o terminarse sobre la base de una consideración tan indeterminada como la de carácter moral, que replica el modelo de un *impeachment*.

Así, la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial resulta incompatible con el modelo de sistema de gobierno presidencial peruano, que tiene como uno de sus rasgos centrales el que el titular máximo del Poder Ejecutivo ejerza su poder político durante el plazo predeterminado constitucionalmente. Ello, como se ha visto, determina una suerte de blindaje a la figura presidencial (contenido en el ya citado artículo 117 de la Carta de 1993) que no tendría mayor sentido si el Congreso<sup>8</sup> puede invocar una consideración tan amplia y acomodable a cualquier conducta como la noción de incapacidad moral.

Si el término *moral* se interpreta como “mental”, tal y como se entendía aquella dimensión en el siglo XIX, que precisamente es la época en que aparece por vez primera (Constitución de

8 Es pertinente señalar aquí —con mayor claridad de lo que ocurre en una acusación constitucional por juicio político—, que en un procedimiento de vacancia por incapacidad moral el Congreso tiene un papel político más preponderante y que inclusive podría observarse como una interferencia en la estructura central sistema de gobierno presidencial, en el que ambas instancias políticas (Gobierno y Congreso), a diferencia de lo que ocurre en los modelos parlamentarios, tienen legitimidad constitucional por haber sido elegidos por el pueblo.

1839), la controversia estaría resuelta, y la causal sería de la misma naturaleza objetiva y fáctica que las otras estipulaciones de la vacancia. Sin embargo, es un dato de la realidad política que la causal de incapacidad moral ha sido aplicada y desarrollada por el Congreso en los casos de Fujimori y Kuczynski, por lo que la figura importa un conjunto de matices que conviene evaluar con mayor detenimiento y no ser desconocidos en un examen que puede adolecer de superficial.

Es pues un hecho de la realidad la existencia del concepto *incapacidad moral* en los textos constitucionales peruanos, así como que su utilización acarrió la pérdida del cargo de tres presidentes de la República, y la renuncia de un cuarto. Si está prevista dicha frase en el modelo constitucional, la figura se encuentra ya incorporada, por lo que correspondería establecer criterios que la tornen compatible con la estabilidad política que debe mantenerse en un Estado.

Al respecto, es importante diferenciar conceptualmente las figuras de infracción constitucional y de incapacidad moral, con la finalidad de eliminar una indebida duplicidad entre ellas, máxime si la moción de vacancia por incapacidad moral puede esconder más bien otra finalidad: un juicio político sumario o *exprés*. Como se ha anotado, la infracción constitucional es una institución necesariamente difusa y amplia, que corresponderá ser determinada en sus particulares alcances a un caso específico por la instancia legislativa competente dentro de un ejercicio discrecional, pero no por ello arbitrario<sup>9</sup>. Así, por ejemplo, puede estimarse que la incapacidad moral declarada en el caso de los presidentes José de la Riva Agüero y Guillermo Billinghurst respondió a consideraciones políticas, en las cuales la causal de infracción de la Constitución era perfecta e igualmente aplicable.

De esta manera, si la conducta a reprocharle al presidente de la República puede circunscribirse dentro de los contornos de la infracción constitucional, no corresponde el recurso a la vacancia por incapacidad moral. Por el contrario, solamente debería utilizarse la figura de la incapacidad moral para sancionar aquellas conductas reprochables que difícilmente pueden reconducirse a una infracción constitucional. Es decir, si una infracción a la Constitución es cualquier vulneración de sus postulados expresos o implícitos, así como de los principios que enarbola, existirán algunas conductas que pueden quedar fuera de dicha delimitación. Piénsese por ejemplo en una situación de ebriedad habitual o de adicción a sustancias psicotrópicas, la comisión pública de expresiones faltantes a la verdad (sin contenido penal) o, como ocurrió, la huida del país y posterior renuncia mediante un fax. Estas circunstancias difícilmente pueden circunscribirse a infracciones constitucionales, en tanto que más bien se trata de conductas indignas o contrarias a la majestad del cargo ostentado.

Las causales habilitantes para el *impeachment* han sido recogidas en otros órdenes constitucionales bajo los términos *mal desempeño del cargo*, *conducta indigna del cargo* y *conducta contraria a la dignidad del cargo*, los cuales resultan mucho más extensos que la imprecisa noción de *infracción a la Constitución* peruana, y que más bien sí podrían incluir conductas a las que se podría vincular la vacancia por permanente incapacidad moral. De allí que podría estimarse que las causales habilitantes para el juicio político a nivel latinoamericano incluyen en sus alcances conductas tanto de infracción constitucional como de incapacidad moral.

---

9 Es un dato fáctico que un Congreso con una conformación de mayoría adversa al Gobierno de turno puede manipular políticamente el recurso de la vacancia por incapacidad moral del presidente de la República, mediante el fácil recurso de invocar cualquier acción como inmoralidad inadmisibles.

Ahora bien, dentro del ejercicio de una potestad parlamentaria que debe ser ejercida de manera plausible y respetuosa de una razonabilidad mínima dentro de un Estado Constitucional, resultaría aceptable sostener que la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial puede reconducirse, y aplicarse para aquellas acciones u omisiones que, escapando de los linderos de la infracción constitucional, signifiquen conductas reprobables por revestir un grado tal de indignidad que tornen imposible que quien ejerce el cargo pueda seguir haciéndolo. Por lo tanto, la incapacidad moral podría ser plausiblemente aplicable a aquellas conductas graves que, sin ser delitos ni infracciones de un juicio político, deterioren a tal magnitud la dignidad presidencial que hagan que no pueda ser posible que el episódico titular del Gobierno se mantenga, tras esas conductas y en esas condiciones, en su mandato.

No obstante, como parte de las exigencias propias de un Estado Constitucional, corresponde también revisar con seriedad sus detalles, alcances e implicancias, que no pasan solamente por la adopción de un acuerdo por mayoría calificada, sino que el ejercicio parlamentario debe ser prudente, ya que su desarrollo procedimental debe ser compatible con los recaudos de todo debido proceso, sobre todo en lo que corresponde al derecho a un juzgador imparcial (garantía que se respeta en el procedimiento de acusación constitucional, pero no en el de una vacancia por incapacidad moral), y a las conductas que propiamente deben de conducirse por esta vía, para que no sea utilizada como una figura sumarisima de un juicio político contra el presidente de la República. En esa misma línea también, a partir del caso Kuczynski, es crucial definir si la garantía del *ne bis in idem* resulta también aplicable o no.

### Conclusiones

Si el modelo presidencial implica, entre otros rasgos definitorios, que el presidente elegido popularmente debe permanecer en su cargo durante un periodo previamente establecido, resulta compatible con dicho esquema que las causales de vacancia presidencial sean situaciones tales que no supongan mayor contradicción ni requieran análisis de parte de las cámaras parlamentarias (precisamente debido a les está vedado no respetar dicho plazo de mandato). Si se le permitiese al Congreso evaluar la idoneidad moral del presidente de la República en un caso particular, con ocasión de alguna acción que se estime reprochable, y no sea reconducida en un procedimiento de acusación y juicio político, entonces no existiría una debida correspondencia con el modelo presidencial, pues dejaría al arbitrio de las cámaras congresales cuál debe ser el periodo de mandato del presidente de la República. Es decir, el primer mandatario ya ejercería sus funciones durante el plazo establecido en la Constitución, sino que, en la práctica, se introduciría la figura de una suerte de confianza parlamentaria que determinaría, al invocarse una conducta como incapacidad moral, el término de tales funciones y la pérdida del mandato.

La incapacidad moral como causal de vacancia rompe con la fisonomía objetiva e incontrovertible de los demás supuestos. Frente a ello, caben dos opciones: que restringidamente, se entienda la incapacidad moral como una incapacidad de tipo mental, o que, más ampliamente, se la entienda como alternativa para sancionar aquellas conductas reprochables que sin duda revisten gravedad, pero escapan de los alcances de la infracción constitucional y el juicio político. Para este propósito resulta valioso distinguir conceptualmente las figuras de infracción constitucional y de incapacidad moral, con la finalidad de eliminar duplicidades y superposiciones.

La configuración constitucional de la incapacidad moral, compatible con las exigencias de un Estado Constitucional, y en atención a la necesaria estabilidad y gobernabilidad, determinaría que esta podría ser plausiblemente aplicable, con las garantías de un debido proceso, a aquellas conductas graves que, sin ser delitos ni infracciones de un juicio político, deterioren a tal magnitud la dignidad presidencial que hagan que no pueda ser posible que su titular se mantenga en el cargo.





## REFERENCIAS

- Bernales Ballesteros, E. (2001). *Parlamento y ciudadanía. Problemas y alternativas*. Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2008). Notas acerca de la evolución del presidencialismo latinoamericano y su proyección en la actual coyuntura peruana. En E. Espinosa-Saldaña Barrera, & G. Gutiérrez Ticse (Eds.), *Limitación del poder y estructura del Estado* (pp. 87-133). Lima, Perú: Grijley.
- Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*.
- Estados Unidos de América. (1787). *Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*.
- Estados Unidos Mexicanos. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- García Chávarri, A. (2012, 25 de enero). Algunas anotaciones sobre la vacancia presidencial por incapacidad moral. *Ius 360*. Recuperado de <http://ius360.com/publico/constitucional/algunas-anotaciones-sobre-la-vacancia-presidencial-por-incapacidad-moral/>
- García Chávarri, A. (2013). La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. *Pensamiento constitucional*, 18, pp. 383-402. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8962/9370>
- García Chávarri, A. (2013). *La vacancia por incapacidad moral del presidente de la República* (Tesis de maestría sin publicar). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- García Chávarri, A. (2014). La figura jurídica de la vacancia por permanente incapacidad moral del Presidente de la República en la historia del Perú. *Cuadernos parlamentarios. Revista especializada del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios*, 12, pp. 43-61. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/CCEP/CCEPpub.nsf/ID\\_Revistas/R13/\\$FILE/cuaderno-12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/CCEP/CCEPpub.nsf/ID_Revistas/R13/$FILE/cuaderno-12.pdf)
- García Chávarri, A. (2018). Hacia una formulación de la incapacidad moral como causal de vacancia del presidente de la República. En D. García Belaunde, & J. Tupayachi Sotomayor (Eds.), *La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada* (2ª ed., pp. 425-451). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Grupo parlamentario Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad. (2018). *Moción de orden del día*. Recuperado de <https://cde.3.elcomercio.pe/doc/0/1/7/0/1/1701463.pdf>

- Jochamowitz, I. (2001). *Vladimiro. Vida y tiempo de un corruptor*. Lima, Perú: El Comercio.
- Pérez-Liñán, A. (2009). *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- República Argentina. (1994). *Constitución Nacional de la República Argentina*.
- República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.
- República Federativa de Brasil. (1988). *Constitución de la República Federativa de Brasil*.
- República de Chile. (1980). *Constitución Política de la República de Chile*.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- República de Costa Rica. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*.
- República de Cuba. (1976). *Constitución Política de la República de Cuba*.
- República de El Salvador. (1983). *Constitución de El Salvador*.
- República de Guatemala. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*.
- República de Honduras. (1982). *Constitución Política de la República de Honduras*.
- República de Nicaragua. (1987). *Constitución Política de la República de Nicaragua*.
- República de Panamá. (1972). *Constitución Política de la República de Panamá*.
- República de Paraguay. (1992). *Constitución de la República de Paraguay*.
- República de Dominicana. (2010). *Constitución de la República Dominicana*.
- República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República de Ecuador*.
- República Oriental del Uruguay. (1967). *Constitución Política de la República Oriental del Uruguay*.
- Sartori, G. (1994). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Valadés, D. (2009). *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. Arequipa, Perú: Adrus.
- Villarán, M. V. (1962). Posición constitucional de los ministros en el Perú. En M. V. Villarán, *Páginas escogidas* (pp. 71-195). Lima, Perú: Villanueva.

## ILEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE EMERGENCIA EN EL “CORREDOR MINERO DEL SUR” DEL PERÚ<sup>1</sup>

*Abraham Siles<sup>2</sup>  
Marco Rodríguez<sup>3</sup>*

En el Perú, el uso del estado de emergencia constitucional ha sido frecuente desde que la figura fuera recogida por primera vez en la Carta Fundamental de 1979. Dicha institución comenzó a existir de manera puramente fáctica durante el gobierno militar de los generales Velasco Alvarado y Morales Bermúdez Cerrutti (1968-1975 y 1975-1980, respectivamente), y sirvió, a lo largo del régimen militar, para la persecución política de los partidos de oposición y de todo pensamiento disidente, así como, de manera especialmente intensa, para reprimir manifestaciones legítimas de protesta popular y de reivindicaciones laborales (García-Sayán, 1987; Palacios, 1988).

Restablecida la democracia constitucional en julio de 1980, el desafío extremo de la subversión terrorista desatada por el Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso, poco tiempo después acompañada de la insurgencia, también teñida de terrorismo, del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, llevó al Estado peruano a recurrir al estado de emergencia por prolongados períodos de tiempo, durante una guerra interna que desangró al país a lo largo de dos décadas, cuyos remanentes aún hoy mantienen en zozobra a la región del Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), una de las más pobres del país.

Tras la derrota militar y estratégica de los movimientos subversivos y terroristas, durante los primeros lustros del siglo XXI, una realidad distinta comienza a perfilarse en materia de estados de emergencia en el Perú. No desaparece la incidencia del régimen de excepción constitucional para enfrentar los movimientos insurgentes, pero esta incidencia se torna focalizada: queda circunscrita a las regiones donde subsisten los remanentes senderistas, esto es, inicialmente las zonas del Alto Huallaga y del VRAEM, y posteriormente, con la captura del líder senderista “Feliciano”, ya solo la segunda. Junto con la focalización de los estados de emergencia

---

1 El presente artículo es una versión revisada y actualizada, con ciertas mejoras y añadidos, de la ponencia presentada a las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 2-4 de octubre de 2018) con el título “Evaluación del estado de emergencia constitucional en el ‘Corredor Minero del Sur’ del Perú: Breve estudio de caso”, publicada en Landa, C. (Ed.). (2018). *Derechos Fundamentales: Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales* (pp. 239-254). Lima, Perú: Palestra. Agradecemos a nuestros compañeros del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la PUCP por sus comentarios a los primeros borradores de este trabajo; la responsabilidad por el resultado final, empero, es solamente nuestra.

2 Profesor de Derecho Constitucional en la PUCP y coordinador del GIDCYDEF de la PUCP.

3 Adjunto de docencia en Derecho Constitucional en la PUCP y miembro del GIDCYDEF de la PUCP.

antisubversivos, sin embargo, el Estado peruano impulsa ahora, con fuerza inusitada, el empleo del régimen de excepción para otras contingencias, tales como las provocadas por los desastres naturales (lluvias intensas, desbordes de ríos y lagunas, deslizamientos de tierra, terremotos, etc.) y, en el terreno político-social, las causadas por movilizaciones de protesta popular y por conflictos sociales, en especial conflictos socioambientales, o reclamos de pueblos y comunidades en situación de pobreza contra industrias extractivas (minerías, petroleras, gasíferas, entre otras) (Siles, 2017).

Estos cambios recientes en el uso de la “Constitución de emergencia”, que parecen privilegiar su aplicación para sofocar legítimas manifestaciones de protesta popular, son una fuente de preocupación para el pensamiento constitucionalista, en la medida en que tal aplicación puede resultar indebida si incumple las exigencias previstas en la Carta Fundamental. Tales exigencias, como es evidente, han de ser evaluadas con todo rigor, en razón precisamente del carácter excepcional de la institución, la cual está diseñada para ser empleada únicamente en ocasiones muy especiales y en cumplimiento estricto de distintas salvaguardas, dado el riesgo, que hay que reputar muy alto, de socavar el propio Estado constitucional de derecho.

En tal sentido, el presente artículo procurará evaluar las declaraciones y prórrogas del estado de emergencia en el Corredor Mínero del Sur del Perú, a fin de determinar, mediante un examen pormenorizado del cumplimiento de los requisitos previstos en la Carta, si se respeta o no el marco constitucional que regula el régimen de excepción. También se concederá atención a ciertos estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en la materia bajo análisis, en la medida en que se articulan y están incorporados al propio texto constitucional vigente en el Perú.

### **El Estado de Emergencia en la Constitución Peruana de 1993**

En el constitucionalismo peruano, el régimen de excepción alcanzó una regulación separada y de mayor complejidad con la Carta de 1979, en la cual estaba regulado mediante un capítulo independiente dentro del título dedicado a la “Estructura del Estado”, donde aparecía después de la sección dedicada a las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. Tal complejidad y ubicación sistemáticas se mantuvieron en la actual Carta, de 1993, la misma en la cual se adopta la denominación régimen de excepción. En ambas constituciones, la institución es esencialmente igual (aunque hay algunas diferencias puntuales de indudable relevancia) y consagra dos modalidades, a saber, el estado de emergencia y el estado de sitio (“Constitución para la República del Perú”, 1979, art. 231; “Constitución Política del Perú” [Const.], 1993, art. 137).

Respecto de la Carta actualmente en vigor, cabe resaltar que allí se indica que el estado de emergencia puede ser proclamado por el presidente de la República, siempre que cuente con el acuerdo del Consejo de Ministros y el refrendo del jefe del Gabinete, en todo o parte del territorio nacional, y por plazo determinado, que no puede exceder los 60 días. Para ello, debe verificarse la existencia de un “caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación” (“Const.”, 1993, art. 137, inciso 1).

Proclamado el estado de emergencia, puede ser objeto de restricción especial o suspensión el ejercicio de cuatro derechos fundamentales: libertad y seguridad personales, inviolabilidad

del domicilio, libertad de reunión y libertad de tránsito, aunque bajo ninguna circunstancia está permitido desterrar a nadie. Los demás derechos fundamentales son intangibles, conforme a la *Constitución Política del Perú* (1993), bajo estado de emergencia. Asimismo, el presidente de la República puede disponer que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno, en sustitución de la Policía Nacional. Por último, la Constitución permite prorrogar la emergencia mediante la expedición de un nuevo decreto.

El estado de sitio, por su parte, es una modalidad de excepción constitucional reservada para casos de “invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de que se produzcan”. En estos casos, el Decreto Supremo de instauración deberá indicar “los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende” (“Const.”, 1993, art. 137, inc. 2), enunciado que debe compatibilizarse con las cláusulas de derechos intangibles contenidas en los tratados de derechos humanos que obligan al Perú (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 27, inc. 2; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4, inc. 2). El plazo máximo del estado de sitio es de 45 días y su prórroga requiere aprobación del Congreso de la República. Este, por lo demás, al decretarse el estado de sitio, habrá de reunirse de pleno derecho y no podrá ser disuelto mientras dure la excepción (“Const.”, 1993, art. 134, párr. 5).

Así, pues, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución peruana de 1933, en la que se consagraba la institución de la suspensión de garantías como régimen unimodal, en la Carta de 1993, de manera similar a su predecesora de 1979, se introdujo un régimen de excepción bimodal, que diferencia sus modalidades no tanto por la gravedad de sus supuestos como por la distinta naturaleza de estos, así como también, desde luego, por el distinto alcance de sus efectos sobre los derechos fundamentales, el plazo de duración y el rol contralor del Congreso, entre otros elementos (Eguiguren, 1989; Power, 1990; Palacios, 1988).

Digno de ser destacado es que en la *Constitución Política del Perú* se incluyó una cláusula en virtud de la cual, durante los regímenes de excepción, no quedan suspendidos los procesos de habeas corpus y amparo, de tal suerte que los tribunales de justicia pueden examinar la razonabilidad y proporcionalidad de los actos realizados por las autoridades públicas (1993, art. 200, penúltimo párr.). No obstante, la Constitución también estatuye que, en tales casos, los jueces no pueden cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio (art. 200, último párr.). Se consagró, de esta manera, la tesis del contralor jurisdiccional parcial en materia de estados de excepción, la cual había sido lamentablemente rechazada por la jurisprudencia prevaleciente durante la vigencia de la Carta de 1979 (Eguiguren, 1990; García-Sayán, 1988; Palacios, 1988; Abad, 2004).

Como quiera que fuere, cabe notar que el estado de emergencia y el estado de sitio, como modalidades del régimen de excepción constitucional, regulan situaciones extremas en las que debe estar en riesgo la vida misma de la nación o la subsistencia de las instituciones de la democracia constitucional, para que el presidente de la República pueda proclamarlos. Si no se configura una verdadera *amenaza existencial* (Ackerman, 2007; Pérez Royo, 2010; Criddle & Fox-Decent, 2012; Schepele, 2004; Loewenstein, 1976; García Belaunde, 1984), entonces no es posible acudir a la Constitución de emergencia o Gobierno de crisis, ya que esta institución supone suspender cláusulas esenciales de la Carta fundamental. Es claro que dejar de lado la Constitución, aunque solo parcialmente, es admisible solo en supuestos extremos.

## El Estado de Emergencia y las Industrias Extractivas

Son de conocimiento público las tensiones que las inversiones en industrias extractivas frecuentemente generan en quienes viven en las zonas aledañas, especialmente cuando se trata de comunidades indígenas<sup>4</sup>. Ciertamente, el Estado peruano, enarbolando un discurso a favor del desarrollo económico y la apertura al capital transnacional (Martínez, 2018; Sacher, 2015), fomenta esta clase de inversiones, y en ocasiones incluso otorga garantías previstas en el texto constitucional, como los contratos-ley (“Const.”, 1993, art. 62). Frente a estas tensiones, sin embargo, tales garantías resultan insuficientes para permitir el funcionamiento estable de proyectos mineros de gran envergadura, lo que lleva al Estado a emplear mecanismos alternativos, desde el uso selectivo del sistema penal (Freslon & Cooney, 2018; Martínez, 2018; Wright & Mendoza, 2017, 13-16) hasta la proclamación de estados de emergencia (Wright, 2018; Saldaña & Portocarrero, 2017), bajo el presupuesto de que la represión es un medio efectivo para solucionar los conflictos suscitados. El proyecto minero Conga (en Cajamarca) tal vez sea el caso que mejor refleja el uso y fracaso de la represión estatal en un conflicto socioambiental en el Perú en los últimos años (Wright & Mendoza, 2017).

Precisamente en ese tipo de contexto se visibiliza cómo una institución, concebida para hacer frente a una crisis constitucional extrema, es empleada como un instrumento funcional a empresas extractivistas no siempre respetuosas de los derechos de las comunidades o del marco jurídico nacional, lo que recuerda el uso que se hizo de ella en la época del colonialismo europeo de ultramar<sup>5</sup>. Como anota Wright (2013), existe un patrón histórico en la represión de los pueblos originarios, por no ser grupos sociales alineados con el proyecto desarrollista hegemónico basado en la explotación y exportación de recursos naturales (pp. 266-267). Así, su uso permite no solo imponer una visión unilateral de desarrollo a las comunidades locales, sino que también ha sido empleado para negarles la capacidad de participar de este (Reynolds, 2012; Wright & Mendoza, 2017). Esta estrategia forma parte, además, de un esquema de negociaciones con las comunidades afectadas con los proyectos, como ocurrió en el caso de Espinar (Wright, 2013).

Lo cierto es que las reivindicaciones socioambientales manifestadas por las comunidades mediante acciones de protesta suponen el ejercicio de derechos fundamentales que el Estado debe garantizar, y son propias de tiempos de normalidad constitucional. Por este motivo, la evaluación constitucional respecto a los estados de emergencia establecidos en contextos de conflictos sociales debe ser lo más estricta posible, a fin de evitar desviaciones en el uso de los poderes de excepción que puedan resultar en un agravamiento de la situación de grupos excluidos históricamente.

Dicha labor es crucial, especialmente si se considera que los antecedentes muestran indicios de una práctica inconstitucional por parte del Estado peruano. Claire Wright (2013) analizó los casos de Bagua (2008-2009), Huamanga (2008), Cajamarca (2011-2012) y Espinar (2012) para probar que hubo una tendencia, durante los gobiernos de Alan García y Ollanta Humala, en el uso de los estados de emergencia como herramienta represiva contra los pueblos indígenas implicados en conflictos socioambientales. Ello también es claro ejemplo de que

4 Para una perspectiva general, véase Freslon y Cooney (2018), Martínez (2018), Sacher (2015) y Gudynas (2014). Sobre el caso peruano, véase Bebbington y Humphreys (2009), y De Echave et al. (2009).

5 Por ejemplo, sobre cómo el Estado de excepción permitió la expansión capitalista en las colonias británicas, véase Reynolds (2012) y Simpson (2004).

existen ciertas prácticas que, debido a que han tenido lugar durante gobiernos de diferentes tendencias políticas, resultan ser elementos que caracterizan al modelo de Estado (Reynolds, 2012), el cual difiere sustancialmente del Estado constitucional de derecho.

### **El Estado de Emergencia en el Corredor Minero del Sur: Características**

*Corredor Minero del Sur* es una expresión que se acuñó para referirse a un espacio geográfico que comprende localidades de los departamentos de Apurímac, Cusco y Arequipa, en los cuales se desarrollan importantes proyectos mineros. Para efectos del presente artículo, interesa en particular el proyecto minero Las Bambas, que lleva a cabo la empresa MGM Las Bambas, en Apurímac.

Las fuertes tensiones surgidas entre la empresa y las comunidades locales con ocasión de la ejecución del proyecto tienen que ver con reclamos por su impacto negativo en el medio ambiente, y en las actividades agrícolas y ganaderas de las poblaciones vecinas, así como con demandas de mayores beneficios económicos y sociales para los pueblos del entorno del asiento minero. En tal sentido, la Defensoría del Pueblo, la Presidencia del Consejo de Ministros e instituciones de la sociedad civil han reportado respecto de la naturaleza del conflicto y su evolución, vigente al menos desde el año 2015, así como sobre distintos momentos puntuales en los que ha habido desbordes de violencia, e incluso se llegaron a producir desenlaces lamentables, entre ellos heridas graves y muertes (Defensoría del Pueblo, 2017; SGSD-PCM, 2018; Observatorio de Conflictos Mineros en el Perú, 2017).

En este contexto, el Estado peruano ha decidido valerse de dos instrumentos legales extremos, ambos integrantes de la Constitución de emergencia, para enfrentar específicamente la crisis provocada por la protesta social frente al proyecto minero Las Bambas, y, en general, los conflictos generados por las actividades desarrolladas por la industria extractiva en todo el Corredor Minero del Sur. Tales instrumentos son, por un lado, la autorización de la intervención de las Fuerzas Armadas en apoyo de la Policía Nacional, sin estado de emergencia formalmente proclamado, y, por otro, la introducción formal del estado de emergencia mediante Decreto Supremo expedido por el Poder Ejecutivo.

Si bien la primera de estas medidas podría ser considerada una modalidad de estado de excepción de facto, la brevedad de este artículo impide abordar aquí esta problemática con la profundidad y detalle que merece<sup>6</sup>. Más bien, el foco estará en el estudio de los estados de emergencia formalmente declarados y prorrogados, aunque de todos modos haremos algunas referencias a la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de control del orden interno sin proclamación formal del estado excepcional, sobre todo en el período inicial del conflicto entre comunidades y empresa minera (año 2015).

Desde el punto de vista del derecho constitucional, teniendo como objeto de estudio las disposiciones normativas que introdujeron y extendieron en el tiempo el estado de emergencia, es posible dividir el período bajo análisis en dos etapas marcadas:

- 1) Primera etapa: Estado de emergencia en los distritos de Chalhuanhuacho, Haquira, Mara y Capacmarca. Abarca desde el 17 de agosto de 2017 hasta el 15 de enero de 2018.

---

6 Sobre el concepto de estado de excepción de facto, véase Questiaux (1982), Fitzpatrick (1994) y Despouy (1999).

- 2) Segunda etapa: Estado de emergencia en el corredor vial Apurímac - Cusco - Arequipa. Comprende desde el 12 de enero de 2018 hasta el 11 de abril de 2019.

Como ha hecho notar Patricio Velarde (2018), el uso de la fuerza por parte del Estado en el conflicto relacionado con el proyecto minero Las Bambas sigue un patrón que consiste en su paulatina extensión temporal y especificación, es decir, tanto la intervención de las Fuerzas Armadas (y la Policía Nacional) como la aplicación del estado de emergencia son objeto de prórrogas continuas, mientras que a la vez las circunscripciones sobre las que ambas medidas actúan se van haciendo más precisas y específicas con el transcurso del tiempo (p. 107). Ha de notarse, al respecto, que la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de control del orden interno en las zonas de conflicto, como complemento y refuerzo de la Policía, inició en 2015, antes del recurso formal al estado de emergencia. En la Tabla 1, elaborada sobre la base del estudio de Velarde (2018), se sintetiza la situación descrita.

**Tabla 1.** Detalle de los instrumentos de violencia del Estado empleados en el Corredor Minero del Sur de Perú (Años 2015-2019)

Instrumento	AIFA 1	EE1	AIFA 2	EE2	EE3	EE Corredor 1	EE Corredor 2
Día de publicación	25/09/2015	29/09/2015	14/11/2015	10/02/2017	16/08/2017	11/01/2018	29/09/2018
Ámbito Apurímac	Cotabambas y Grau	Cotabambas, Grau, Chincheros, Andahuaylas	Cotabambas y Grau	Cotabambas	Distritos Chalhuanahuacho y Mara	Carretera Apurímac-Cusco-Arequipa y 500 mts. adyacentes a cada lado	Carretera Apurímac-Cusco-Arequipa y 500 mts. adyacentes a cada lado
Ámbito Cusco	Chumbivilcas y Espinar	Chumbivilcas y Espinar			Distrito de Capacmarca		
Duración	30 días	30 días	13 meses	30 días	5 meses	6 meses	6 meses
Número de prórrogas	0	0	12	0	4	3	6
Derechos suspendidos	-	Libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y de tránsito en el territorio	-	Libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y de tránsito en el territorio	Libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y de tránsito en el territorio	Libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y de tránsito en el territorio	Libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y de tránsito en el territorio

*Abreviaturas:*

*AIFA: Autorización de Intervención de las FF. AA.*

*EE: Estado de Emergencia*

*EE Corredor: Estado de Emergencia en el corredor vial Apurímac - Cusco - Arequipa*

*Elaboración propia sobre la base de Violencia y polarización en la conflictividad minera peruana: Las Bambas (p. 107), por Velarde, 2018.*



### **Primera etapa: Estado de emergencia en los distritos de Chalhahuacho, Haquira, Mara y Capacmarca**

En esta primera etapa, fueron emitidos cinco Decretos Supremos de estado de emergencia relativos al conflicto social provocado por el proyecto minero Las Bambas. El primero declaraba el régimen de excepción y los siguientes cuatro lo prorrogaron. Así, mediante el Decreto Supremo 085-2017-PCM (2017) se proclamó el estado de emergencia en los distritos de Chalhahuacho, Haquira y Mara, de la provincia de Cotabambas, en el departamento de Apurímac, y estableció además que la Policía Nacional continuaría a cargo del control del orden interno, pero “con el apoyo de las Fuerzas Armadas” (art. 1). El decreto dispuso igualmente la suspensión de los cuatro derechos susceptibles de serlo conforme a la Constitución (art. 2), en lo cual se incurrió en el desliz de indicar que lo que se suspendía eran los mismos derechos y no su ejercicio, error técnico que puede expresar una concepción equivocada del estado de excepción como una situación en la que desaparece el Estado constitucional de derecho<sup>7</sup>. Inicialmente, el plazo estipulado fue de 30 días (art. 1).

La parte considerativa del Decreto Supremo 085-2017-PCM expuso como fundamento una solicitud del director de la Policía Nacional para que el Gobierno declarase la emergencia constitucional en los mencionados distritos apurimeños, con el propósito de “asegurar el control del orden público y evitar actos de violencia o cualquier ilícito penal que se pudiera cometer en dichas zonas”, ya que la Policía advertía la existencia de “conflictos sociales” (3er considerando). Asimismo, sostuvo el Decreto Supremo 085-2017-PCM que se habían producido “actos contrarios al orden interno que afectan el normal desenvolvimiento de las actividades de la población”, por lo que resultaba “necesario” adoptar “las medidas constitucionalmente previstas para restablecer el orden interno” (4to considerando). La fundamentación también invocó el Decreto Legislativo 1186, relativo al uso de la fuerza por la Policía Nacional (5to considerando), y el Decreto Legislativo 1195, referido al uso de la fuerza por las Fuerzas Armadas, en particular, en este último caso, en aquellos lugares declarados en emergencia, pero con el orden interno a cargo de la Policía (6to considerando). Respecto de la intervención de la corporación militar, el decreto aludía al “cumplimiento de su función constitucional” y al “uso de su capacidad coercitiva para la protección de la sociedad” y “en defensa del Estado de Derecho” (6to considerando).

Como se ve, entonces, se trataba de un estado de emergencia de naturaleza preventiva, introducido con la finalidad de evitar la perpetración de actos de violencia delictiva. Por otro lado, la justificación invocaba el principio de necesidad, pero sin ningún análisis de la situación fáctica que demostrara la supuesta necesidad. Tampoco exponía el Decreto Supremo 085-2017-PCM los elementos que configuraban su particular visión de la pretendida tutela de la sociedad y del Estado de derecho.

El estado de emergencia fue prorrogado sucesivamente en cuatro oportunidades, siempre por 30 días cada vez, mediante los siguientes decretos supremos:

- Decreto Supremo 093-2017-PCM (El Peruano, 15 de septiembre de 2017)
- Decreto Supremo 101-2017-PCM (El Peruano, 14 de octubre de 2017)
- Decreto Supremo 107-2017-PCM (El Peruano, 14 de noviembre de 2017)
- Decreto Supremo 120-2017-PCM (El Peruano, 14 de diciembre de 2017)

7 Para un error de este tipo, véase Gonzales (1991).

Los cuatro decretos de prórroga mantienen en esencia el régimen legal de la emergencia introducido por el Decreto Supremo 085-2017-PCM, esto es, además del plazo ya indicado de 30 días, la suspensión de los cuatro derechos constitucionales susceptibles de ser suspendidos (no su ejercicio, sino los derechos mismos) y el control del orden interno a manos de la autoridad policial, pero con el “apoyo” de las Fuerzas Armadas, estando ambas instituciones autorizadas a emplear la fuerza conforme los Decretos Legislativos 1186 (*El Peruano*, 16 de agosto de 2015) y 1095 (*El Peruano*, 1 de septiembre de 2010), respectivamente. En cuanto al ámbito territorial, hubo dos variaciones a tener en cuenta. La primera fue que el Decreto Supremo 093-2017-PCM (1era prórroga) incorporó en la zona de emergencia al distrito de Capacmarca, de la provincia de Chumbivilcas, en el departamento del Cusco, sin exponer ninguna razón específica, salvo la mención de un informe policial (4to considerando). La segunda variación territorial fue que el Decreto Supremo 101-2017-PCM (2da prórroga) excluyó al distrito apurimeño de Huaquira, mencionando apenas que la medida ya no era “necesaria” en esta localidad, pero sin exponer razones concretas (5to considerando).

Por lo que se refiere a la fundamentación contenida en la parte considerativa de los decretos de extensión temporal de la emergencia, son esencialmente iguales entre ellos y tampoco muestran diferencias relevantes respecto del decreto de instauración. Dicha fundamentación es formalista, no expone razones de fondo, ni contiene análisis de las situaciones de hecho ni de los elementos jurídicos que justifican la medida extrema de prolongar el régimen de excepción. Los decretos de prórroga se limitan a mencionar la existencia de informes policiales cuyo contenido y argumentos no reseñan.

De particular importancia resulta la omisión en que incurren los decretos de prórroga respecto de las razones que habrían de justificar la prolongación de la emergencia. Y es que, si bien al momento de proclamar el estado excepcional suele ser muy difícil contar con el tiempo necesario para una deliberación y justificación idóneas, ello no es frecuente en los casos de extensión temporal de la medida, puesto que, en esas circunstancias, más bien, las autoridades por lo general disponen de tiempo y calma suficientes para exponer las razones que justifiquen el mantenimiento del estado excepcional (Ackerman, 2007; Benazzo, 2004).

La única diferencia que parece significativa en los decretos de prórroga respecto al decreto de declaración inicial, al menos a nivel del lenguaje empleado, es que ya no se menciona el objetivo de “evitar actos de violencia o cualquier ilícito penal que se pudiera cometer”, sino que la fundamentación de los decretos alude a la finalidad de “garantizar la protección de las instalaciones estratégicas y el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales”, remitiéndose a informes policiales relativos a los “conflictos sociales” existentes en los distritos comprendidos en la emergencia extendida por los decretos. De este modo, los decretos de prórroga no hacían sino alinear su terminología con la del Decreto Legislativo 1095 (2010, art. 23, literal c) y con la de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>8</sup>. No obstante, este cambio en el lenguaje utilizado no supone una modificación en la naturaleza “preventiva” del estado de emergencia, en la medida en que las partes considerativas de los decretos de prórroga no demuestran que existiera una amenaza existencial real.

8 Véase STC 00002-2008-PI/TC, del 9 de septiembre de 2009, fundamentos 46 y 52, y punto resolutivo 7.

### **Segunda etapa: Estado de emergencia en el corredor vial Apurímac - Cusco - Arequipa**

En la segunda etapa, el Poder Ejecutivo expidió cuatro decretos. El primero introdujo formalmente el estado de emergencia, y los restantes tres lo prorrogaron. La nueva proclamación de la emergencia constitucional se hizo mediante Decreto Supremo 006-2018-PCM (*El Peruano*, 11 de enero de 2018) y ocurrió cuando aún se hallaba en vigor el régimen excepcional extendido mediante el Decreto Supremo 120-2017-PCM. Como quiera que fuere, lo más relevante es que así el ámbito territorial quedaba definido de forma radicalmente distinta. En efecto, esa vez, a diferencia de lo ocurrido durante la primera etapa, ya no se aplicaba la “Constitución de reserva” (Benazzo, 2004, p. 32; Cruz, 1980, p. 12), sobre ciertos distritos (íntegros), que son circunscripciones territoriales de naturaleza político-administrativa, sino que se introducía una categoría totalmente novedosa, a saber, *corredor vial Apurímac - Cusco - Arequipa*. Los límites de este corredor vial se definieron estableciendo puntos de referencia: “desde la Ruta Nacional PE-3S X, ubicada en el distrito de Progreso, provincia de Grau, departamento de Apurímac, hasta la Ruta Nacional PE-34 A, que culmina en el centro poblado menor Pillones, distrito de San Antonio de Chuca, provincia de Caylloma, departamento de Arequipa” (art. 1). Adicionalmente, se estableció que la longitud aproximada del corredor vial es de 482,200 kilómetros y que el estado excepcional abarca también los 500 metros adyacentes a cada lado de la vía (art. 1).

El régimen legal contenido en el Decreto Supremo 006-2018-PCM fue el mismo de los decretos de la primera etapa, esto es, suspensión de los cuatro derechos susceptibles de serlo (de los derechos mismos, no de su ejercicio, como estipula el art. 137, inciso 1 de la Constitución), control del orden interno a cargo de la Policía Nacional con el apoyo de las Fuerzas Armadas, autorización a ambas instituciones represivas para usar la fuerza de conformidad con el Decreto Legislativo 1186 y 1095 respectivamente, y plazo de duración de 30 días.

La justificación expuesta en la parte considerativa del decreto de instauración fue nuevamente formalista, carente de análisis de elementos fácticos y jurídicos que justificaran la emergencia, y se remitió a la existencia de informes policiales relativos a conflictos sociales en la zona, reiterando de manera expresa la finalidad preventiva. Se indicó que se trataba de “evitar actos contrarios al orden interno que afecten el normal desenvolvimiento de las actividades desarrolladas en el corredor vial Apurímac - Cusco - Arequipa y zonas adyacentes”, de suerte que, sostiene el decreto, “resulta necesario adoptar las medidas constitucionalmente previstas para restablecer el orden interno” (4to considerando).

Las tres prórrogas se establecieron mediante los siguientes decretos:

- Decreto Supremo 015-2018-PCM (*El Peruano*, 8 de febrero de 2018)
- Decreto Supremo 025-2018-PCM (*El Peruano*, 8 de marzo de 2018)
- Decreto Supremo 037-2018-PCM (*El Peruano*, 11 de abril de 2018)

Cabe resaltar que los dos primeros consagraron un plazo de 30 días, que en el último se duplicó hasta el máximo permitido por la Constitución, 60 días.

Lamentablemente, repitiendo el fenómeno que tuvo lugar en la primera etapa, ninguno de los decretos de prórroga justificó de manera adecuada la necesidad de extender la excepción en el tiempo. Ni siquiera se intentó exponer un argumento sobre el particular.

Si bien esta declaración tuvo efectos hasta junio del año 2018, tres meses después el Poder Ejecutivo proclamó un nuevo estado de emergencia, por medio del Decreto Supremo 100-2018-PCM (El Peruano, 29 de septiembre de 2018). Respecto al ámbito geográfico, a diferencia de la anterior declaración, los puntos de referencia variaron, y el régimen de excepción constitucional pasó a abarcar el siguiente área:

Desde el kilómetro 130 (Ref. Sector Muyu Orcco) hasta el kilómetro 160 (Ref. Sector Tiendayoc) de la Ruta Nacional PE-3SY, que comprende el distrito de Colquemarca, de la provincia de Chumbivilcas, departamento del Cusco, incluyendo los quinientos metros adyacentes a cada lado del Corredor Vial (art. 1).

Por otro lado, el decreto de instauración suspendía los mismos derechos que en el caso anterior, así como volvió a señalar el control del orden interno a cargo de la Policía Nacional, con el apoyo de las Fuerzas Armadas.

Este estado de emergencia estuvo vigente hasta el 11 de abril del año 2019, habiendo sido prorrogado en seis ocasiones, casi todas por un plazo de 30 días:

- Decreto Supremo 105-2018-PCM (El Peruano, 25 de octubre de 2018)
- Decreto Supremo 115-2018-PCM (El Peruano, 25 de noviembre de 2018)
- Decreto Supremo 128-2018-PCM (El Peruano, 24 de diciembre de 2018)
- Decreto Supremo 008-2019-PCM (El Peruano, 25 de enero de 2019)
- Decreto Supremo 038-2019-PCM (El Peruano, 26 de febrero de 2019)
- Decreto Supremo 056-2019-PCM (El Peruano, 28 de marzo de 2019)

El cambio más relevante en estas prórrogas concierne a los derechos suspendidos. A partir de la segunda extensión temporal, estos Decretos Supremos dejaron de incluir la suspensión del derecho a la libertad y seguridad personales, así como el derecho de libre tránsito en el territorio, los cuales sí estaban contemplados en los anteriores. Así, solo quedaron suspendidos –en su ejercicio, se entiende– dos derechos fundamentales: el de inviolabilidad de domicilio y el de libertad de reunión.

Mención aparte requiere el Decreto Supremo 056-2019-PCM, el cual, además de prorrogar por última vez el estado de emergencia, instauró uno nuevo en el distrito de Challhuahuacho, por las mismas consideraciones y en los mismos términos que el del corredor vial Apurímac - Cusco - Arequipa. El plazo establecido para esta última prórroga, así como para la declaratoria en Challhuahuacho, fue de 15 días, por lo que debía estar vigente hasta el 12 de abril.

Considerando esto último, llama la atención que el 11 de abril fuese publicado el Decreto Supremo 067-2019-PCM, que dejó sin efectos tanto la prórroga como la nueva declaratoria (2019, art. 1). Como es evidente, al no haber prórrogas tácitas de los estados de emergencia, el resultado práctico fue que la vigencia de estos durase un día menos de lo previsto. Al parecer, lo que el Estado buscó con este decreto fue manifestar su intención de no continuar con esta medida excepcional, como parte de un esquema de negociaciones con las comunidades locales, tal como ha sucedido en otros conflictos sociales que involucraban industrias extractivas (Wright, 2013).

## **Análisis del Cumplimiento de las Exigencias Constitucionales en el Caso del Estado de Emergencia Proclamado y Renovado por el Conflicto Suscitado por el Proyecto Minero Las Bambas y en el Corredor Minero del Sur**

La proclamación y mantenimiento del estado de excepción constitucional exige el cumplimiento estricto de una serie de requisitos que la misma Carta Fundamental prevé. Ello resulta plenamente comprensible, debido a la importancia que reviste dejar de lado cláusulas contenidas en esta que han de ser plenamente operativas en situaciones de normalidad constitucional. Los puntos concretos que analizaremos brevemente son los siguientes: la existencia de alguna causal que haga indispensable la emergencia, el estatus de los derechos fundamentales durante la vigencia del régimen de excepción, la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno, y el plazo determinado.

### **Las causales de perturbación de la paz o el orden interno**

Como se ha señalado previamente, en ambas etapas del conflicto bajo estudio, la causal invocada para la introducción del régimen excepcional y para sus renovaciones sucesivas ha sido la relativa a la perturbación de la paz o del orden interno, con especial énfasis en este segundo elemento. No obstante, esta práctica estatal plantea dos cuestiones de orden jurídico-constitucional. La primera se vincula con la posibilidad de proclamar y mantener un estado de emergencia de naturaleza preventiva, esto es, sin que exista una perturbación actual. La segunda, de mayor relieve práctico en el Perú, tiene que ver con la intensidad que ha de tener la perturbación de la paz o del orden interno para superar la barrera de exigencia constitucional, en armonía con el DIDH.

En cuanto al primer punto, ha de decirse que una lectura literal de lo previsto en la Constitución sobre las causales del estado de emergencia, en especial por contraste con lo regulado respecto del estado de sitio, puede llevar a concluir que no cabe un estado de emergencia cuando la crisis no es actual. Y es que la *Constitución Política del Perú* (1993) solo se refiere al caso de “peligro inminente” al regular la modalidad de estado de sitio (art. 137, inciso 2), no la modalidad de estado de emergencia (art. 137, inciso 1). Esta combinación de interpretación literal e interpretación sistemática, sin embargo, lleva a una conclusión equivocada. En efecto, resulta incorrecto considerar que se debe esperar a que exista un daño presente y actual para que esté autorizada la proclamación del estado de emergencia (Rubio, 1999; Palacios, 1988). Si el objeto del régimen de excepción, en sus dos modalidades, es siempre el más pronto restablecimiento del orden constitucional y la preservación de los derechos fundamentales de las personas, junto con el aseguramiento del funcionamiento de las instituciones del Estado democrático, entonces ha de descartarse toda interpretación que permita la afectación de estos valores en situaciones en que los impactos negativos podrían ser evitados, o al menos podrían verse aminorados. Por lo demás, los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), admiten la instauración de regímenes excepcionales ante situaciones de peligro, con tal de que dichas situaciones sean reales y de inminente realización. Es decir, no han de ser supuestos erigidos sobre la base de meras especulaciones ni de posibilidades remotas, sino peligros efectivos, y de realización real y próxima (O’Donnell, 1984; Faúndez, 2004; Nowak, 2005).

En todo caso, el que la permisión del estado de sitio preventivo o por amenaza sea expresa, mientras que la del estado de emergencia no lo sea, podría dar lugar a una mayor carga argumentativa en este último supuesto, a efectos de demostrar la existencia de la amenaza y de sus requisitos jurídico-constitucionales (realidad, certeza, inminencia, gravedad), pero no podría acarrear, siempre y todas las veces, la exclusión del estado de emergencia ante una verdadera amenaza existencial.

El problema con los Decretos Supremos bajo análisis, sin embargo, no es que se referan a casos de índole preventiva o por amenazas, sino que estas no quedan demostradas en la parte considerativa de dichas disposiciones legales. No basta, pues, que las autoridades del Estado sostengan que cabe la posibilidad de que se cometan actos de violencia; debe verificarse que se trata de una eventualidad de producción inminente y cierta, cuya realización podrá ser evitada mediante el Gobierno de crisis. Ciertamente, esto no ocurre en los decretos bajo estudio, como se ha expuesto en el presente acápite.

La segunda cuestión que las causales invocadas en los decretos bajo análisis plantean es de mayor entidad jurídico-constitucional en el Perú, y se relaciona con la necesidad de comprobar que la perturbación de la paz o del orden interno sea de envergadura suficiente. Dicho de otra manera, no cualquier perturbación interna califica como una crisis que habilite la proclamación, y eventualmente el mantenimiento y aun la prórroga del estado de emergencia constitucional. La perturbación de la paz o del orden interno debe ser de tal magnitud que configure lo que la doctrina denomina una amenaza existencial, es decir, como se ha anticipado, una situación en la que esté en entredicho la continuidad de la vida de la nación, o la subsistencia de las instituciones del Estado constitucional y democrático de Derecho. Al respecto, son de especial valor las prescripciones del DIDH. Así, en la Observación general n.º 29, titulada “Estados de Emergencia (artículo 4)”, emitida por el Comité de Derechos Humanos (CDH), órgano encargado de supervisar el PIDCP, se sostiene que la situación ha de ser “de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación” (CDH, 2001, párr. 2), y se añade, para mayor claridad, que “no todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, como se exige en el párrafo 1 del artículo 4 [del PIDCP]” (CDH, 2001, párr. 3).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la sentencia emitida en el caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador (2007), acogiendo un criterio bien establecido en la jurisprudencia elaborada por su homólogo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha expresado que “para que se justifique un estado de excepción es necesario: a) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; b) que ésta afecte a toda la población, y c) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad” (2007, párr. 46).

Esencialmente los mismos estándares, pero aún más específicos o detallados, se encuentran consagrados en los *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptados en agosto de 1984. Estos, en efecto, exigen que el Estado enfrente “una situación excepcional y un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación”, situación que existe en dos supuestos:

- 1) Cuando “afecte a toda la población y a todo el territorio del Estado o a parte de él”.
- 2) Cuando “amenace la integridad física de la población, independencia política o

la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto”. (Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1987, p. 285) (principio 39)

*Los Principios de Siracusa*, además, estipulan de manera expresa que “el conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la nación no pueden justificar las derogaciones en virtud del artículo 4” (principio 40) (Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1987, p. 285)<sup>9</sup>.

La necesidad de interpretar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución peruana a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, y a la luz de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, según el mandato de la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución, y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, lleva entonces a concluir que no cualquier perturbación de la paz o del orden interno es fundamento suficiente para la instauración, y el mantenimiento o la prórroga del estado de emergencia. Por el contrario, ha de requerirse en todos los casos la concurrencia de condiciones de especial gravedad que configuren una verdadera amenaza existencial que comprometa la continuidad de la Nación, o del Estado constitucional y democrático (Bernaes, 1999; Castillo, 2005; Úbeda, 2007; Faúndez, 2004; O’Donnell, 1989).

En tal sentido, consideramos que las causales enumeradas en el artículo 137, inciso 1 de la Constitución peruana vigente deben ser entendidas como calificadas, toda y cada una de ellas, por la exigencia final de afectación de la vida nacional. Eso quiere decir, entonces, que la perturbación de la paz o del orden interno que amerita el recurso al estado de excepción constitucional solo es aquella que pone en peligro de modo radical la vida de la nación (Siles, 2017).

De lo expuesto queda claro, en consecuencia, que los Decretos Supremos bajo análisis, en el caso del conflicto desatado por el proyecto minero Las Bambas y el Corredor Minero del Sur, no cumplen con el requisito previsto en la Constitución peruana y en los tratados de derechos humanos que obligan al país, en el sentido de que ha de verificarse la producción de una amenaza existencial.

### **El estatus de los derechos fundamentales bajo el Estado de emergencia en el Corredor Minero del Sur**

Como ya se ha mencionado, la Constitución peruana solo admite la suspensión de cuatro derechos durante el estado de emergencia: la libertad y seguridad individuales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y la libertad de tránsito en el territorio de la República, pero con la prohibición de destierro en toda circunstancia. Como también ha sido indicado aquí, 11 de los 14 Decretos de emergencia constitucional emitidos con ocasión del conflicto provocado por el proyecto minero Las Bambas y el Corredor Minero del Sur suspendieron dichos cuatro derechos. Una medida tan extrema, sin embargo, solo debe ser posible, desde el punto de vista jurídico-constitucional, cuando se trata de una acción imperiosa, de última *ratio*.

9 Al respecto, véase también Questiaux (1982) y Despouy (1999).



El criterio para establecer cuándo estamos ante una situación de estas características, como ha resaltado el relator de las Naciones Unidas para los estados de excepción, Leonardo Despouy (1999), consiste en evaluar si ante la presunta crisis es posible lidiar con ella mediante la aplicación de las medidas ordinarias, es decir, aquellas que están a disposición de las autoridades estatales en las situaciones de normalidad constitucional. Dicho de otra manera, en lo que a los derechos fundamentales se refiere, si el supuesto peligro que se cierne sobre la nación puede ser conjurado mediante las limitaciones ordinarias que los derechos fundamentales admiten conforme a la Constitución, entonces no resultan legítimas la adopción del estado excepcional ni la asunción de los poderes extraordinarios que inciden en restricciones especiales o aun en la suspensión de tales derechos (Grossman, 1984; Norris & Reiton, 1980; Faúndez, 2004; Hartman, 1981).

Ahora bien, siendo esto así, resulta del todo claro que en el caso bajo análisis las limitaciones ordinarias de los derechos susceptibles de suspensión eran plenamente aplicables, en especial si se considera que no existía, ni en el momento de la proclamación de la emergencia ni durante su mantenimiento y prórrogas sucesivas, una situación de violencia que desbordara las posibilidades de control policial ordinario. Por otro lado, además, en ninguno de los Decretos Supremos aquí estudiados se estableció fundamentos específicos para justificar la suspensión de cada uno de los derechos concernidos, y operó, más bien, una suspensión genérica y abusiva, carente de la mínima fundamentación.

### **La participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno**

Según ha sido ya expuesto previamente, durante el período en el que el Corredor Minero del Sur estuvo bajo estado de emergencia formalmente proclamado, las Fuerzas Armadas recibieron el encargo del presidente de la República de participar en el control del orden interno, brindando su apoyo a la Policía Nacional. No es posible ahondar en el presente artículo el análisis de la cuestión, de dudosa constitucionalidad, acerca de si la corporación militar puede ejercer funciones de control de orden interno sin proclamación de alguna de las modalidades del régimen de excepción, como en efecto ocurrió a lo largo del año 2015. Nos concentraremos, más bien, en la cuestión relativa a si la Constitución admite o no la participación de los militares como fuerza de apoyo a las autoridades policiales, quienes se mantienen a cargo del control del orden interno, y, en todo caso, si tal participación resultaba justificada en las circunstancias concretas del caso bajo examen.

Una primera aproximación a las regulaciones contenidas en el artículo 137, inciso 1, segundo párrafo, y en el artículo 165, *in fine*, de la Carta vigente, parece favorecer la tesis de que lo planteado por el legislador constituyente es que la intervención de la corporación militar se produzca solo en el caso extremo de que sea necesario reemplazar a la Policía Nacional, en razón de haberse visto esta desbordada en su accionar por la crisis en curso. Esta interpretación se ve reforzada por la circunstancia de que tal crisis, como ha sido ya explicado, ha de ser de especial gravedad, al punto de constituir una verdadera amenaza existencial, de suerte que la incapacidad de la Policía resultaría manifiesta, lo cual justificaría el concurso de la milicia.

No obstante, consideramos que los enunciados constitucionales aplicables, en particular desde el punto de vista de una interpretación evolutiva, admiten una lectura que permite



la intervención de las Fuerzas Armadas para desempeñar tareas de apoyo a la Policía en el control de eventuales perturbaciones de la paz o del orden público. No creemos que esta sea la más adecuada lectura de la Constitución respecto de la cuestión planteada, pero debemos reconocer que tal interpretación es posible. Esta conclusión se impone, además, al haber sido la elegida por el legislador democrático, quien así lo ha regulado mediante el Decreto Legislativo 1095 (arts. 15-20), y confirmada como armoniosa con la Carta Fundamental por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en la causa de inconstitucionalidad seguida contra la Ley 29166<sup>10</sup>.

Establecido esto, sin embargo, debe agregarse de inmediato que la intervención de las Fuerzas Armadas solo puede aceptarse en supuestos extremos, en los que es absolutamente indispensable. Relajar esta exigencia a fin de posibilitar su participación únicamente con el objetivo de reforzar el efecto disuasivo que pudiera tener la presencia física de la milicia, o para ejercer coacción y emplear armas de guerra frente a una crisis en curso que podría ser contenida mediante el recurso ordinario a la Policía, es una distorsión de la Constitución de emergencia y el propio cumplimiento de la misión esencial de la corporación militar, la cual tiene que ver principalmente con supuestos de guerra externa.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual ha señalado que, en particular cuando se trata de sofocar manifestaciones de protesta popular, el recurso a las Fuerzas Armadas solo es posible como *última ratio* y con las mayores salvaguardas. En tal sentido, en el ya citado caso Zambrano Vélez vs. Ecuador (2007), el máximo tribunal regional en materia de derechos humanos sostuvo lo siguiente:

Este Tribunal hace notar que en determinados estados de emergencia o en situaciones de alteración del orden público, los Estados utilizan las Fuerzas Armadas para controlar la situación. Al respecto, la Corte estima absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. Tal como ha señalado este Tribunal, “los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”. El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas. (Corte IDH, 2007, párr. 51)

Lamentablemente, en cuanto a dicho aspecto de las exigencias constitucionales para habilitar la proclamación y mantenimiento del estado de emergencia, se observa que, en el caso del conflicto suscitado por el proyecto Las Bambas y el Corredor Minero del Sur, las autoridades estatales han incumplido con sus deberes de respeto a la Constitución y a los estándares del DIDH.

### **El plazo del Estado de emergencia**

A fin de no abundar sobre lo ya expuesto previamente por otros autores<sup>11</sup>, nos limitaremos a una presentación sumaria de dos cuestiones que suscita la exigencia constitucional de un

10 Véase STC 00002-2008-PI/TC, del 9 de septiembre de 2009, fundamentos 27 a 30 y punto resolutivo 2.

11 Sobre los plazos del estado de emergencia, véase Siles (2017).

plazo limitado que no puede exceder los 60 días, pero que es renovable mediante la expedición de un nuevo decreto por el presidente de la República. La primera cuestión es si se requiere una justificación especial para la extensión temporal de la excepción, y la segunda es si caben prórrogas continuas sin ninguna limitación, al punto que pudiera devenir en la normalización de la emergencia o en la permanencia de lo temporal (Ackerman, 2007; Gross & Ní Aoláin, 2006; Vergottini, 2004; Benazzo, 2004; Dyzenhaus, 2002).

Sobre la primera cuestión, la respuesta es clara. Ciertamente, hace falta una justificación especial para ordenar la prórroga del estado excepcional. No es suficiente con afirmar que se mantienen las circunstancias que determinaron la proclamación de la emergencia. Es necesario, más bien, exponer circunstanciadamente las razones especiales que llevan a la autoridad a juzgar indispensable la extensión temporal del régimen de excepción.

En cuanto a la segunda cuestión, desde luego más compleja y difícil de dilucidar, debe estimarse que, conforme a la naturaleza excepcional del estado de emergencia (Comité de Derechos Humanos, 2001; Fitzpatrick, 1994; O'Donnell, 1989; Faúndez, 2004; Sheeran, 2013; Nowak, 2005), no cabe que, mediante renovaciones sucesivas e ilimitadas, la emergencia devenga en permanente. Ello acarrearía que se diluyera la diferencia entre la Constitución de la normalidad y la Constitución de emergencia, lo cual socavaría las bases mismas del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho.

Así pues, parece indispensable que, mediante reforma constitucional o, en todo caso, mediante legislación de desarrollo o a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se precise que es necesario que haya una limitación en cuanto a las prórrogas del estado de emergencia.

En cualquier caso, la duración total del régimen excepcional aplicado al conflicto surgido de la ejecución del proyecto minero Las Bambas o en torno al denominado Corredor Minero del Sur, sin llegar a ser tan prolongada como en otros casos en el Perú (los casos del Alto Huallaga y del VRAEM, por ejemplo) (Siles, 2015), linda ya con el límite de lo inconstitucional. La situación ciertamente se ve agravada y entra de lleno en el terreno de lo inconstitucional en el caso concreto bajo examen, debido a la carencia de justificaciones adecuadas en los Decretos Supremos examinados. Sin duda, estos incurren en quebrantamiento del orden constitucional al omitir brindar las razones que justifican la extensión temporal del estado de emergencia.

## Conclusiones

En el Corredor Minero del Sur, desde el año 2015, las zonas de influencia de las actividades de industria extractiva allí desarrolladas, muchas de ellas pertenecientes a comunidades campesinas, han estado bajo constantes estados de emergencia, lo cual supuso, salvo la reducción operada en sus últimos cuatro meses de vigencia, la suspensión del ejercicio de los cuatro derechos fundamentales (libertad y seguridad personales, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y de tránsito en el territorio), que el artículo 137.1 de la Carta considera susceptibles de suspensión o derogación. Lo paradójico es que, al contrario de lo que pudiera pensarse, la implantación de proyectos extractivos ha significado en dichas zonas represión de parte del Estado, en vez de prosperidad. Peor aún: esta represión, amparada en las declaraciones de estados de emergencia, no se ha justificado según lo establecido por la Constitución peruana de 1993, como se ha verificado en el presente artículo.

Así, en la evaluación que realizamos de las dos etapas de las declaraciones y prórrogas del estado de emergencia en las zonas afectadas por el proyecto minero Las Bambas, comprobamos que no se cumplió con las exigencias constitucionales. En primer lugar, sobre la existencia de alguna causal que haga imperativo declarar la emergencia, los Decretos Supremos tenían una finalidad preventiva, sustentada en resguardar el orden interno. Si bien, en principio, proclamar un estado de emergencia preventivo o por amenaza es jurídicamente factible, no debe perderse de vista que solo lo será en la medida en que se acredite que se está ante situaciones reales e inminentes de peligro. Debe, entonces, justificarse la existencia de esta situación fáctica, lo cual no ocurrió en el caso objeto de estudio. Del mismo modo, tampoco se acreditó una afectación al orden interno de un alcance que permita considerarlo como una amenaza existencial o peligro para la vida de la nación, conforme a lo previsto en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

En relación a la justificación empleada para suspender el ejercicio de los derechos fundamentales durante la vigencia del régimen de excepción, esta fue genérica, sin mayor fundamentación. Igual defecto se observa respecto del principio de temporalidad o transitoriedad, pues las sucesivas prórrogas no fueron justificadas en los decretos, como tampoco su extensión temporal. Por último, en este caso, la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno distorsionó la Constitución de emergencia, pues los hechos no ameritaban que el presidente de la República ordenase su participación, al ser una situación que podía ser controlada por las autoridades policiales.

La principal lección que puede extraerse del caso analizado es que, lamentablemente, el uso del estado de emergencia sigue siendo una práctica común del Gobierno peruano para el manejo de conflictos sociales asociados a industrias extractivas, práctica que no encuentra asidero constitucional.



## REFERENCIAS

- Abad, S. (2004). *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Ackerman, B. (2007). *Antes de que nos ataquen de nuevo: La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*. Barcelona, España: Península.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (1987). Principios de Siracusa. En D. García-Sayán (Ed.), *Estados de emergencia en la región andina* (pp. 277-295, anexo I). Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas<sup>12</sup>.
- Bebbington, A. & Humphreys, D. (2009). Actores y ambientalistas: Conflictos socio-ambientales en Perú. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 35, 117-128.
- Benazzo, A. (2004). *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*. Torino, Italia: G. Giappichelli.
- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado* (5ta ed.). Lima, Perú: Constitución y Sociedad.
- Castillo, L. (2005). *¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? Especial referencia a los procesos constitucionales en los regímenes de excepción*. Piura: Universidad de Piura.
- Comité de Derechos Humanos. (2001, 31 de agosto). *Observación General n.º 29, sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Estados de excepción y suspensión de derechos* [Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.11].
- Constitución Política del Perú. (1993, 29 de diciembre). Lima, Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007, 4 de julio). Fondo Reparaciones y Costas (Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_166\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf).
- Criddle, Evan J. & Fox-Decent, E. (2012). Human rights, emergencies, and the rule of law. *Human Rights Quarterly*, 34, 39-87.
- Cruz, P. (1980). *El estado de sitio y la Constitución: La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1978)*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Decreto Supremo 085-2017-PCM, Decreto Supremo que Declara en emergencia en los distritos de Chalhuanhuacho, Haquira y Mara, provincia de Cotabambas del departamento de Apurímac. (2017, 16 de agosto). *El Peruano*. Lima, Perú.

---

12 Puede consultarse la versión en inglés de los "Principios de Siracusa" en *Human Rights Quarterly*, Vol. 7, N° 1, February 1985, pp. 3-14.

- Defensoría del Pueblo. (2017). *Reporte de conflictos sociales n.º 161*. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2017/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-161---Julio-2017.pdf>
- Despouy, L. (1999). *Los derechos humanos y los estados de excepción*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- De Echave, J., Diez, A., Huber, L., Revesz, B., Ricard, X. & Tanaka, M. (2009). *Minería y conflicto social*. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos.
- Dyzenhaus, D. (2002) The permanence of the temporary: Can emergency powers be normalized? En R. J. Daniels, P. Macklem & K. Roach (Eds.), *The security of freedom: Essay on Canada's anti-terrorism bill* (pp. 21-37). Toronto, Canadá: University of Toronto Press.
- Eguiguren, F. (1990). *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.
- Eguiguren, F. (1989). El estado de emergencia y su aplicación en la Constitución peruana, 1980-1988. En *La Constitución diez años después* (pp. 263-287). Lima, Perú: Fundación Friedrich Naumann,
- Faúndez, H. (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales* (3era ed.). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Freslon, W. S. & Cooney, P. (2018). Transnational mining and accumulation by dispossession. En W. S. Freslon & P. Cooney (Eds.), *Environmental impacts of transnational corporations in the Global South* (pp. 11-34). Bingley, Reino Unido: Emerald Publishing. <http://dx.doi.org/10.1108/s0161-723020180000033002>
- Fitzpatrick, J. (1994). *Human rights in crisis: The international system for protecting rights during states of emergency*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- García Belaunde, D. (1984). Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas. En *Normas internacionales sobre derechos humanos y Derecho interno* (pp. 77-111). Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.
- García-Sayán, D. (1988). Hábeas corpus y estados de emergencia. Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.
- García-Sayán, D. (1987). Perú. Estados de excepción y su régimen jurídico. En García-Sayán, D. (Ed.), *Estados de emergencia en la región andina* (pp. 96-105). Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.
- Gonzales, M. (1991). *La excepcionalidad en la Constitución: Los estados de excepción y los derechos humanos en la legislación peruana*. Lima, Perú: L. F. Lann.

- Gross, O. & Ní Aoláin, F. (2006). *Law in times of crisis: Emergency powers in theory and practice*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Grossman, C. (1984). Algunas consideraciones sobre el régimen de situaciones de excepción bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En *Derechos humanos en las Américas: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches* (pp. 121-134). Washington D.C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Gudynas, E. (2014). Conflictos y extractivismos: conceptos, contenidos y dinámicas. *Decursos. Revista en Ciencias Sociales*, 27-28, 79-115.
- Hartman, J. F. (1981). Derogation from human rights treaties in public emergency. *Harvard International Law Journal*, 22(1), 1-52.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución* (2da ed.). Barcelona, España: Ariel.
- Martínez, M. I. (2018). Radiografía democrática del extractivismo minero en América Latina. *Geopolítica(s)*, 9(1), 35-62.
- Norris, R. E. & Desio, P. (1980). The suspension of guarantees: A comparative analysis of the American Convention on Human Rights and the constitutions of the States parties. *American University Law Review*, 30(1), 189-223.
- Nowak, M. (2005). *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2da ed.). Kehl, Alemania: N. P. Engel Verlag.
- Observatorio de Conflictos Mineros en el Perú. (2017). *21° Observatorio de Conflictos Mineros en el Perú. Reporte segundo semestre 2017*. Lima, Perú: CooperAcción.
- O'Donnell, D. (1989). *Protección internacional de los derechos humanos* (2da ed.). Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.
- O'Donnell, D. (1984). Legitimidad de los estados de excepción a la luz de los instrumentos de Derechos Humanos. *Derecho*, 38, 165-231.
- Palacios, R. M. (1988). *La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción* (Tesis de bachillerato). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Recuperado de [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1321/PALACIOS\\_MCBRIDE\\_ROSA\\_PROTECCION\\_EXCEPCION.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1321/PALACIOS_MCBRIDE_ROSA_PROTECCION_EXCEPCION.pdf?sequence=3&isAllowed=y)
- Pérez Royo, J. (2010). La democracia frente al terrorismo global. En J. Pérez Royo, (Dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 7-12). Madrid, España: Marcial Pons.
- Power, J. (1990). *Constitución y estados de excepción (la Constitución peruana de 1979)*. Lima, Perú: Asociación Acción y Pensamiento Democrático.

- Questiaux, N. (1982, 27 de julio). *Study of the implications for Human Rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency* [documento E/CN. 4/Sub. 2/1982/15]. Génova, Italia: Organización de las Naciones Unidas.
- Reynolds, J. (2012). The political economy of states of emergency. *Oregon Review of International Law*, 14(1), 85-129.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Tomo IV). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Saldaña, J. & Portocarrero, J. (2017). La violencia de las leyes: El uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú. *Derecho PUCP*, (79), 311-352. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201702.013>
- Scheppele, K. L. (2004). Law in a time of emergency: States of exception and the temptations of 9/11. *Journal of Constitutional Law*, 6.5, 1001-1083.
- Secretaría de Gestión Social y Diálogo de la Presidencia del Consejo de Ministros. (2018). *Willaqniki*, (1).
- Sheeran, S. P. (2013). Reconceptualizing states of emergency under International Human Rights Law : Theory, legal doctrine, and politics. *Michigan Journal of International Law*, 34.3, 491-557.
- Siles, A. (2017). Problemática constitucional del estado de emergencia en el Perú: Algunas cuestiones fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 15(2), 123-166
- Siles, A. (2015). La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: Paradojas, aporías y normalización. *Themis*, 67, 73-84.
- Simpson, A.W. B. (2004). *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*. Nueva York: Oxford University Press.
- Úbeda, A. (2007). *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid, España: Reus.
- Velarde, J. (2018). *Violencia y polarización en la conflictividad minera peruana: Las Bambas* (tesis de licenciatura sin publicar). Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De Vergottini, G. (2004). La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo. *Revista de Derecho Político*, 61, 11-36.
- Wright, C. (2018). Expanding extractive industries, contracting indigenous rights? Gains, setbacks and missed opportunities in Latin America. En A. Brysk & M. Stohl (Eds.), *Contracting Human Rights: Crisis, accountability, and opportunity* (pp. 38-53). Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.



- Wright, C. & Mendoza, F. (2017). Cuando dos paradigmas de desarrollo se chocan. Estados de emergencia y protesta indígena en Cajamarca, Perú. En F. Betancourt (Ed.). *Reflexiones sobre el Estado de Derecho, la seguridad pública, y el desarrollo de México y América Latina* (pp. 7-32). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Wright, C. (2013). Perú. El estado de emergencia como mecanismo de represión de la protesta indígena en el contexto de conflictos sobre recursos naturales. En J. Aylwin, N. Yáñez & C. Wright (Eds.). *Entre el desarrollo y el buen vivir. Recursos naturales y conflictos en territorios indígenas* (pp. 265-292). Madrid, España: La Catarata.



**SEGUNDA SECCIÓN**

**CUESTIONES SOBRE  
DERECHOS FUNDAMENTALES**



# DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS MUJERES: PERSPECTIVAS DE GÉNERO E INTERSECCIONALIDAD PARA LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>1</sup>

*Elena C. Alvites<sup>2</sup>*

## Introducción

De acuerdo con el Objetivo 4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), el Estado peruano está comprometido a garantizar la educación inclusiva y equitativa de calidad, que promueva oportunidades de aprendizaje permanente para todas las personas (PNUD, 2017, p. 7). De ahí que para el año 2030 se haya previsto como meta que las niñas, niños y adolescentes deban, sin discriminación alguna, acceder y permanecer no menos de nueve años en un sistema educativo de carácter público, obligatorio, gratuito y de calidad en donde adquieran aprendizajes pertinentes (UNESCO, 2017, pp. 11-12).

Dicha meta tiene especial relación con la plena satisfacción del derecho a la educación; en particular, en el caso de las niñas, adolescentes y mujeres del país, dada su condición de grupo en situación de vulnerabilidad (Corte IDH, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 2010, párr.185) y la incidencia que tiene la educación en la construcción de la autonomía de las mujeres (Nery da Silva y García Masson, 2015, p. 197).

Asimismo, el artículo 13.º de Constitución peruana reconoce que la finalidad de la educación es el desarrollo integral de la persona, mientras que el artículo 14.º refirma el papel de la educación en el desarrollo de las personas, y ordena que la educación promueva el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Asimismo, el artículo 16.º establece obligaciones que deben

---

1 La versión preliminar de este trabajo fue expuesta en la III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales, llevadas a cabo entre el 2 y el 4 de octubre de 2018 en la Pontificia Universidad Católica del Perú y forma parte de sus actas publicadas, mientras que una versión resumida forma parte de las ponencias de las V Jornadas Latinoamericanas de Derechos Fundamentales, realizadas entre el 16 y 18 de octubre de 2018 en el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca. En ambos eventos recibí comentarios y sugerencias que han permitido enriquecer este trabajo. El presente trabajo emplea parcialmente los siguientes textos de la autora: “Protección constitucional de la educación en Perú” (2017), “La discriminación de género en el disfrute de derechos sociales: las brechas por superar para alcanzar la igualdad” (2015), “Perspectivas constitucionales sobre el derecho fundamental a la educación” (2010), “Descentralización y derechos sociales: reflexionando en torno a la satisfacción del derecho a la educación en el marco del proceso de descentralización” (2015).

2 Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es profesora ordinaria principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente investigadora del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) y del Grupo de Investigación Derecho, Género y Sexualidad (DEGESE), reconocidos por el vicerrectorado de Investigación de la PUCP.

concretarse en el diseño de políticas públicas educativas, en particular, la obligación de que “nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas”. De esa forma, se establece la relación que existe en la concretización del derecho a la educación y el cumplimiento del mandato de igualdad y no discriminación, previsto en el artículo 2.º inciso 2 de la Constitución, así como en los dispositivos 1.1 y 24.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese marco, este trabajo dará cuenta de cómo la Constitución peruana, los tratados internacionales sobre derechos humanos, y las interpretaciones que de ellos realizan los órganos encargados, como la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité), vinculan especialmente los mandatos normativos sobre el derecho fundamental a la educación y el principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, persigue demostrar cómo la concretización de dichos mandatos normativos en relación con las mujeres, como grupo en situación de vulnerabilidad, requiere de interpretaciones que incorporen los enfoques de género e interseccionalidad en el análisis de las diferentes dimensiones que componen el derecho a la educación, y las obligaciones que le corresponden al Estado. Con esa finalidad también se presentarán, en relación con cada uno de los elementos que conforman el derecho a la educación, las estadísticas oficiales existentes desde el año 2007 al 2017 sobre acceso, permanencia y cobertura del servicio educativo en el Perú, para ser leídas desde una perspectiva de género e interseccional.

### **El Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación, Enfoques de Género e Interseccionalidad**

El origen del derecho-principio de igualdad ante la ley se ancla en el estado liberal de derecho, siendo entendido como el reconocimiento de la igualdad jurídica de todos los ciudadanos. Ciertamente, en su origen no fue precepto normativo de carácter universal, aunque en su momento sí fue un precepto rupturista con un pasado de privilegios de la sociedad estamental y la afirmación del nuevo régimen burgués (Rodríguez-Piñero, 1986, p. 19). Las características de abstracción y generalidad de la ley fueron las que se atribuyeron a esta primera formulación de la igualdad (Jiménez Glück, 2004, p. 29), invisibilizando las desigualdades sociales, económicas y otras de diversa índole existentes en las sociedades.

Las transformaciones socioeconómicas, que propiciaron el surgimiento del constitucionalismo social y la adopción de la fórmula de estado social y democrático, tornaron insuficiente el sentido formal del derecho a la igualdad. Esta insuficiencia fue puesta de manifiesto por el constitucionalismo social, que modificó su contenido y lo erigió en uno de los principios rectores de la organización del estado social y democrático, al que debían vincularse las actuaciones de todas las entidades del Estado. De esa forma, el contenido formal del mandato de igualdad formal fue complementado con una concepción material destinada a la generación de igualdad de oportunidades y la proscripción de la discriminación en el ejercicio de los demás derechos fundamentales (Jiménez Glück, 2004, p. 307). Así, ahora, en el marco del Estado constitucional y democrático, el alcance de la igualdad jurídica adquiere la dimensión de derecho y, a la vez, de principio; como derecho fundamental protege, al menos, tres posiciones *iusfundamentales*: i) el derecho al trato igual, siempre que no exista un motivo razonable y proporcional para exigir un trato diferente; ii) el derecho a la igualdad

de oportunidades, y; iii) la proscripción de la discriminación en el ejercicio y satisfacción de los derechos fundamentales. Como principio, la igualdad y no discriminación establece un mandato general de protección que se proyecta a todo el ordenamiento jurídico.

En ese marco, la Constitución peruana establece que el Perú es una república social y democrática, y reconoce en su artículo 2.º inciso 2, que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Es decir, reconoce el derecho de toda persona a ser tratada igual, siempre que no medie una razón objetiva y razonable que exija un tratamiento jurídico diferenciado; por lo que el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado “que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables” (STC 0048-2004-PI/TC, F.J. 61).

En dicho artículo constitucional también se proscribiera la discriminación, entendida como la proscripción de dar tratamiento jurídico diferenciado sobre la base de una serie de criterios y circunstancias que históricamente han mantenido a determinados grupos de personas en una situación de marginación en el ejercicio de sus derechos<sup>3</sup>. De esa forma, se reconoce a la igualdad y no discriminación como un derecho fundamental, pero también como un principio rector del estado constitucional y democrático, lo que obliga al Estado a respetar la igualdad de trato, pero también a promover la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos fundamentales, a través de la adopción de acciones destinadas a garantizar la equidad. El TC también lo ha entendido en sentido similar al afirmar que “enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal. [...] En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales” (Tribunal Constitucional, 2003a, F. J. 11. En sentido similar: Tribunal Constitucional, 2003b, F. J. 15; 2006, F. J. 2; 2014, FF. JJ. 5-6).

El cumplimiento del principio de igualdad, en ese aspecto, demanda la adopción de medidas que tengan en cuenta “una diferente consideración de los sujetos frente a la ley, en el sentido de que determinadas categorías de sujetos pueden recibir de la ley un tratamiento diferenciado o preferente, en vista a la consecución de particulares finalidades —valores— de justicia social” (Baldassarre, 1994, p. 28). Vale decir, exige una conducta activa por parte del Estado, obligándosele

---

3 De acuerdo con el artículo 1.º de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, la discriminación contra la mujer constituye “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Esta convención fue ratificada por el Perú el 13 de setiembre de 1982.

a orientar su actuación a la consecución de la igualdad entre los individuos que forman parte de la comunidad (Prieto Sanchís, 1998, pp. 81ss). De esa manera, la igualdad como principio cobra especial trascendencia para los grupos o colectivos en situación de vulnerabilidad, en el ejercicio y realización de sus derechos fundamentales, como sucede con las mujeres, las personas con discapacidad, los niños y las niñas, los afrodescendientes, la población LGTBI, los pueblos indígenas, las personas en condiciones de pobreza, entre otros grupos de personas, puesto que la vulnerabilidad, aunque pueda ser parte de la condición humana, tiene, sin duda, una dimensión particular que está condicionada por la realidad social e institucional, por el entorno que permite o no el acceso a ciertos bienes —materiales e inmateriales— que poseemos o podemos controlar (Morondo Taramundi, 2016, pp. 211-214).

La Corte IDH, en atención a las circunstancias de cada caso, ha identificado a algunos de esos colectivos como grupo en situación de vulnerabilidad, considerando que el Estado se “encuentra especialmente obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginación y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio” de derecho, conforme al principio de igualdad (Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010, párr. 205). En el ordenamiento peruano, el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 (PNDH)<sup>4</sup> tiene un lineamiento o eje estratégico de intervención para el diseño y ejecución de políticas a favor de dichos grupos, a los que denomina de especial protección, y que sigue la propuesta de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Este dispositivo identifica a estos grupos como aquellos en los que las personas “no necesariamente han establecido relaciones directas entre sí, pero que están vinculadas por una situación de potencial o real afectación a sus derechos, lo que puede conllevar: i) su sometimiento a un estado de vulnerabilidad temporal o permanente; ii) la necesidad de que se asegure su existencia o la preservación inmediata de su integridad física y mental a través de medidas institucionales; y iii) la sujeción a condiciones de trato desigual y discriminatorio que es resultado del ejercicio de un fenómeno de abuso de poder que puede llegar a considerarse ‘normalizado’ socialmente” (PNDH, 2018, p. 57).

En esa línea, para el caso de las mujeres, como grupo que suele enfrentar circunstancias que les sitúan en condición de vulnerabilidad, este redimensionamiento del derecho-principio de igualdad y no discriminación, como mandato de protección que supera la dimensión individual de la igualdad formal, le brinda una mayor oportunidad de protección, puesto que ampliará “su significado hasta dar cabida en el mismo a la idea de opresión intergrupala [...] basada en categorías analíticas o sistémicas entre las que el sexo-género ocupa un papel determinante” (Barréres y Morondo, 2011, p. 17). Así, no solo comprenderá la proscripción de la discriminación, sino que impondrá al Estado la obligación de adoptar acciones de protección reforzada, para que las mujeres puedan ejercer libre e igualmente sus derechos, requiriendo incluso “fórmulas de desigualdad normativa a fin de eliminar las consecuencias desfavorables que derivan de las diferencias de hecho” (CEPAL 2, 2014, p. 105).

El contenido del derecho a la igualdad y a la no discriminación impone al Estado la obligación de adoptar acciones destinadas a remover los obstáculos de la realidad que impiden, por ejemplo, que tanto hombres como mujeres vean realizados sus derechos de igual forma

4 Decreto Supremo N.º 002-2018-JUS del 30 de enero de 2018.



o que ostenten el mismo estatus jurídico y social<sup>5</sup>. Para el caso de las mujeres, la realización del derecho-principio de igualdad en relación con el ejercicio de sus derechos fundamentales requiere ser complementado con el enfoque de género, puesto que esta categoría nos remite a la realidad y nos permite explicar de mejor manera las atribuciones, exigencias o imposiciones sociales que se articulan en torno al sexo, el cuerpo y la sexualidad de los individuos, y que ha permitido históricamente situar a las mujeres, en situaciones de vulnerabilidad.

En efecto, el cabal cumplimiento del mandato de igualdad y no discriminación debe considerar el enfoque de género para alcanzar su objetivo de eliminar las barreras de la realidad que obstaculizan el ejercicio de derechos por parte de las mujeres. Los mandatos normativos sobre el igual ejercicio y satisfacción de los derechos fundamentales, no se atendería si se dejara de lado que la discriminación contra la mujer obedece a construcciones sociales que han generado tratamientos e imposiciones diferenciados e inequitativos entre hombres y mujeres, los mismos que han sido tolerados y, en el peor de los casos, reforzados por el sistema jurídico. En esa medida, la consideración del enfoque de género en la interpretación y aplicación del derecho supone considerar los aportes provenientes de las ciencias sociales en las que claramente se explica que “los géneros constituyen una emanación de posiciones en una estructura abstracta de relaciones fijada por la experiencia humana acumulada en un tiempo muy largo, que [...] impone al mundo una ordenación jerárquica y contiene la simiente de las relaciones de poder en la sociedad. Los géneros constituirían [...] en caracterizaciones secundarias con los rasgos del hombre y la mujer o con los gestos de la masculinidad y la femineidad” (Segato, 2003, p. 57).

La interpretación y aplicación de las normas en el Estado constitucional no pueden ser ajenas a la estructura social y, por ende, a las prácticas que históricamente han impactado negativamente en el estatus jurídico de las mujeres, y en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Los avances normativos, en cuanto al reconocimiento de derechos, no dan cuenta sobre el carácter igualitario de una sociedad; por el contrario, la realización de los derechos fundamentales demanda que el ámbito normativo, es decir, aquella realidad en la que van a ser aplicadas las normas (Hesse, 1992, pp. 40-44), sea tomado en cuenta. Así, en el caso de las mujeres, el ámbito normativo nos remite a las relaciones existentes entre hombres y mujeres en la sociedad, en donde lo observable “es el mayor o menor grado de opresión de la mujer, el mayor o menor grado de sufrimiento, el mayor o menor grado de autodeterminación, el mayor o menor grado de oportunidades, de libertad, etc., mas no de igualdad, pues esta pertenece al dominio de la estructura, y la estructura que organiza los símbolos, confiriéndoles sentido, no es del orden de lo perceptible” (Segato, 2003, p. 56). Dicho de otro modo, la afirmación jurídica de la igualdad y la política pública destinada a generar igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, debe “contemplar las diferentes condiciones iniciales entre hombres y mujeres en cuanto a socialización, la historia de acumulación masculina del poder, el mantenimiento de la división sexual del trabajo y patrones socioculturales

---

5 Particularmente, los diferentes artículos de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que obliga a los Estados partes a adoptar medidas contra la discriminación, así como aquellas que sean apropiadas para asegurar su pleno desarrollo, el ejercicio y goce de sus derechos y las libertades fundamentales e, incluso, aquellas medidas destinadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres en el ejercicio de sus derechos.

discriminatorios. [...] pues las desigualdades de género están enquistadas en relaciones de poder desde el ámbito de la política hasta el doméstico” (CEPAL, 2014, p. 105).

La práctica del derecho se inserta en una comunidad política que forma parte de un modelo mayor de discriminación o desigualdad estructural, como son las relaciones desiguales de género en las que la “subordinación de la mujer no depende esencialmente de las discriminaciones concretas, particulares, sino de la discriminación estructural que representa la articulación de un modelo global cultural, sociopolítico y normativo patriarcal, tal como ratifica la historia y la tradición, es decir, tal como garantiza la proclamación universal de un único modelo de razón que es la razón masculina” (Suárez Llanos, 2002, p. 62). De ahí que sea correcto afirmar que la situación de vulnerabilidad de las mujeres en cuanto al ejercicio de sus derechos no solo es un problema jurídico, sino también un problema actual que reclama más del derecho y su interpretación. Esta afirmación no busca negar lo avanzado en términos normativos, en cuanto al reconocimiento y protección de la igualdad, la proscripción de la discriminación y la adopción de acciones destinadas a la protección específica de los derechos de las mujeres, pero sí evidenciar lo que falta transitar en relación con la real protección de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, para avanzar en la realización del derecho-principio de igualdad y no discriminación, además del enfoque de género, es imprescindible considerar también el enfoque de interseccionalidad, dado que la injusta desigualdad que afecta a las mujeres en el ejercicio de sus derechos se profundiza si tomamos en consideración variables como la edad, la condición étnica, la situación de pobreza, entre otros factores que evidencian la necesidad de una mirada interseccional de la situación de desigualdad de las mujeres. Vale decir, considerar “aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación” (Rey Martínez, 2017, p. 143), lo que nos permitirá observar que no solo es un tipo específico de discriminación, sino tal vez una más grave, pues nos sitúa frente a la concurrencia de dos o más razones de exclusión histórica, que incide directamente en la dignidad humana. Como apunta el derecho antidiscriminatorio, el análisis de la igualdad y no discriminación de la mujer, desde el enfoque interseccional, también debe tomar en consideración la “realidad social de la que parten estos grupos, así como el impacto de las normas y los efectos de las políticas sobre los mismos; y debe ir necesariamente más allá de una interpretación formalista de la igualdad” (Añón, 2013, pp. 129-131). No se trata de una suma de causas, sino de identidades que se intersectan y que sitúan a un grupo de personas en mayor situación de vulnerabilidad, como primigeniamente lo advirtió Kimberlé Crenshaw en sus trabajos sobre la situación que padecían las mujeres negras en Estados Unidos en atención a las variables interseccas de género, raza y condición económica (Crenshaw, 1989, p. 150ss).

El análisis interseccional pone en evidencia cómo, al interior de un colectivo en situación de vulnerabilidad, la relación entre las variables raza/etnia, género, sexualidad, situación de pobreza, ubicación geográfica y otras interactúan para impactar de manera negativa en el ejercicio y satisfacción de derechos (CEPAL, 2016b, p. 28). Asimismo, puede dar cuenta de situaciones de discriminación estructural o sistémica “fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad”, generando privilegios o ventajas comparativas de ciertos grupos sobre otros (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, párr. 12).

En efecto, la visión interseccional contribuye a dar cuenta de forma más clara la realidad sobre la que se aplican las normas y se diseñan las políticas públicas; vale decir, nos permiten evidenciar la vulnerabilidad dentro de la vulnerabilidad, dado que ambas dan cuenta de las dinámicas de poder y los procesos sociales que suscitan desigualdad e injusticia en las sociedades (Morondo Taramundi, 2016, p. 215). De esta manera, aunque sin hacer explícito el empleo de este enfoque, también lo ha entendido la Corte IDH al analizar los elementos fácticos de casos en los que se han lesionado derechos de niños y niñas, en los que ha señalado que el deber de garantía de los Estados es exigido con mayor intensidad respecto a las niñas; así, en el caso *Veliz Franco vs. Guatemala* consideró que “en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez [...] puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer [...]. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o a la mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial, implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia” (Corte IDH, *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, 2014, párr. 134). Razonamientos similares de la Corte IDH los encontramos en otros casos resueltos previamente; como por ejemplo el *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (Corte IDH, 2005, párr. 134) y el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (Corte IDH, 2009, párr. 408).

En ese marco, el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación en relación con el ejercicio y satisfacción de derechos fundamentales por parte de las mujeres, como grupo en situación de vulnerabilidad, pasa por considerar tanto el enfoque de género cuanto el de interseccionalidad. De ahí que ambos enfoques se encuentren presentes en el análisis sobre el cumplimiento de los diferentes elementos del derecho a la educación en el caso de niñas, adolescentes y mujeres, así como de las brechas de satisfacción y su impacto, como derecho fundamental que “desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer” (STC 01423-2013-PA/TC, F. J. 29).

### **La Protección Nacional e Internacional del Derecho a la Educación: Superando Brechas y Advirtiendo Déficits de Protección de las Mujeres**

El derecho a la educación está vinculado directamente con las condiciones de existencia de las personas e incide en la construcción de su autonomía; en esa medida, su realización tiene especial incidencia en la concretización del derecho-principio de igualdad para las mujeres, como en el grupo en situación de vulnerabilidad. De ahí que el artículo 17.º de la Constitución reconozca las tres garantías básicas de la educación, como son: universalidad, obligatoriedad y gratuidad en instituciones del Estado (Martínez De Pisón, 2003, p. 69). De la incorporación de estas tres garantías se derivan, ciertamente, las prohibiciones y también los mandatos al Estado para que asegure cobertura y calidad del sistema educativo.

En esa línea, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos

respectivos”. A partir de esta disposición, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y, posteriormente, el Pacto de San Salvador reconocen el derecho a la educación como un derecho humano de carácter universal, del que deben gozar, sin discriminación alguna, todas las personas, y cuya realización plena se encuentra sujeta al principio de progresividad<sup>6</sup>.

En el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13.º), se establece que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la educación, y precisa que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. De igual modo indica que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, debe favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos. Con esa finalidad precisa que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, mientras que la enseñanza secundaria debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por lo que la gratuidad debe implementarse progresivamente. De forma similar, el artículo 13.º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales —Pacto de San Salvador— reconoce que toda persona tiene derecho a la educación y que esta debe orientarse a lograr el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad. Para lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación, este tratado internacional también dispone que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, mientras que progresivamente debe asegurarse el acceso gratuito y general a la enseñanza secundaria, así como a la enseñanza superior en base a la capacidad de cada una de las personas.

Asimismo, ambos tratados internacionales establecen que la plena realización del derecho a la educación se encuentra sujeta al principio de progresividad debido a que la “plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1999, párr. 9). A consecuencia de este principio los Estados tienen la obligación de adoptar, en un plazo razonable, medidas deliberadas, concretas y orientadas a lograr la plena satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la educación; a partir del mencionado principio se exige que toda medida de carácter regresivo, respecto a la satisfacción de los derechos sociales, sea adoptada luego de una adecuada evaluación y que su justificación esté relacionada con la protección de la totalidad de los derechos reconocidos en el tratado internacional, así como

6 Sobre el principio de progresividad, el artículo 2.1 del Pacto señala que: “Cada uno de los Estados Partes del presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocido [...]”

En esa misma línea, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales señala: “Artículo 1.º Los Estados Partes del presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, *a fin de lograr progresivamente*, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”. (El énfasis es nuestro).

en el contexto del máximo aprovechamiento de los recursos de que disponga cada Estado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1990, párrs. 3 y 9).

No obstante, si bien el criterio de progresividad supone reconocer las limitaciones presupuestales que pueden tener los Estados en cuanto a recursos disponibles, el reconocimiento del derecho a la educación sí impone diversas obligaciones de efecto inmediato. El derecho a la educación establece que los Estados desarrollen actividades regulares y continuas para satisfacer los distintos elementos mínimos del derecho a la educación, debiendo emplear hasta el máximo de los recursos a su disposición (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1999, párr. 43). Asimismo, si un Estado adopta medidas regresivas respecto de los niveles de realización del derecho a la educación, debe demostrar que la decisión se justifica en relación con la totalidad de los derechos fundamentales y en el contexto de aprovechamiento máximo de los recursos disponibles (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 45).

El reconocimiento del derecho a la educación por parte del Estado lo obliga a cumplir con prestaciones, pero también, como sucede con otros derechos humanos, se encuentra obligado a respetarlo, protegerlo y garantizarlo (Abramovich y Curtis, 2002, pp. 29-31). De esa forma, la obligación de respeto demandará que el Estado no entorpezca o imposibilite el disfrute del derecho a la educación; mientras que obligación de proteger, impone al Estado la adopción de medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros. Finalmente, la obligación de garantizar exigirá al Estado adoptar medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párrs. 46-47).

El carácter progresivo de las obligaciones que se derivan de los derechos sociales, no libera a los Estados del deber de cumplir con los niveles mínimos o básicos de satisfacción de estos derechos; porque estos niveles mínimos son exigibles de forma inmediata a los Estados y no se encuentran sujetos al principio de progresividad. Así, de acuerdo con la Observación General 20 se menciona que “la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto [...] los Estados partes garantizarán el ejercicio de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2009, párr. 7), y considerando lo sostenido en la Observación General N.º 13 es posible afirmar que esta obligación inmediata trasciende el elemento de accesibilidad del derecho a la educación, resultando aplicable a aspectos concernientes a los otros elementos (disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad).

De igual modo, el mandato previsto en el artículo 13º del Protocolo de San Salvador, que dispone que la educación deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz, no debería entenderse sujeto al principio de progresividad, debiendo orientarse a capacitar a todas las personas para participar, efectivamente, en una sociedad democrática y pluralista, así como darle los medios para lograr una subsistencia digna y favorecer la comprensión, la tolerancia entre las naciones y todos los grupos raciales étnicos o religiosos. Esta disposición, además, densifica y concreta la regla establecida en el artículo 14 de la Constitución que indica que “La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorios en todo proceso educativo civil y militar”. Esto debido a que el cumplimiento de este mandato y su incorporación en los

programas o currículos educativos, en particular, de los niveles educativos obligatorios como son el inicial, primaria y secundaria<sup>7</sup>, no deben suponer un costo financiero para los Estados, dado que se encuentran directamente vinculados con la forma en que el principio de igualdad y no discriminación y otros derechos humanos deben ingresar a la escuela y formar parte de los procesos de enseñanza-aprendizaje, para la construcción de una sociedad democrática.

La protección del derecho fundamental a la educación en el Perú, en esa medida, se conforma tanto de normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos cuanto de las normas constitucionales, que en conjunto permiten identificar el contenido y los elementos que conforman el derecho a la educación, lo que constituye un bloque de protección que incorpora también las interpretaciones que, sobre el Pacto Internacional del Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, todavía de manera inicial, la Corte IDH<sup>8</sup>. Esta última, además, ha constituido el principal referente del TC peruano para brindar protección al derecho a la educación. Así, al amparo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dicho colegiado ha acogido en su jurisprudencia los criterios desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre los elementos esenciales del proceso educativo; en particular, ha afirmado que la educación debe tener cuatro características fundamentales que se encuentran interrelacionadas, como son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad (Tribunal Constitucional, 2005b, F. J. 6; 2005c, F. J. 16; 2007b, F. J. 32).

Precisamente en los siguientes párrafos no solo veremos el contenido de cada uno de estos cuatro elementos, sino también cómo han evolucionado en relación con el derecho-principio de igualdad y no discriminación. Para el examen de los dos primeros elementos: disponibilidad y accesibilidad, se empleará la estadística oficial elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) del país. A partir de los datos estadísticos se podrá advertir las brechas existentes entre hombres y mujeres, empleando en el análisis los enfoques de género y de interseccionalidad.

### **Accesibilidad y Permanencia**

Dos elementos esenciales del derecho a la educación son el acceso y la permanencia en el sistema educativo; en relación con ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la accesibilidad garantiza tanto la cobertura educativa como el acceso en sentido estricto, proscribiéndose los requisitos de admisibilidad a los centros educativos que contengan criterios discriminatorios. En tal sentido, “los centros escolares, tanto públicos como privados, deben proscribir los criterios de admisión irrazonables o desproporcionados, pues afectan de manera directa el derecho a la educación de los menores [en consecuencia] frente a una negación de la entidad educativa de admitir a un escolar cabe analizar si las razones que la

7 La obligatoriedad de estos niveles educativos se desprende del artículo 17 de la Constitución peruana y del artículo 13 numeral 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San Salvador.

8 Al respecto, cabe mencionar el Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, que es el primer caso en que la Corte IDH acoge de forma expresa la protección del derecho a la educación, e identifica su relevancia para enfatizar en el elemento esencial de la adaptabilidad. Asimismo, resulta importante mencionar el Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* en el que la Corte IDH analiza la dimensión material del derecho a la vida —vida digna— del pueblo indígena en relación con el derecho a la educación, considerándolo uno de los pilares fundamentales de la vida digna (Corte IDH, 2010, párr. 215).

sustentan son conformes con la Constitución” (Tribunal Constitucional, 2007b, F. J. 18). La accesibilidad exige que las instituciones y los programas de enseñanza sean accesibles a todos, sin discriminación alguna; por lo que puede ser entendido en tres dimensiones: i) el respeto al mandato de no discriminación, en especial respecto a los grupos más vulnerables; ii) la accesibilidad material en términos geográficos o de tecnología, y; iii) la accesibilidad económica referida a la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza que, como se ha indicado, son características reconocidas expresamente en la Constitución. De ahí que los elementos mínimos de este aspecto de la educación se afectarían si, por ejemplo, el Estado permite que los padres dejen de enviar a las niñas a la escuela, o si les impusiera la obligación de llevar un uniforme costoso para asistir a los centros educativos, o si se impusieran tasas de matrícula u otros pagos que resulten manifiestamente excesivos para la realidad (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1999, párr. 50).

En relación con la accesibilidad, en los últimos años el Perú ha mejorado respecto a la inserción de las niñas y adolescentes en el sistema educativo, y en esa medida, la satisfacción de este elemento del derecho a la educación. De esa forma, en consonancia con la tendencia que existe en América Latina, evidencia grandes avances en torno a la matrícula en los diferentes niveles educativos, aunque este avance se ve matizado en relación con el nivel socioeconómico de los hogares (CEPAL, 2016b, p. 35), que en el caso del Perú nos remite a considerar si los hogares se sitúan en la zona urbana o rural del país, dado que en el ámbito rural existen los mayores niveles de pobreza<sup>9</sup>.

Así, a manera de ejemplo, presentamos las estadísticas de matrícula de los niveles primaria y secundaria del 2007 al 2017, las cuales muestran que la tasa neta de matrícula escolar en educación primaria de niños y niñas en el Perú alcanzó la paridad, pudiendo afirmarse que casi la totalidad de niños y niñas, en el rango de edad de 6 a 11 años, se integraban en el sistema educativo. En efecto, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), para el año 2017 se ha eliminado la brecha de género en la matrícula escolar en educación primaria, tanto en el ámbito urbano como en el rural. De esa forma, la intersección entre el factor género y el ámbito geográfico (área de residencia) no producen una limitación para el acceso a la educación en el nivel primario (INEI, 2018, p. 35). Tal como se verifica en el siguiente cuadro:

---

9 Por ejemplo, en el caso de la pobreza monetaria —que comprende a las personas que habitan hogares cuyo gasto *per cápita* es insuficiente para adquirir una canasta básica de alimentos y no alimentos— “afectó más a los residentes del área rural, que incidió en el 44,4% de su población, siendo tres veces más que en el área urbana (15,1%). En el caso de la pobreza extrema —que comprende a las personas que pertenecen a hogares cuyo gasto *per cápita* es inferior al costo de la canasta básica de alimentos— afectó “al 12,8% de la población del área rural, mientras que en el área urbana al 1,2%” de la población. Instituto Nacional de Estadísticas (INEI). “Evolución de la Pobreza Monetaria 2007-2017”. Informe Técnico. Lima: 2018, pp. 42-49.



**Cuadro N° 1.** Perú: tasa bruta y neta de matrícula escolar de la población de 6 a 11 años de edad, según sexo y área de residencia, 2007 - 2017 (*Porcentaje del total de población de 6 a 11 años de cada área*)

Sexo/ Tasa u Área residencia	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
<b>Niño</b>											
Tasa bruta	98,8	98,4	99,0	98,3	98,9	98,7	99,2	99,2	99,1	99,2	99,4
Tasa Neta	94,2	94,1	94,9	93,7	93,7	92,8	92,2	92,6	91,6	91,2	92,3
<b>Área de residencia</b>											
<b>Urbana</b>											
Tasa bruta	99,4	98,8	99,1	98,3	99,0	99,0	99,4	99,4	99,2	99,1	99,4
Tasa neta	94,4	94,0	94,5	93,7	93,0	92,9	91,7	92,9	91,2	90,7	91,9
<b>Rural</b>											
Tasa bruta	97,6	97,5	98,8	98,3	98,8	98,0	98,7	98,7	99,0	99,3	99,2
Tasa neta	94,0	94,2	95,6	93,8	95,2	92,7	93,6	91,9	92,6	92,4	93,3
<b>Niña</b>											
Tasa bruta	98,4	98,3	98,4	98,8	98,8	99,0	99,1	99,2	99,1	99,2	99,5
Tasa neta	93,5	94,0	93,8	93,8	93,4	92,9	93,2	91,7	91,3	91,7	92,0
<b>Área de residencia</b>											
<b>Urbana</b>											
Tasa bruta	99,0	99,1	98,8	99,1	99,1	99,3	99,2	99,3	99,1	99,3	99,6
Tasa neta	93,7	94,8	93,4	93,8	93,2	92,5	92,8	91,4	90,7	91,8	91,4
<b>Rural</b>											
Tasa bruta	97,2	96,9	97,5	98,2	98,3	98,1	98,7	98,7	99,0	98,9	99,3
Tasa neta	93,3	92,6	94,5	94,0	93,9	93,9	94,1	92,3	92,6	91,4	93,4

**Tasa bruta de matrícula escolar** se refiere a la matrícula de la población de 6 a 11 años de edad a algún grado del Sistema de Enseñanza Regular, respecto de la población del mismo grupo de edad, se expresa en porcentaje

**Tasa neta de matrícula escolar** se refiere a la matrícula de la población de 6 a 11 años de edad a educación secundaria, respecto de la población del mismo grupo de edad, se expresa en porcentaje

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Hogares.



Sin embargo, en lo que atañe a la educación secundaria, si bien del 2007 al 2017 la matrícula femenina se ha incrementado tanto en el ámbito urbano como en el rural, subsiste la brecha de género entre alumnas y alumnos, y esta brecha se profundiza cuando se trata de alumnas en el ámbito rural (INEI, 2018, p. 38). De esa forma, como se aprecia en el siguiente cuadro, la igualdad de oportunidades de las adolescentes rurales se limita en relación con sus pares de las ciudades; así, desde el punto de vista interseccional, se acentúa su nivel de vulnerabilidad de aquellas jóvenes, puesto que se ven excluidas del sistema educativo.

**Cuadro N° 2.** Perú: tasa bruta y neta de matrícula a educación secundaria de la población de 12 a 16 años de edad, según sexo y área de residencia, 2007 - 2017 (*Porcentaje del total de población de 6 a 11 años de cada área*)

Sexo/ Tasa u Área residencia	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
<b>Hombre</b>											
Tasa bruta	91,2	91,2	92,3	93,1	92,4	93,1	93,3	93,4	94,5	95,2	96,2
Tasa Neta	75,8	75,2	77,7	78,0	78,6	82,1	81,0	82,5	84,0	84,1	85,3
<b>Área de residencia</b>											
<b>Urbana</b>											
Tasa bruta	93,4	93,2	94,7	94,2	93,6	94,7	94,1	93,9	95,0	95,8	96,5
Tasa neta	81,9	81,6	84,5	82,8	83,4	87,0	85,6	86,1	87,1	87,0	87,3
<b>Rural</b>											
Tasa bruta	87,0	87,4	87,7	90,7	89,9	89,7	91,7	92,1	93,4	93,9	95,4
Tasa neta	63,6	63,3	64,8	68,2	69,0	71,9	71,8	74,6	77,0	77,5	80,4
<b>Mujer</b>											
Tasa bruta	89,6	89,9	90,8	91,7	93,1	93,3	92,9	93,8	94,3	93,9	94,4
Tasa neta	74,9	75,8	77,3	79,0	80,6	81,6	82,6	83,8	84,2	83,0	84,4

Área de residencia											
Urbana											
Tasa bruta	93,1	92,9	93,4	93,9	95,1	95,4	94,3	94,9	95,3	95,2	94,7
Tasa neta	81,7	82,6	83,4	85,3	86,2	86,7	87,3	88,1	87,8	86,2	86,9
Rural											
Tasa bruta	83,0	83,8	85,8	87,2	89,1	89,1	89,8	91,4	91,7	90,8	93,6
Tasa neta	62,0	62,3	65,2	66,1	69,0	71,1	72,1	74,1	76,0	75,8	78,3

**Tasa bruta de matrícula escolar** se refiere a la matrícula de la población de 12 a 16 años de edad a algún grado del Sistema de Enseñanza Regular, respecto de la población del mismo grupo de edad, se expresa en porcentaje

**Tasa neta de matrícula escolar** se refiere a la matrícula de la población de 12 a 16 años de edad a educación secundaria, respecto de la población del mismo grupo de edad, se expresa en porcentaje

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Hogares.

La permanencia en el sistema educativo es la otra cara de la moneda de la accesibilidad, puesto que la mayor permanencia en el sistema educativo debe brindar a las personas mayores capacidades para elevar su nivel de autonomía; así, el TC peruano en más de una oportunidad le ha brindado protección, afirmando que las personas no pueden ser separadas de un centro educativo por motivos que no guarden relación con el principio de proporcionalidad. Asimismo, ha indicado que esta garantía no exime al estudiante de cumplir un régimen disciplinario al interior de la escuela que sea conforme a dicho principio (Tribunal Constitucional, 2007b, FF. JJ. 19-20). La posición *iusfundamental* de permanecer en el sistema educativo tampoco exonera a los estudiantes de cumplir con sus obligaciones académicas y administrativas (Tribunal Constitucional, 2015a, FF. JJ. 6 y 8). Sin embargo, en el Perú, la permanencia en el sistema educativo demanda del Estado no solo el examen de los casos concretos de lesión individual del principio de igualdad y no discriminación, sino la adopción de medidas que garanticen la mayor permanencia de las jóvenes a nivel de educación secundaria, donde, a pesar de los avances, siguen existiendo brechas de género y lugar de residencia.

En ese marco, en el año 2017, mientras la tasa neta de asistencia a educación secundaria de los jóvenes entre 12 y 16 años fue de 84,4% y la tasa neta de las adolescentes en el Perú fue de 83,3%. Sin embargo, esta diferencia se acrecienta en el área rural, donde los hombres obtienen 79,6% de tasa de asistencia y las mujeres 77,2% (INEL, 2018, p. 57).

**Cuadro N° 3.** Perú: tasa bruta y neta de matrícula escolar de la población de 6 a 11 años de edad, según sexo y área de residencia, 2007 - 2017 (*Porcentaje del total de población de 12 a 16 años de cada área*)

Área de residencia /Sexo	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
<b>Hombre</b>											
Tasa bruta 1/ Tasa Neta 2/	90,2 75,8	89,9 75,2	90,9 77,7	91,2 78,0	91,4 78,6	90,7 80,4	92,3 80,2	92,6 81,8	93,5 83,1	94,4 83,5	95,1 84,4
<b>Área de residencia</b>											
<b>Urbana</b>											
Tasa bruta 1/ Tasa neta 2/	92,3 81,9	92,3 81,6	93,2 84,5	92,3 82,8	92,7 83,4	92,3 85,2	93,1 84,7	93,2 85,4	94,1 86,3	94,9 86,4	95,3 86,4
<b>Rural</b>											
Tasa bruta 1/ Tasa neta 2/	86,0 63,6	85,5 63,3	86,4 64,8	88,8 68,2	88,6 69,1	87,5 70,1	90,7 71,1	91,5 74,1	92,1 76,0	93,2 77,0	94,5 79,6
<b>Mujer</b>											
Tasa bruta 1/ Tasa neta 2/	88,2 74,9	88,7 75,8	89,7 77,3	90,3 79,0	91,6 80,6	91,7 80,3	92,1 81,9	92,7 82,8	93,6 83,8	93,1 82,4	93,2 83,3
<b>Área de residencia</b>											
<b>Urbana</b>											
Tasa bruta 1/ Tasa neta 2/	91,7 81,7	91,8 82,6	92,4 83,4	92,6 85,3	93,8 85,3	93,8 86,2	93,6 86,6	93,8 87,2	94,7 87,3	94,5 85,6	93,6 85,8
<b>Rural</b>											
Tasa bruta 1/ Tasa neta 2/	81,5 62,0	82,5 62,3	84,4 65,2	85,6 66,1	87,6 69,0	87,2 69,7	88,8 71,4	90,3 73,2	91,0 75,5	90,1 75,2	92,4 77,2

**Nota:** En el año 2015, debido al fenómeno El Niño, el MINEDU dispuso que el cierre del año escolar se programe para el 30 de Noviembre, por lo que el cálculo de la tasa de asistencia escolar, se consideró desde el mes de Abril a Noviembre del 2015

1/ **Tasa bruta de matrícula escolar** se refiere a la asistencia de la población de 6 a 11 años de edad a algún grado escolar, respecto de la población del mismo grupo de edad, se expresa en porcentaje

2/ **Tasa neta de matrícula escolar** se refiere a la población de 6 a 11 años de edad a educación primaria, respecto de la población del mismo grupo de edad, se expresa en porcentaje

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Hogares.

La brecha indicada en el cuadro 3, evidencia cómo la intersección de las variables género y pobreza rural condiciona la permanencia de las jóvenes en el sistema educativo. Se trata, además, de información que se complementa al examinar las estadísticas referidas a la deserción escolar; en particular, la tasa de deserción acumulada en adolescentes entre los 13 y 19 años, tal como se muestra en los siguientes cuadros:

**Cuadro N° 4.**

<b>Tasa de deserción acumulada, secundaria (% de edades 13-19 con secundaria incompleta)</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>
PERÚ	7.2	6.3
<b>Sexo</b>		
Femenino	7.8	6.7
Masculino	6.7	5.9
<b>Área de residencia y sexo</b>		
<b>Urbana</b>	7.2	6.5
Femenino	7.5	6.4
Maculino	7.0	6.5
<b>Rural</b>	7.2	5.7
Femenino	<b>8.6</b>	<b>7.3</b>
Masculino	<b>6.0</b>	<b>4.4</b>

Fuente: INEI. Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017.

**Cuadro N° 5.**

<b>Tasa de deserción acumulada, educación básica(% de edades 13-19 con básica incompleta)</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>
PERÚ	11.9	10.4
Femenino	13.2	11.3
Masculino	10.7	9.6
<b>Área de residencia y sexo</b>		
<b>Urbana</b>	9.8	9.2
Femenino	10.5	9.2
Maculino	7.0	9.1
<b>Rural</b>	16.1	13.0
Femenino	<b>18.5</b>	<b>16.0</b>
Masculino	<b>13.8</b>	<b>10.5</b>

Fuente: INEI. Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017.

En ambos cuadros, como se evidencia, el mayor nivel de deserción escolar se produce en las jóvenes y, particularmente, en aquellas que viven en el ámbito rural donde, como hemos indicado, existe los mayores niveles de pobreza en el país. Esta información sobre la deserción escolar se explica también al revisar cuáles fueron las causas que manifiestan los y las jóvenes para dejar el sistema educativo. Como veremos en el cuadro 6, las razones que mayoritariamente indican las jóvenes están vinculadas al cumplimiento de obligaciones que se enmarcan dentro del rol de género que las mujeres tienen asignadas socialmente, como son los quehaceres del hogar. En cambio, las razones que señalan los varones, como son problemas económicos pueden relacionarse con el rol de proveedor de recursos económicos al interior del hogar. De esta forma, la permanencia en el sistema educativo de las jóvenes se relaciona con prejuicios de género que afectan, sobre todo, a las jóvenes pobres que viven en las zonas rurales.

**Cuadro N° 6.** Distribución porcentual de las personas con edades 13-19 que no han terminado un nivel o etapa educativa y no se encuentran matriculadas en ninguna institución educativa por diferentes razones de no matrícula 2019)

Problemas económicos	Problemas familiares	Se dedica a quehaceres del hogar	No quiso estudiar	No hay centro educativo	Otra	Problemas económicos	Problemas familiares	Se dedica a quehaceres del hogar	No quiso estudiar	No hay centro educativo	Otra
PERÚ	43.0	13.8	13.7	22.3	2.2	5.1	14.0	17.3	20.9	1.3	5.5
<b>Sexo</b>											
Femenino	30.6	19.2	24.5	17.8	2.3	5.6	18.9	31.5	13.1	1.3	6.1
Masculino	56.4	7.9	1.9	27.2	2.1	4.5	8.8	2.6	29.1	1.3	5.0
<b>Área de residencia y sexo</b>											
Urbana	52.1	12.8	15.9	12.8	0.0	6.4	43.6	14.4	16.9	...	7.3
Femenino	38.1	18.7	28.7	7.2	0.0	7.3	30.2	19.9	8.1	...	8.7
Masculino	66.1	6.9	3.2	18.4	0.0	5.5	55.7	9.4	24.9	...	6.0
Rural	31.7	15.0	11.0	34.0	4.8	3.5	36.9	13.4	26.9	3.3	3.0
Femenino	22.4	19.7	19.8	29.6	4.8	3.7	27.7	17.7	19.3	3.0	3.0
Masculino	43.1	9.2	0.3	39.3	4.9	3.0	48.8	0.2	36.6	3.6	3.0

Fuente: INEI. Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017.

Es imposible negar los avances en cuanto a la accesibilidad como elemento esencial del derecho a la educación en el país; no obstante, las cifras también evidencian las brechas subsistentes, las mismas que para ser superadas requieren de políticas que se orienten a realizar el derecho-principio de igualdad, pero considerando en su diseño y aplicación los enfoques de género e interseccionalidad, porque la condición de mujer y, además, de vivir en la pobreza rural suponen un nivel de vulnerabilidad que debe ser considerado.

### **Disponibilidad**

La disponibilidad como elemento de satisfacción del derecho a la educación, demanda al Estado la obligación de asegurar la cantidad suficiente de instituciones y programas de enseñanza en relación con el número de población y extensión territorial de cada Estado. También forma parte de este elemento, que los centros educativos estén dotados de docentes calificados, de material educativo de calidad y de servicios sanitarios. Y si bien la plena satisfacción de este componente del derecho a la educación está sujeta al principio de progresividad, también se desprenden del mismo posiciones *iusfundamentales* mínimas que no están sujetas a dicho principio y que se lesionan, por ejemplo, cuando se cierran de forma arbitraria escuelas privadas o se impide que se creen escuelas privadas en zonas donde no existe o existe limitada oferta de programas educativos, o no se dota a las escuelas de infraestructura educativa adecuada (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 50).

Un indicador vinculado a este elemento del derecho a la educación es la tasa de analfabetismo, pues da cuenta del porcentaje de personas que no han podido acceder a los niveles educativos que les permitan desarrollar sus capacidades para leer y escribir, sea por razones socioeconómicas —también vinculadas al elemento de accesibilidad— o por déficits en cuanto a la cantidad y suficiencia de centros y programas educativos disponibles para la población del Perú.

En ese marco, considerando la situación de vulnerabilidad de las mujeres, todavía puede afirmarse que en el Perú del 2007 al 2017, el analfabetismo ha mantenido su rostro femenino (INEI, 2018, p. 112), tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

**Cuadro N° 7.** Perú: tasa de analfabetismo de la población de 15 y más años de edad, según sexo, 2007-2017 (*Porcentaje del total de la población de 15 y más años de edad, de cada sexo*)

Sexo	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Total	8,5	8,2	7,6	7,4	7,1	6,2	6,2	6,3	6,0	5,9	5,9
Hombre	4,2	4,1	3,7	3,6	3,8	3,1	3,1	3,1	3,0	2,9	3,0
Mujer	12,8	12,4	11,7	11,3	10,5	9,3	9,3	9,6	9,0	9,0	8,7

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Hogares.

Ciertamente, año tras año, la tasa de analfabetismo ha ido disminuyendo, pero persiste en porcentajes más elevados cuando se trata de personas adultas mayores, y se profundiza en el caso de las mujeres. Así, el analfabetismo como problema del elemento disponibilidad del derecho a la educación, constituye un problema que afecta en mayor medida a mujeres mayores de 40 años y se profundiza en el caso de mujeres mayores de 60 años (INEI, 2018, p. 113), tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

**Cuadro N° 8.** Perú: tasa de analfabetismo de la población de 15 y más años de edad, según sexo y grupo de edad, 2007-2017 (*Porcentaje del total de la población de 15 y más años de edad, de cada sexo*)

Sexo/ Grupo de edad	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
<b>Total</b>	8,5	8,2	7,6	7,4	7,1	6,2	6,2	6,3	6,0	5,9	5,9
15-19	2,2	1,9	1,4	1,4	1,4	1,1	0,9	0,8	0,7	0,9	0,6
20-29	3,1	3,0	2,5	2,5	2,3	1,9	1,9	1,8	1,7	1,7	1,8
30-39	5,4	5,3	4,5	4,5	4,6	4,2	3,9	4,1	3,6	3,6	4,0
40-49	8,7	8,3	7,8	7,3	7,0	5,9	6,0	6,0	5,6	5,9	5,3
50-59	13,1	12,8	12,3	12,3	9,9	8,5	8,6	8,7	8,4	7,9	7,9
60- y más	28,1	27,5	26,2	26,2	24,4	21,2	21,0	21,1	20,1	19,2	18,4
<b>Hombre</b>	4,2	4,1	3,7	3,6	3,8	3,1	3,1	3,1	3,0	2,9	3,0
15-19	1,7	1,9	1,0	1,1	1,3	1,1	1,0	0,7	0,7	0,9	0,6
20-29	2,2	1,9	1,8	1,5	1,7	1,5	1,5	1,4	1,3	1,2	1,2
30-39	2,7	2,8	2,5	2,6	2,7	2,4	2,3	2,4	2,1	2,4	2,5
40-49	4,5	4,0	3,8	3,8	3,6	3,0	3,2	3,0	3,2	3,0	3,1
50-59	4,8	5,2	4,9	4,3	4,4	3,6	3,6	3,4	3,8	3,3	3,4



60- y más	13,7	13,4	12,1	12,0	12,5	9,3	9,3	9,4	9,1	8,2	8,2
<b>Mujer</b>	<b>12,8</b>	<b>12,4</b>	<b>11,7</b>	<b>11,3</b>	<b>10,5</b>	<b>9,3</b>	<b>9,3</b>	<b>9,6</b>	<b>9,0</b>	<b>9,0</b>	<b>8,7</b>
15-19	2,6	1,9	1,8	1,7	1,4	1,1	0,8	0,9	0,8	0,9	0,7
20-29	4,2	4,2	3,3	3,6	2,9	2,3	2,3	2,3	2,1	2,2	2,3
30-39	8,2	7,7	6,5	6,4	6,6	6,0	5,5	5,7	5,2	5,0	5,5
40-49	13,0	12,7	11,9	10,9	10,4	8,8	8,8	8,9	8,1	8,9	7,5
50-59	21,2	20,2	19,4	17,8	15,2	13,1	13,4	13,8	13,1	12,3	12,4
60- y más	41,1	40,0	38,5	37,6	35,5	32,4	31,7	31,6	29,9	29,3	27,5

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Hogares.

Estas cifras ponen en evidencia la estrecha relación entre la realización del derecho a la educación y la necesidad de interpretar el derecho-principio de igualdad y no discriminación, considerando la dimensión social o grupal determinada por más de una indicación, como puede ser el género, la edad, el ámbito geográfico, entre otras (CEPAL, 2016b, p. 20). Vale decir, considerando variables que se interceptan.

Al analizar y dar solución de un caso ocurrido en el departamento de Amazonas, que ocupa el décimo octavo puesto en tasa de analfabetismo en el país (INEI, 2018, p. 115), el TC tuvo también la oportunidad de pronunciarse respecto al elemento de disponibilidad en relación con algunas de las variables que determinan la situación de vulnerabilidad o discriminación de las personas. En dicho caso se advirtieron los graves déficits del sistema educativo peruano en el ámbito rural en relación con los componentes de disponibilidad y accesibilidad del derecho a la educación de las personas que viven en condiciones de pobreza extrema; así, frente a los hechos del caso, el mencionado Tribunal declaró “un estado de cosas inconstitucional en el caso de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de tales personas de extrema pobreza del ámbito rural”. Asimismo, en atención a dicha declaración, y de cara a superar la insuficiente protección del derecho a la educación, ordenó al “Ministerio de Educación: a) diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que en un plazo máximo de cuatro años, que vencería el 28 de julio de 2021, año del bicentenario, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad, de extrema pobreza del ámbito rural, empezando por los departamentos de Cajamarca, Amazonas, Ayacucho y Huancavelica; c) disponer que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, pueda realizar las gestiones pertinentes que tiendan al aseguramiento de dicho plan de acción, y d) ordenar al Ministerio de Educación informe al Tribunal Constitucional, cada 6 meses, el avance de lo aquí dispuesto” (Tribunal Constitucional 2017, F. J. 75).

De esa forma, este importante fallo del TC se orienta a dar cumplimiento de los diferentes elementos del derecho a la educación, adoptando para ello la forma de una sentencia estructural. Sin embargo, resulta paradójico que tratándose de un caso sobre la protección del derecho a la educación de dos mujeres jóvenes que, pese a haber cumplido la mayoría de edad, pidieron acceder a la educación básica en el nivel secundario; el estado de cosas inconstitucional sobre la disponibilidad y accesibilidad en condiciones de igualdad solo se haya declarado de manera general, sin reparar que tal estado se presenta de forma más gravosa para las mujeres pobres que viven en el ámbito rural del país.

En los fundamentos de la sentencia, el TC argumenta cómo el acceso y la disponibilidad de la educación en condiciones de igualdad, como el derecho humano de las mujeres, reconocido en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos y la propia Constitución, es un elemento indispensable para garantizar la autonomía de las mujeres, así como para modificar patrones socioculturales y eliminar prejuicios que propicien su discriminación (Tribunal Constitucional, 2017, FF. JJ. 33-36). Asimismo, afirma la obligación del Estado de “remover los obstáculos históricos que han mantenido y mantienen aún en posiciones desventajosas respecto al resto de la sociedad e incluso en situaciones de desigualdad a varios grupos vulnerables entre los que se encuentran las niñas y adolescentes que intentan acceder a la educación rural” (Tribunal Constitucional, 2017, F. J. 58). De esa forma enuncia el enfoque de género en los fundamentos del caso; empero dicho enfoque no fue empleado en todo el fallo que repara y protege la dimensión individual de los derechos afectados, ordenando que las jóvenes demandantes sean matriculadas en la institución educativa que las rechazó, mas no repara en cómo el estado de cosas inconstitucional afecta de modo más gravoso. Para ello hubiese sido necesario aplicar los enfoques de género y de interseccionalidad; el primero, para evidenciar que las mujeres acceden, pero no necesariamente logran permanecer en el sistema educativo peruano. El segundo, en cambio, para dar cuenta de que la no permanencia de las mujeres y el paso del tiempo disminuye la disponibilidad de las instituciones educativas, sobre todo en las zonas rurales que presentan mayores índices de pobreza. La edad y la pobreza constituyen las variables que se intersectan con la condición de mujer para argumentar el mayor grado de vulnerabilidad de las mujeres en el estado de cosas inconstitucional, así como se ve la necesidad de que en el fallo se establezcan disposiciones específicas respecto a las niñas, adolescentes, jóvenes y mujeres en extrema pobreza del ámbito rural del Perú.

De otro lado, cabe indicar que los déficits existentes en materia de disponibilidad y los que veremos enseguida en materia de aceptabilidad, configuran una lesión del derecho a la educación por la “violación de la prohibición de insuficiencia en la protección de un derecho fundamental”, pues la regulación y los recursos que hacen posible sus elementos mínimos, no sujetos al principio de progresividad, vienen siendo dados de “manera insuficiente o defectuosa” (Clérico, 2011, p. 179).

### **Aceptabilidad**

El tercer elemento del derecho a la educación lo constituye la aceptabilidad, entendida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como la exigencia de que los programas de estudio y los métodos de enseñanza sean pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad. Asimismo, el diseño de dichos programas debe obedecer a los objetivos y fines de la educación previstos en la Constitución y el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, como son el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz; debiendo orientarse a capacitar a todas las personas para participar de forma igual y autónoma en una sociedad democrática y pluralista, así como brindarle los medios para lograr una subsistencia digna, favoreciendo la comprensión y la tolerancia entre las naciones y todos los grupos raciales étnicos o religiosos. En esa línea, el Tribunal Constitucional peruano ha vinculado este elemento del derecho a la educación con la calidad educativa, la misma que se encuentra referida, tanto a asegurar el desarrollo cognitivo del educando como a la promoción de actitudes y valores de carácter cívico (Tribunal Constitucional, 2007b, FF. JJ. 22-23).

En consecuencia, se vulnerarían los elementos mínimos de esta dimensión del derecho a la educación si el Estado impusieran un sistema educativo en lengua distinta a la predominante en determinada zona del país, o si los contenidos de los programas educativos no tuvieran como referente el medio y la cultura de la comunidad o pueblo indígena, o si la escuela promoviera prácticas que denoten intolerancia a la diversidad cultural, social y de género. Precisamente en este marco se inscribe el proceso de acción popular en el que se discute la inconstitucionalidad de la Resolución Ministerial N.º 281-2016-MINEDU, mediante la cual se aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, que incorpora el enfoque transversal de igualdad de género en el perfil de egreso, como directriz de actuación en la prestación del servicio educativo en nivel básico (MINEDU, 2016, p. 23).

En efecto, la incorporación del enfoque transversal de igualdad de género ha sido cuestionado en cuanto a su constitucionalidad por agrupaciones de padres y madres de familia que consideran que se está lesionando su derecho a escoger y participar de la educación de sus hijos e hijas (Sentencia de Primera Instancia del Expediente 00011-2017-0-1801-SP-CI-01, FF. JJ. 2-10). Este cuestionamiento a la constitucionalidad del Currículo Nacional de la Educación Básica, considera cuestionar el propio contenido del derecho a la igualdad y no discriminación en relación con el componente de la aceptabilidad, así como las obligaciones internacionales suscritas por el Estado peruano.

La adopción del enfoque de igualdad de género supone incorporar en los programas educativos, materiales y acciones destinadas a cambiar, desde la escuela y en los procesos de aprendizajes, patrones culturales que propician la marginación y la violencia contra las mujeres y otros colectivos en situación de vulnerabilidad, como el LGTBI. En esa medida, es una decisión de política pública cumplir con las obligaciones derivadas de tratados internacionales que el Perú ha suscrito en materia de derechos humanos, así como avanzar en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS); en particular, con el Objetivo 4 (“lograr una educación de calidad, inclusiva y equitativa”) y el Objetivo 5, que tiene como fin “lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las niñas y mujeres”.

No obstante lo anterior, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia declaró fundada, en parte, la demanda en primera instancia y, posteriormente, brindó una medida cautelar a favor de los demandados para suspender la aplicación de dicho enfoque para el año 2018 y en lo que va del año 2019. En particular, ordenó “SUSPENDER la eficacia de la Resolución Ministerial N.º 281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II- Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil

del Egreso, en la parte que se 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 [...]” (Medida cautelar correspondiente al Expediente N.º 00011-2017-0-1801-SP-CI-01, decisión).

En ese escenario corresponderá a la Corte Suprema de la República, en una esperada próxima sentencia, proteger esta dimensión del derecho a la igualdad y no discriminación en relación con el derecho a la educación; considerando que ambos son derechos fundamentales y cuya realización comprende el concepto de igualdad de género, el mismo que ha sido acogido en otras normas nacionales, como la Ley 28983 —Ley de Igualdad de Oportunidades Entre Mujeres y Hombres—, la Ley 28044 —Ley General de Educación—, así como en el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021 y el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017.

La decisión de la Corte Suprema revestirá especial importancia de cara a la concretización del derecho-principio de igualdad y no discriminación en los materiales de educación, donde ciertamente se evidencian avances significativos en los otros componentes del derecho a la educación, pero no en lo que Mena Portocarrero denomina “justicia simbólica o de reconocimiento”, pues todavía “las brechas en las prácticas cotidianas de aula y demás espacios escolares, en la implementación del currículo oficial y del oculto, no son enfrentadas directa y articuladamente por las políticas públicas” (Mena Portocarrero, 2018, p. 90). En esa medida, si se pierde la oportunidad de implementar el Currículo Nacional de la Educación Básica y su enfoque transversal de igualdad de género, permanecería la insuficiente protección tanto en el componente aceptabilidad como en el de adaptabilidad.

### **Adaptabilidad**

Finalmente, este elemento se encuentra estrechamente vinculado al anterior, porque su satisfacción demanda que la enseñanza —planes y programas de estudio— tenga la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de las comunidades y sociedades que cambian constantemente y requieren que el proceso educativo responda a las necesidades de alumnos y alumnas que provengan de contextos culturales o sociales variados. De ahí que los elementos mínimos de la adaptabilidad se verían afectados si, por ejemplo, no se actualizaran periódicamente los planes y programas educativos, o si no se implementaran programas educativos en los centros de readaptación de adolescentes infractores, o si no se adoptaran planes y programas de estudio con carácter inclusivo para niños y niñas con discapacidad (Defensoría del Pueblo, 2007, pp. 24-30).

Esto quiere decir que para cumplir con este elemento es necesario que los planes y programas educativos se vayan adaptando al tiempo y a los cambios, teniendo en cuenta los enfoques de género e interseccionalidad en su diseño e implementación, en el marco de sociedades pluralistas (Häberle, 2002, p. 204); solo así, el paso por el servicio educativo no será solo formal, porque estos programas deberán cuestionar “las diferentes condiciones iniciales entre hombres y mujeres en cuanto a socialización, la historia de acumulación masculina del poder, el mantenimiento de la división sexual del trabajo y patrones socioculturales discriminatorios” (CEPAL, 2014, p. 105), sean programas que vayan dirigidos a niños, niñas, adolescentes y personas adultas.

## A Manera de Conclusión

Los derechos sociales, como el derecho a la educación, buscan asegurar un mínimo de condiciones materiales que aseguren o hagan realidad la igualdad entre todos los seres humanos y, qué duda cabe, pueden abonar a la construcción de la equidad en el ejercicio de derechos entre hombres y mujeres. Su reconocimiento en los textos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ha transformado la relación entre el Estado y los individuos, pues en virtud de ellos, el Estado está obligado a garantizar unos mínimos existenciales que concreten la posición *iusfundamental* de igualdad de oportunidades que se deriva del derecho-principio de igualdad y no discriminación tal y como se deriva de la jurisprudencia citada. Estos derechos se orientan a equilibrar la relación dialéctica entre libertad e igualdad, pues este equilibrio debe hallarse a través de medidas estrictas que permitan la conservación, pero también la realización de ambos principios en la realidad.

De la jurisprudencia nacional e internacional queda claro que la igualdad como principio cobra especial trascendencia para los grupos o colectivos en situación de vulnerabilidad, como sucede con las mujeres, con especial énfasis en las niñas y jóvenes de zonas rurales del país, que son las que viven contextos de pobreza. De esa manera, en relación con el derecho a la educación existe el deber de los Estados de garantizar: i) todas sus dimensiones — disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad—; ii) el derecho a la igualdad de trato; iii) el derecho a la igualdad de oportunidades, y; iv) la proscripción de la discriminación.

En ese marco, los derechos sociales son necesarios para la generación de igualdad de oportunidades individuales, pero la existencia de sociedades libres de prejuicios de género y de otras variables que generan vulnerabilidad son un presupuesto para la plena realización de los derechos sociales. De ahí que, como hemos visto en relación con el derecho a la educación, el mandato de no discriminación forme parte de los elementos de accesibilidad y disponibilidad que posee este tipo de derecho. Esta relación de “doble dirección” explica por qué, precisamente, en las situaciones de discriminación o exclusión en el disfrute de los derechos sociales es cuando más difícil se hace la construcción de sociedades igualitarias para las mujeres en grupo en situación de vulnerabilidad que, en atención a otras variables de exclusión, albergan en su interior subgrupos con mayor nivel de vulnerabilidad.

Asimismo, de la información estadística recogida de fuentes oficiales del país se desprende que, en relación con la accesibilidad, entre el 2007 y 2017 el Perú ha mejorado respecto a la inserción de las niñas y adolescentes en el sistema educativo y, en esa medida, la satisfacción de este elemento del derecho a la educación. En consonancia con la tendencia que existe en América Latina, aunque limitado respecto al nivel socioeconómico de los hogares, en el caso del Perú nos remite a considerar en qué zona (urbana o rural) se sitúan los hogares del país, dado que en el ámbito rural se dan los mayores niveles de pobreza.

De igual modo, los índices muestran que la intersección de las variables género y pobreza rural condiciona la permanencia de las jóvenes en el sistema educativo. El mayor nivel de deserción escolar se produce en las jóvenes entre 12 y 16 años y, particularmente, aquellas que viven en el ámbito rural; y las razones que mayormente indican el abandono de la escuela están vinculadas con el cumplimiento de las obligaciones que se enmarcan dentro del rol de género que las mujeres tienen socialmente asignadas, como son los quehaceres del hogar.

En esa medida, si en la solución de casos concretos sobre el derecho a la educación y en el diseño de las políticas educativas no se toman en cuenta la inequidad de género y la situación de vulnerabilidad basadas en otras variables que la intersectan, se dejará de dar verdadera fuerza al mandato normativo del derecho-principio de igualdad y no discriminación. La concretización de ambos mandatos normativos requiere, en esa medida, de interpretaciones que incorporen los enfoques de género e interseccionalidad en el análisis de las diferentes dimensiones y elementos que componen el derecho a la educación, y las obligaciones que le corresponden al Estado. Dicho de otro modo, las respuestas normativas para proteger las diversas posiciones *iusfundamentales* que se derivan del derecho a la educación no deben abstraerse del ámbito normativo —desigualdad estructural de género e interseccional—, que pretende ser impactado por el programa normativo constitucional y de los tratados internacionales de los derechos humanos.

Asimismo, desde la agenda internacional hay que recordar que los avances que dé el Perú en materia de igualdad y no discriminación en educación, ahora también tienen una dimensión planetaria, porque responden al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible; particularmente, al Objetivo 4 destinado a “lograr una educación de calidad, inclusiva y equitativa”, así como al Objetivo 5, cuyo fin es lograr “la igualdad de género y el empoderamiento de mujeres y niñas”. De ahí que podamos sostener que lo expuesto sobre los avances y las brechas de género que subsisten en relación con la educación forman parte de los objetivos de la política constitucional, que deben responder tanto a las distintas obligaciones que se derivan del contenido de cada derecho fundamental, como a las responsabilidades asumidas a nivel internacional para enfrentar, en conjunto con otros Estados, los desafíos ambientales, políticos, sociales y económicos del mundo actual.

## REFERENCIAS

- Alvites, E. (2010). Perspectivas constitucionales sobre el derecho fundamental a la educación. En J. Sosa (coord.), *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Alvites, E. (2015). La discriminación de género en el disfrute de derechos sociales: Las brechas por superar para alcanzar la igualdad. *Conferencias Descentralizadas Alfa*. IDEHPUCP, pp. 77- 93.
- Alvites, E. (2015). Descentralización y derechos sociales: reflexionando en torno a la satisfacción del derecho a la educación en el marco del proceso de descentralización. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (67), 117-129. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14461>
- Alvites, E. (2017). Protección constitucional de la educación en Perú. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 18(3), 697-720. <https://doi.org/10.18593/ejll.16295>
- Añón Roig, M. J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. En *Isonomía. Revista de teoría y filosofía el Derecho*, (39), 127-157.
- Arango, R. (2001). Protección Nacional e internacional de los derechos humanos sociales. En VV. AA. *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín: Instituto Sindical de Cooperación al Desarrollo - Junta de Andalucía.
- Baldassarre, A. (1994) Constitución y teoría de los valores. En *Revista de las Cortes Generales*, N.º 32.
- Baldassarre, A. (2004). *Los derechos sociales*. Serie de Teoría jurídica y filosofía del Derecho (N.º 20). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barrére Unzueta, M. Á. y Morondo Taramundi, D. (2011). Subordiscriminación y discriminación interseccional. Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (45), 15-42.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1997). *El tercero ausente*. Madrid: Cátedra.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho (N.º 25). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Castro Cid, B. De (1993). *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. León: Universidad de León.
- Clérico, L. (2011). Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad. En L. Clérico, J.-R. Sieckmann, A. Oliver Lalana (coords.), *Derechos fundamentales*,

- principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy* (pp. 177-198). Granada: Comares.
- Comisión de Derechos Humanos (1999). E/CN.4/1999/49 *Informe Preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, 55.º Periodo de Sesiones, 13 de enero.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). *Observación General N.º 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 14 de diciembre. Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (1999). *Observación General N.º 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, 8 de diciembre.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2009). *Observación General N.º 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (Art. 2, párr. 2 del Pacto), 22 de mayo.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2014). *Pactos para la igualdad: hacia un futuro sostenible*. Santiago de Chile.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2016a). *Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda del desarrollo sostenible*. Santiago de Chile.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2016b). *La matriz de la desigualdad social en América Latina*. Santiago de Chile.
- Consejo presidencial andino de la Comunidad Andina (2002). *Carta Andina para la promoción y protección de los derechos humanos*, Guayaquil, 26 de julio. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/labor/Carta%20Andina.pdf>. Acceso: 3 de octubre de 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda\\_casos\\_contenciosos.cfm?lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es) Acceso: 10 de agosto de 2018:
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005, 8 de setiembre). *Sentencia de la Corte IDH (Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, 16 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (González y otras ("Campo Algodonero") vs. México)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010, 24 de agosto). *Sentencia de la Corte IDH (Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 19 de mayo). *Sentencia de la Corte IDH (Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015, 1 de diciembre). *Sentencia de la Corte IDH (Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador)*.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Primera Sala Civil (2017). Sentencia de primera instancia correspondiente al Expediente N.º 00011-2017-0-1801-SP-CI-01.



- Corte Superior de Justicia de Lima. Primera sala Civil (2018). Medida cautelar correspondiente al Expediente N.º 00011-2017-0-1801-SP-CI-01.
- Crenshaw, K. (1989) “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1989(8). Disponible en: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>
- Defensoría del Pueblo (2007). Informe Defensorial. Educación Inclusiva: Educación para todos (N.º 127). Lima.
- Defensoría del Pueblo (2008) Informe Defensorial. Gratuidad en las escuelas públicas. Un compromiso pendiente (N.º 131). Lima.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley de más débil*. 2da. ed. Madrid: Trotta.
- García Pelayo, M. (1994). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 8va. reimpresión. Madrid: Alianza Editorial.
- Häberle, P. (1991) La Garantía constitucional de los derechos fundamentales en Alemania. En A. López Pina (dir.), *La Garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Civitas - Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- Häberle, P. (2002). *Pluralismo y constitución*. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos.
- Häberle, P. (2003a). *El Estado constitucional*. 1ª reimpresión. Lima: UNAM - Fondo Editorial de la PUCP.
- Häberle, P. (2003b). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson.
- Hesse, K. (1992) *Escritos de derecho constitucional*, 2.ª ed. Madrid: CEC.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI (2017). *Encuesta Nacional de Hogares – ENAHO, 2017*. Disponible en: <http://escale.minedu.gob.pe/ueetendencias2016>. Acceso el 18 de agosto de 2018.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI (2018a). Perú: *Indicadores de educación por departamento, 2007-2017*. Disponible en: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1529/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1529/libro.pdf). Acceso: 10 de agosto de 2018.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI (2018b) *Evolución de la pobreza monetaria 2007-2017*. Informe Técnico. Disponible en: [https://www.inei.gob.pe/media/cifras\\_de\\_pobreza/informe\\_tecnico\\_pobreza\\_monetaria\\_2007-2017.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/cifras_de_pobreza/informe_tecnico_pobreza_monetaria_2007-2017.pdf). Acceso el 06 de febrero de 2019.

- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.
- Kweitel, J. y Ceriani, P. (2006). El derecho a la educación. En Abramovich, V., Añon, M. J., y Courtis, C., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México: Fontanamara.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales. Colección lo esencial del Derecho 2*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Langford, M. (2013). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de los Andes.
- Martínez de Pisón, J. (2003). *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”* (N.º 27). Madrid: Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid.
- Mena Portocarrero, M. (2018). Tracciones en la representación de las relaciones de género en materiales curriculares. Un análisis de las rutas del aprendizaje. En R. Carrillo, S. y R. Cuenca, *Vidas desiguales. Mujeres, relaciones de género y educación en el Perú* (pp. 89-124). Lima: Instituto de Estudios Peruanos (EIP).
- Ministerio de Educación - MINEDU (2016). *Currículo Nacional de la Educación Básica*. Lima. Disponible en: <http://www.minedu.gob.pe/curriculo/pdf/curriculo-nacional-de-la-educacion-basica.pdf>. Acceso: 18 de agosto de 2018.
- Ministerio de Justicia - MINJUS (2018). *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 - PNDH*. Lima. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/31634-002-2018-jus>. Acceso: 18 de setiembre de 2018.
- Morondo Taramundi, D. (2016). ¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (CEFD), (34), 205-221.
- Nery da Silva, R. y Garcia Masson, D. (2015). El derecho social a la educación en la política pública de Brasil – El Plan de Desarrollo de la Educación (PDE). En *Barceló i Serramalera y Strapazzon, C. Luiz* (coord.). Barcelona: Atelier.
- Prieto Sanchís, L. (1998). *Ley, principios, derechos*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Madrid: Dykinson – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD (2015). Folleto sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Disponible en: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/corporate/sustainable-development-goals-booklet.html> Acceso: 10 de agosto de 2018.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura - UNESCO (2017a). Desglosar el Objetivo de Desarrollo Sostenible 4 Educación 2030.

Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002463/246300S.pdf>  
Acceso: 10 de agosto de 2018.

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO  
– Consejo Nacional de Educación. (2017b) *Revisión de las políticas educativas  
2000-2015*. Lima: UNESCO - Sede Lima.
- Rey Martínez, F. (2017). *Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018*. UNED.  
*Revista de Derecho Político*, septiembre-diciembre, (100), 125-171.
- Rodríguez-Piñeiro, M. (1986). *Igualdad y no discriminación*. Madrid: Tecnos.
- Ruiz Bravo, P. (1999). *Una aproximación al concepto de género. Sobre género, derecho y  
discriminación*. Lima: PUCP - Defensoría del Pueblo.
- Segato, R. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia*. 1.a ed. Bernal: Universidad  
Nacional de Quilmes.
- Suárez Llanos, L. (2002). *Teoría feminista, política y derecho*. Madrid: Dykinson.
- Tribunal Constitucional Peruano. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/tc/public/>. Acceso: 10  
de agosto de 2018:
- Tribunal Constitucional. (2003a, 4 de julio). Acción de inconstitucionalidad por Colegios de  
Notarios de los Distritos Notariales e Lima, Callao y Arequipa [STC 0001/0003-  
2003- AI/TC].
- Tribunal Constitucional. (2003b, 11 de noviembre). Acción de inconstitucionalidad por más  
de 5,000 ciudadanos [STC 0008-2003-AI/TC].
- Tribunal Constitucional. (2004, 1 de setiembre). *Acción de amparo por J.J.C.C* [STC 0052-  
2004-AA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2005a, 10 de enero). *Acción de inconstitucionalidad por Colegio  
Profesional de Profesores del Perú* [STC 0034-2004-AI/TC].
- Tribunal Constitucional. (2005b, 18 de febrero). *Acción de amparo por Yeny Zoraida Huaroto  
Palomino y otra* [STC 0091-2005-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2005c, 3 de marzo). Acción de amparo por Larry Jimmy Ormeño  
Cabrera [STC 4232-2004-AA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2005d, 8 de julio). *Acción de amparo por Manuel Anicama Hernández*  
[STC 1417-2005-AA-TC].
- Tribunal Constitucional. (2005e, 11 de julio). *Acción de amparo por Ludesminio Loja Mori*  
[STC 3330-2004-AA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2005f, 29 de noviembre). *Acción de amparo por Santiago Martín  
Rivas* [STC 04587- 2004-AA/TC].

- Tribunal Constitucional. (2005, 6 de diciembre). *Hábeas corpus por Blanca Borja* [STC 6165-2005-HC/TC].
- Tribunal Constitucional. (2006, 13 de marzo). Acción de habeas corpus por Manuel Enrique Umbert Sandoval [STC 9905-2006-PHC/TC].
- Tribunal Constitucional. (2007a, 26 de marzo). *Acción de amparo por Oliver Jerzy Iparaguirre Carrasco* [STC 10034-2005-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2007b, 17 de octubre). Acción de inconstitucionalidad por Feliciano Contreras Arana [STC 4646-2007-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2007c, 13 de noviembre). Acción de inconstitucionalidad por J.L.LR.V. [STC 1391-2007-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2008, 19 de setiembre). Acción de inconstitucionalidad por el *Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú (demandante) c. Congreso de la República (demandado). Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional* [STC 00025-2007-PI/TC].
- Tribunal Constitucional. (2009, 30 de noviembre). Acción de inconstitucionalidad por el Comité de Defensa Ecológica del Parque Ramón Castilla [STC 1757-2007-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2014, 31 de julio). Acción de amparo por Jane Margarita Cosar Camacho y otros [STC 02437-2013-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2015a, 8 de setiembre). Acción de inconstitucionalidad por Blake Daniel Ortiz Ramos [STC 01351-2012-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2015b, 9 de diciembre). Acción de inconstitucionalidad por Andrea Celeste Álvarez Villanueva [STC 01423-2013-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2017, 14 de marzo). Acción de inconstitucionalidad por Marleni Cieza Fernández y otra [STC 00853-2015-PA/TC].
- Villanueva Flores, R. (1999). Análisis del derecho y perspectiva de género. En *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: PUCP - Defensoría del Pueblo.

## ALCANCES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES VENEZOLANOS EN EL PERÚ: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

*Carolina Garcés Peralta<sup>1</sup>*

El reconocimiento expreso de la primacía de la protección y respeto de las personas, y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, vinculado al deber estatal de garantizar los derechos fundamentales, comprende a todos los seres humanos<sup>2</sup> sin distinción, y en especial a quienes, en determinados momentos de la historia, se encuentran en situación de particular vulnerabilidad. En este contexto, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho interno de los Estados reconocen, no solo recientemente, que las personas que migran de un país a otro constituyen un grupo que requiere de la especial protección de los Estados, tanto de aquellos que se tornan en destino de tránsito, como también y sobre todo de los que son lugares de destino.

Hoy en día, los movimientos migratorios, por su complejidad, presentan grandes retos para los Estados que reciben a ciudadanos y ciudadanas de otros países. La situación se torna más grave aun cuando la migración internacional se da en un contexto de crisis humanitaria y de derechos humanos como el que hoy enfrenta Venezuela, donde la grave crisis política, económica y social, y la violación de derechos humanos ha llevado a que decenas de miles de personas se hayan visto forzadas a dejar su país de origen en busca del respeto de su dignidad y demás derechos fundamentales. Esta migración masiva tiene como destino principal diversos países de América Latina y de la Región Andina. De acuerdo con información de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entre 2017 y 2018 un aproximado de 2.3 millones de personas huyeron de Venezuela (BBC, 2018, párr. 1); y ha tenido lugar un “aumento significativo de nacionales venezolanos en el subcontinente, aproximadamente un 900 % entre 2015 y 2017 (89,000 nacionales venezolanos en 2015 y casi 900,000 en 2017)” (Organización Internacional para las Migraciones [OIM], 2018, p. 2) en América del Sur.

---

1 Abogada, magíster en Derecho Constitucional, doctoranda por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); 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), así como del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la misma casa de estudios.

2 Artículos 1 y 44 de la Constitución Política del Perú, y artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta situación exige la adopción de políticas orientadas a garantizar los derechos humanos de estas personas, en el marco de lo establecido por la normatividad, las sentencias y los pronunciamientos de los organismos internacionales emitidos en la materia, así como de las obligaciones humanitarias.

Sin embargo, no es fácil cumplir con este objetivo debido a diversos factores, entre ellos, la ausencia o insuficiencia de estudios y diagnósticos sobre la situación, y los problemas que enfrentan las y los migrantes. Por otra parte, si bien puede haber voluntad estatal de recibir a estas personas –como es el caso del Perú–, no existe suficiente institucionalidad, marco jurídico específico, ni recursos para cumplir adecuadamente con sus funciones y responsabilidades en materia de protección de migrantes. Por lo tanto, no tiene lugar una respuesta integral, que a su vez ocasiona la falta de articulación horizontal (interinstitucional) y vertical (intergubernamental) de las entidades competentes.

Hace más de 100 años que Perú no recibía un flujo masivo de migrantes, razón por la cual no se ha cuenta con una política pública integral al respecto, ni con un marco normativo e institucional que permita enfrentar un incremento de movimientos migratorios como el actual, que implica el ingreso y permanencia de miles de ciudadanas y ciudadanos venezolanos de diversas edades y condiciones<sup>3</sup>. De acuerdo a la información más reciente proporcionada por Migraciones, a la fecha han ingresado al Perú 460,0000 ciudadanos y ciudadanas venezolanos, entre ellos niños, niñas y adolescentes (NNA) (Rojas, 2018a), lo cual señala un incremento en casi 30,000 de la cifra de venezolanos respecto a inicios de setiembre del presente año (Rojas, 2018b).

En este contexto, en el marco de la Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Internacionalización del Derecho Constitucional, resulta indispensable abordar esta problemática desde una mirada constitucional. Ello adquiere aún mayor relevancia cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de aquellas personas migrantes que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como es el caso de los NNA. Estos, de acuerdo a la normatividad nacional e internacional, de acuerdo con el denominado principio del interés superior del niño (ISN), requieren de especial protección. Sin embargo, lamentablemente, en los hechos la protección de sus derechos sigue siendo en gran medida inadecuada, pues continúan siendo fundamentalmente considerados como meros objetos de protección, sin que se tenga en cuenta que son sujetos de derecho con intereses, opiniones y expectativas.

Ante estas situaciones, el Estado debe dejar su rol supletorio de protección de los derechos de los NNA (el cual detenta al ser los padres/madres quienes directamente velan por su protección) para asumir, en el marco de sus obligaciones como Estado Social y Democrático de Derecho, un rol activo, en el contexto de la particular situación que viven las familias migrantes de países que, como Venezuela, vienen enfrentando graves crisis humanitarias y de vulneración de derechos fundamentales. En defecto de progenitores, el Estado requiere asumir la obligación de cuidar, asistir y proteger a los NNA a fin de que cuenten con un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético y social (Tribunal Constitucional, 2009, ffj. 14, 15 y 19). Lo expuesto se aplica a NNA migrantes

---

3 Las personas que fueron encuestadas al ingresar al país por Tumbes manifestaron como país de destino final Perú (95.6 %), Chile (2.5 %) y Argentina (1.9 %) (OIM, 2018c).

debido a que por la difícil y compleja situación que enfrentan sus progenitores o tutores en un país ajeno, no les resulta posible atender por sí solos a su adecuada protección. Ello hace necesaria la asistencia estatal, para brindarles soporte, así como asumir toda la responsabilidad cuando se trata de NNA que han migrado solos.

Solo en 2017 “más de 2,500 menores de edad venezolanos fueron reconocidos por la Superintendencia Nacional de Migraciones (SNM)” (Blouin, 2018, párr. 1). Este año las cifras han aumentado. Según la SNM, más de 348,000 venezolanos llegaron a Perú huyendo de la crisis en su país, de los cuales 16,000 son NNA (como se citó en Fowks, 2018). De acuerdo a información proporcionada por el superintendente nacional de Migraciones de Perú, Eduardo Sevilla, hasta junio de 2018, 53,000 venezolanos habían obtenido el Permiso Temporal de Permanencia (PTP), de los cuales el 58% eran hombres y el 42% mujeres, mientras que el 10% de mujeres total eran menores de edad (SNM, 2018), lo que evidencia que existe una cifra importante de NNA cuyos derechos requieren ser protegidos. Por su parte, de acuerdo a declaraciones emitidas en el mes de agosto por la viceministra de Poblaciones Vulnerables del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), existen a la fecha en el Perú NNA venezolanos en riesgo de ser explotados (explotación laboral y sexual), problema que se agrava con la llegada de adolescentes de 17 años que cruzan la frontera norte solos, sin familia (Aldave, 2018).

Tratándose de un asunto en el cual, desde el marco constitucional y de protección de derechos humanos, la responsabilidad estatal es más que evidente, preocupa que, a la fecha, sea tan poco lo que se ha desarrollado al respecto en el Perú. Por ello, –más allá de la importancia de abordar la difícil situación que enfrentan las personas migrantes en general y del insuficiente tratamiento jurídico en la materia– para efectos del presente trabajo, el foco estará específicamente en la problemática de los NNA migrantes, olvidados por la normatividad y el accionar del Estado peruano en materia migratoria.

Consideramos conveniente iniciar este trabajo presentando algunos alcances sobre la obligación del Estado constitucional y democrático de derecho de proteger, de manera oportuna y efectiva, los derechos fundamentales de los NNA. Asimismo, se presenta un análisis de la migración de NNA desde la perspectiva del derecho internacional de derechos humanos. Luego, se plantean los alcances y limitaciones de la normativa internacional y nacional vigente en la materia vinculada a su protección, así como la actuación que ha venido teniendo el Estado peruano en la materia. Finalmente, se plantean propuestas para contribuir a la mejora de la actuación del Estado en la defensa y promoción de los derechos fundamentales de los NNA migrantes, a partir de una mirada constitucional. La finalidad no es otra que presentar algunos alcances y planteamientos básicos, desde el derecho constitucional, que despierten interés y fomenten el desarrollo, en un futuro próximo, de análisis más profundos sobre el particular <sup>4</sup>.

### **El Rol del Estado Constitucional y Democrático de Derecho en el Grave Contexto de las Migraciones Internacionales. La Obligación Estatal de Proteger los Derechos de los NNA Migrantes**

---

<sup>4</sup> Si bien resulta indispensable un desarrollo y análisis de la problemática de todas las personas venezolanas migrantes en su diversidad desde una mirada constitucional, se trataría de un esfuerzo que va mucho más allá de los limitados alcances del presente trabajo.

En el Perú, si bien como regla general la Constitución de 1993 se caracterizó por plasmar un modelo de Estado eminentemente liberal tanto en lo económico como en lo político y social (Comisión Andina de Juristas, 1993, pp. 196-206), con el paso del tiempo, el Tribunal Constitucional peruano (TC) ha reconocido que el modelo peruano es el de un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>5</sup>, subsumido en la fórmula Estado Constitucional y Democrático, y que, por ende, tiene una serie de obligaciones en relación a la vigencia de los derechos fundamentales (Alvites, 2011, p. 122), orientadas a lograr la igualdad material y de oportunidades de todas las personas (TC, 2008a, fj. 10). De esta manera, el Estado Social y Democrático de Derecho cumple un rol sustantivo y promotor en cuanto a la vigencia de los derechos fundamentales, tanto de los denominados civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales, y los derechos conocidos como de la tercera y cuarta generación.

Es en este contexto que se debe realizar la interpretación de la protección de los derechos de los NNA migrantes, en el marco de un Estado que asume funciones de carácter social (TC, 2008a fj. 12), con el objetivo de contribuir a transformar el orden económico social para hacer efectiva la dignidad y la igualdad como principio, buscando garantizar la real vigencia de los derechos constitucionales de todas las personas, tanto nacionales como extranjeras, a fin de que puedan realizar sus planes de vida, con la única limitación de que no afecten los derechos de terceros o el orden público. Esto no ocurre en el caso concreto de los derechos de los NNA, que, a la fecha, vienen sufriendo las consecuencias de la migración internacional. Se trata entonces del deber estatal de responder a las nuevas y recientes realidades, a las que el Derecho requiere otorgar una adecuada regulación en el marco del respeto de los derechos fundamentales, proceso en el cual resulta fundamental el establecimiento de ciertas pautas básicas a seguir para garantizar la efectiva protección de tales derechos.

Cabe finalmente referir que esta postura, que sustenta la protección de los derechos de los NNA migrantes, se basa en la dignidad, libertad, autonomía, e igualdad y no discriminación, que tiene como fundamento expreso los artículos consagrados en el propio texto de la Constitución política de 1993, en especial los artículos 1 y 44, que reconocen la primacía de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado, y la obligación de este de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Ello guarda directa relación con el artículo 2, inciso 1, que reconoce el libre desarrollo de la personalidad (entendido este como el derecho de toda persona a realizar su plan de vida); el inciso 24 del mismo artículo, que consagra el principio básico de libertad; y, finalmente, el artículo 3, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria, que establecen las denominadas cláusulas de apertura en el marco de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, y del diálogo del derecho nacional y el derecho interno –constitucionalización del derecho internacional e internacionalización del derecho constitucional<sup>6</sup>. Sobre la base de lo expuesto, puede interpretarse que el Estado peruano se encuentra obligado a garantizar los derechos de los NNA migrantes, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad o desprotección.

Desde una mirada constitucional y de derechos humanos, este deber estatal de garantizar los derechos de los NNA migrantes debe llevarse a cabo tanto en el marco de la prevención, como de la protección, investigación, sanción y reparación de sus derechos vulnerados.

---

5 La Constitución, en su artículo 3, refiere el término *Estado democrático de derecho*.

6 Al respecto, ver Landa (2014, pp. 219-254; 2015, pp. 153-185).



Asimismo, requiere protegerlos del país del que provienen (no negarles el ingreso), de la sociedad nacional (evitando conductas xenófobas y fomentando la solidaridad en el interior del país) y del propio aparato estatal (evitando la vulneración de sus derechos fundamentales por las instituciones estatales, así como asumiendo un rol activo para la efectiva garantía de sus derechos).

### **Marco Normativo Internacional en Materia de Protección de los Derechos Fundamentales de los NNA Migrantes**

Es preciso señalar que, si bien no existe un tratado o declaración sobre personas migrantes en particular, los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos en general son aplicables para su especial situación de vulnerabilidad. Asimismo, existen otros instrumentos relevantes, como los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajadores migrantes, así como la *Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País en que Viven* (1985), y la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*.

Merece referencia especial la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (CTMF, 2003), ratificada por el Perú en el año 2005 por ser “el instrumento de derecho internacional más completo en materia de protección de los derechos de las personas migrantes. Su ámbito de aplicación comprende a las personas que trabajan y a sus familias. Este tratado garantiza derechos vinculados con el proceso migratorio. Asimismo, la CTMF define las obligaciones de los países de origen, tránsito o destino, entre ellas el deber de cooperación de los Estados para alcanzar condiciones satisfactorias, equitativas y dignas para atender el retorno ordenado de los/las trabajadores/as que decidan regresar, así como para prevenir y erradicar las migraciones irregulares y el empleo de migrantes en situación irregular” (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 36).

Si bien, como puede apreciarse, no existe un marco jurídico internacional vinculante en cuanto a la protección de los derechos de las y los migrantes<sup>7</sup>, sí existen pronunciamientos o informes de instancias, tanto del Sistema Universal como Interamericano de Derechos Humanos, en especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la OEA y la OIM (Asamblea General de Naciones Unidas, 2000; OIM, 2015; OEA, 2013).

Con relación a la protección específica de los NNA migrantes, es preciso referirse a la *Convención sobre Derechos del Niño*. Esta se basa en la denominada Doctrina de Protección Integral y en la especificidad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, y establece disposiciones sobre protección de los NNA migrantes en sus artículos 10,11,19 y 22.

---

7 En la normatividad comunitaria mediante la Decisión 397 se crea la Tarjeta Andina de Migración; la Decisión 459 facilita la libre circulación de personas, bienes, capitales y servicios; y la Decisión 545 crea el instrumento andino de migración laboral (Comunidad Andina, 1996, 1999 y 2003). En el marco del convenio Mercosur se cuenta con el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, de 2002, que otorga la residencia temporal o permanente con independencia de su condición migratoria, así como la igualdad de derechos, en particular el derecho a trabajar; y el Acuerdo sobre los Documentos Válidos para el Tránsito de Nacionales y Residentes Regulares (Mercado Común del Sur, 2002 y 2008).

Cabe destacar que, en lo que se refiere a protección específica de NNA migrantes, a nivel de las Naciones Unidas, la Observación General n°. 6 del Comité sobre Derechos del Niño, sobre el Trato de los Menores no Acompañados y Separados de su Familia fuera de su País de Origen, CRC/GC/2005/6. De otro lado el ACNUR, agencia de la ONU para los refugiados, emitió en marzo de 2018 una nota de orientación sobre el flujo de venezolanos. En ella plantea estándares mínimos a garantizar: legalidad, accesibilidad, acceso a derechos básicos (atención médica, educación, unidad familiar, libertad de circulación, derecho a albergue, acceso al trabajo), garantía de no retorno. Asimismo, llama a los Estados a la adopción de medidas para combatir el racismo, la discriminación y la xenofobia contra las y los migrantes venezolanos. Es importante mencionar que a la fecha ACNUR cuenta en el Perú con oficinas que apoyan en la protección de los derechos de las personas migrantes, lo cual comprende a los NNA.

En lo que respecta al sistema interamericano, la CIDH otorga desde tiempo atrás especial atención a la situación de las personas migrantes y a la vigencia de sus derechos, impulsando inclusive la emisión de sentencias y opiniones consultivas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Asimismo, cuenta con la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, encargada de proteger los derechos de los migrantes internos e internacionales ante los desafíos que plantea la movilidad humana en la región (CIDH, 2018a).

En el marco de sus funciones, adoptó la Resolución 2/18, sobre migración forzada de personas venezolanas en la región, instando a los Estados a otorgarles protección internacional a las personas; a protegerlas de la discriminación y xenofobia, discursos de odio, amenazas a su vida e integridad, de la violencia sexual y de género, abusos y explotación, trata de personas, desaparición, ejecuciones extrajudiciales y otras vulneraciones de derechos humanos. También llama la atención respecto a la falta de documentos de identidad, y obstáculos en el acceso a asistencia humanitaria, particularmente en el acceso a vivienda, salud, alimentación, educación y otros servicios básicos, instando a los Estados de la región a implementar las 15 recomendaciones que se establecen en la Resolución (OEA, 2018)

Con fecha 5 de setiembre de 2018, se emitió una declaración conjunta para el desarrollo de una respuesta regional a la llegada masiva de personas venezolanas a países del continente americano, por parte de la CIDH y otros comités, órganos y procedimientos especiales de la ONU, con la finalidad de desarrollar una respuesta regional coordinada basada en los derechos humanos, y en el principio de responsabilidad compartida para responder antes, durante y después del desplazamiento masivo de migrantes y refugiados de Venezuela (CIDH et al., 2018).

También, a nivel de la OEA, la Corte IDH ha emitido una serie de Opiniones consultivas, que resultan en nuestra opinión vinculantes en la materia, más aún cuando se trata de interpretaciones sobre el contenido de la Convención Americana, que por regla general son luego ratificadas en las sentencias que esta emite en su calidad de organismo jurisdiccional internacional<sup>8</sup>.

---

8 Se trata de las siguientes Opiniones consultivas: Opinión consultiva 17/02 del 28 de agosto de 2002, sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño; Opinión consultiva 18/03 del 17 de setiembre de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados; Opinión consultiva 21/14 del 19 de agosto de 2014, sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Cabe finalmente incidir en que todos los tratados ratificados por el Perú no solo deben ser de obligatorio e inmediato cumplimiento<sup>9</sup> (Ley 28301, 2004, art. 1), sino que –por regla– se requiere de un desarrollo legal de sus contenidos, por lo que el Estado tiene dicha responsabilidad (TC, 2006a, 2006b). Además, de acuerdo con el TC (2006a, 2006b), los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional.

Sin embargo, la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos va más allá, pues las sentencias emitidas por la Corte IDH son también de obligatorio cumplimiento. Es más, en virtud del denominado *control de convencionalidad*<sup>10</sup>, las decisiones de dicha corte son vinculantes tanto para el Estado responsable contra el cual fueron emitidas, como para todas las entidades –no solo el Poder Judicial o el TC– que forman parte de los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, constituye una técnica de control normativo del derecho interno mediante el uso de instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que tiene por finalidad asegurar que las normas y actos internos de un Estado que forma parte de dicho sistema sean acordes tanto al contenido de los tratados de derechos humanos por él ratificados como a la interpretación que de ellos realizan los organismos encargados de su cumplimiento.

Respecto a las opiniones consultivas, que también son emitidas por la Corte IDH –el máximo tribunal internacional encargado de interpretar los tratados de derechos humanos–, estas se tornan también en parámetros de interpretación vinculantes de los derechos fundamentales<sup>11</sup>. Por su parte, tanto las declaraciones como los pronunciamientos<sup>12</sup> emitidos por los distintos órganos del Sistema Internacional de Derechos Humanos (sean de la ONU o la OEA) encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos son parámetros de interpretación autorizada que, si bien carecen de carácter vinculante formal, se inspiran en el principio de buena fe que es la base del cumplimiento de los tratados y el derecho internacional público, el cual está expresamente establecido en los artículos 26 y 27 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* (principio del *pacta sunt servanda*)<sup>13</sup>. Es importante incidir en la labor fundamental que cumplen los organismos internacionales (en especial la Comisión y la Corte IDH), instituciones clave para garantizar los derechos fundamentales y el orden constitucional de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (Landa, 2016, p. 33).

9 El artículo 55 de la constitución de 1993 señala que los tratados celebrados por el Estado que se encuentran 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 versus Uruguay* (2011).

11 Ello guarda concordancia con lo dispuesto en el Título Preliminar de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional, en virtud del cual “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” (art. V).

12 Por ejemplo, las recomendaciones, observaciones y resoluciones.

13 Artículo 26, *pacta sunt servanda*: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por las partes de buena fe”. Artículo 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46” (Asamblea de las Naciones Unidas, 1969).

Finalmente, cabe tener en consideración que todo lo expuesto guarda asimismo concordancia con lo establecido por el artículo 3, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993<sup>14</sup>, que establece la constitucionalización material o sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos. También es importante referir que el artículo 5 del Reglamento del Decreto Ley 1350, de Superintendencia Nacional de Migraciones, establece expresamente que este tiene carácter supletorio en lo no previsto, mientras que no se oponga a los tratados y convenios internacionales de los que el Perú es parte, y que en caso de duda corresponde aplicar lo que resulte más favorable a las personas nacionales o extranjeras.

### **Principios y Enfoques para la Protección de los Derechos Fundamentales de los NNA Migrantes<sup>15</sup>**

Conjuntamente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –del cual la mayoría de ellos surge o en el cual se establece expresamente–, los principios y enfoques contribuyen a una mayor protección de los derechos humanos de los NNA migrantes. Aquí planteamos brevemente el contenido de aquellos que resultan especialmente relevantes tanto para el establecimiento de políticas públicas como para la elaboración de normas jurídicas o actuaciones de las diversas entidades del Estado competentes en la materia.

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

En el marco de la Doctrina de Protección Integral, en la que se basa la Convención de los Derechos del Niño, los NNA son considerados sujetos de derecho, es decir, titulares de derechos y obligaciones, condición reconocida en diversas normas nacionales (el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley 30466 y de su Reglamento, así como normas emitidas específicamente en materia de migración, como el Decreto Ley 1350 y su reglamento). La capacidad de los NNA para ejercer sus derechos de manera autónoma se basa en la noción de evolución de facultades. Con la adopción de esta doctrina, se incrementa la capacidad de los NNA de asumir responsabilidades y decisiones que afectan su vida (Lansdown, 2005, p. 9). Este incremento se da en función de su progresivo grado de madurez integral (física, psicológica y moral)<sup>16</sup>. Como consecuencia de este incremento en la autonomía del NNA se produce un cambio en la estructura tanto de las relaciones familiares como de las demás relaciones que afectan su vida y desarrollo, lo cual incide en su inclusión en la vida en sociedad, siempre en el marco de una necesaria protección.

Este reconocimiento de que los NNA cuentan con un margen de libertad en el ejercicio de sus derechos, debe ir de la mano con la obligación, tanto del Estado como de la sociedad, de proteger y garantizar dichos derechos, y, en ese sentido, de intervenir para promover, prevenir y cuidar de ellos/as con el objeto de que logren su desarrollo integral.

14 “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza 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.” (“Constitución Política del Perú”, 1993, art. 3)

“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” (“Constitución Política del Perú”, 1993, cuarta disposición final y transitoria).

15 Varias de las principales ideas aquí desarrolladas han sido tomadas de Garcés (2009, pp. 251-282).

16 Respecto al principio de evolución de facultades, ver TC (2015).

### **El principio de protección especial de los NNA**

En el principio 2 de la *Declaración sobre Derechos del Niño*, se establece que el niño/a gozará de protección especial, y dispondrá de oportunidades y servicios a fin de que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Este principio se encuentra directamente vinculado al principio del ISN.

### **El principio del interés superior de los NNA**

En el artículo 3 de la *Convención de los Derechos del Niño*, se dispone que en todas las medidas concernientes a los NNA que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se dé una consideración primordial al Interés Superior de los NNA (ISN). La Corte IDH ha sostenido que el ISN implica 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” (2002, párr. 89).

En el derecho nacional existen diversas normas que reconocen este principio: el artículo X del *Código de los Niños y Adolescentes*, la Ley 30364 y su reglamento, y normas conexas emitidas en favor de una mayor protección de sus derechos fundamentales, entre otras. Cabe mencionar en especial la Ley 30466 y su reglamento (Decreto Supremo 002-2018-MIMP), que establecen parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del INS, y determinan la necesidad de argumentar y fundamentar jurídicamente las decisiones tomadas en consideración de sus derechos. Asimismo, el TC reconoce en reiterada jurisprudencia la importancia del ISN, y establece además que este forma parte del denominado bloque de *constitucionalidad* del artículo 4 de la Constitución (TC, 2005; 2010; 2015).

El Comité sobre Derechos del Niño ha referido la importancia de este principio en varias recomendaciones, destacando la Observación General n°. 14 sobre el derecho del niño y de la niña a que su interés superior sea una consideración primordial. En ella se establece el triple carácter del ISN: como derecho sustantivo, como principio interpretativo y como norma de procedimiento, el cual está asimismo expresamente contemplado en la citada Ley 30466 y su Reglamento, así en el Decreto Supremo 003-2018-MIMP, Reglamento de la Ley 30403, que prohíbe el castigo físico o humillante.

Resulta entonces clara la exigencia de que la aplicación de este principio guíe la actuación del Estado peruano para la protección de los NNA migrantes en el país.

## **La Protección de los NNA Migrantes en el Sistema Jurídico Peruano. Alcances y Limitaciones<sup>17</sup>**

### **Marco Constitucional**

Como bien se ha establecido en el primer apartado del presente trabajo, al ser el Perú un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, se encuentra obligado a proteger los derechos fundamentales de todas las personas, en especial de quienes –como los NNA

17 Dado que este trabajo se centra en la protección de NNA migrantes, el marco jurídico nacional al que se hará referencia solo será aquel directamente vinculado a su protección.

migrantes— se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad, lo que comprende la adopción de medidas que les permitan alcanzar la igualdad material y de oportunidades. Por lo tanto, debe asumir funciones de carácter social para hacer efectivas la dignidad, la igualdad y la no discriminación como principios-derechos.

Esta obligación de proteger los derechos de los NNA adolescentes migrantes se desprende tanto de los ya citados artículos 1 y 44 de la Constitución (primacía de la persona y deber estatal de garantizar los derechos de todas las personas), como del artículo 2 y demás artículos constitucionales que reconocen diversos derechos fundamentales: derecho a la salud (art. 7); a la seguridad social y prestaciones de salud (arts. 9-12); a la educación (arts. 13-18); de participación en la vida política, económica, social y cultural (arts. 2, 17 y 31); y aquellos vinculados a la función jurisdiccional (art. 139), entre otros. Es más, dicho deber va de la mano con la constitucionalización del derecho internacional, en el marco de lo establecido por los artículos 3, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como con la consiguiente convencionalización del derecho constitucional, aspecto abordado en el tercer apartado del presente trabajo.

Adicionalmente, la Constitución de 1993 también contempla algunos artículos que refieren de manera específica a las personas extranjeras (derecho de las personas extranjeras a usar su propio idioma mediante un intérprete ante cualquier autoridad que los cite (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2 inc. 19), sometimiento de extranjeros domiciliados que contratan con el Estado a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República (Constitución Política del Perú, 1993, art. 63), propiedad de extranjeros en mismas condiciones que los peruanos con la salvedad de adquirir o poseer dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras (Constitución Política del Perú, 1993, art 71).

Cabe hacer una referencia especial a lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, en virtud del cual “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. Si bien una interpretación literal de este podría circunscribir el contenido de este artículo exclusivamente a la protección de NNA en situación o riesgo de abandono, en aras de una mayor protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, el TC peruano, desde tiempo atrás, ha venido interpretando adecuadamente este artículo de manera extensiva, en aras de una mayor protección de los NNA en general. Asimismo, se ha sostenido que en virtud de lo establecido en dicho artículo, el constituyente ha reconocido el denominado *principio de especial protección del niño* (TC, 2009), que se aborda en la cuarta sección de este trabajo.

Así, para el TC el deber de protección del Estado comprende a todos los NNA, por la condición de vulnerabilidad que implica el solo hecho de ser menores de edad, independientemente de que la protección de aquellos en situación de abandono o particular riesgo tenga un carácter reforzado (TC, 2004).

Cabe referir que este tribunal también ha sostenido repetidamente que el citado artículo 4 de la Constitución comprende también al principio del ISN, con lo que se convierte en parte del bloque de constitucionalidad, en el marco de lo dispuesto por el 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 3a inciso 1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (TC, 2005; 2007 y 2008b).

En conclusión, a partir de una adecuada lectura de los artículos constitucionales, de la

mano con su estrecha relación con lo dispuesto en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en aplicación de principios constitucionales como el de primacía de la persona, protección especial a los NNA e ISN, y la utilización de los principios de interpretación constitucional y de los derechos humanos (unidad de la Constitución, especificidad, vis expansiva, entre otros), se evidencia la obligación constitucional del Estado de, en el marco del deber de garantía de los derechos fundamentales, brindar protección especial a los NNA migrantes, la cual requiere ser plasmada en la política migratoria que se adopte.

### **Marco legal en materia de migraciones. Decreto Legislativo de Migraciones<sup>18</sup>**

A nivel de normas con rango de ley no existe ninguna que trabaje de manera específica la problemática de los NNA migrantes; sin embargo, el Decreto Legislativo de Migraciones (Decreto Ley 1350) contiene algunas disposiciones específicas referidas a esta población, entre ellas las que establecen los principios rectores en materia migratoria el Principio de Unidad Migratoria Familiar y el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente (Título Preliminar)<sup>19</sup>.

Asimismo, esta norma reconoce expresamente la situación de vulnerabilidad de los NNA migrantes (art. 11), y dispone que Migraciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores pongan en conocimiento de las autoridades competentes las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentren las personas migrantes, para la consecuente adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos, haciendo referencia expresa a los NNA.

También se hace mención a los NNA en las disposiciones concernientes a documentos de identidad (art. 15), salvoconducto de menores de edad (art. 22), calidades migratorias (art. 29k), reunificación familiar y unidad migratoria familiar (arts. 37 y 38), y potestad sancionadora de Migraciones (arts. 53, 57, 64 y 66).

### **Marco legal en materia de niñez y adolescencia**

Ante la ausencia de un tratamiento legal específico para NNA migrantes, resulta importante referir muy brevemente que existe un marco normativo nacional que contempla disposiciones que les resultan aplicables, en aras de una mayor defensa de sus derechos fundamentales, entre las cuales destacan la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes (CNA); la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, y su reglamento; la Ley 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes, y su reglamento; la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del ISN y su Reglamento; el Decreto Ley 1408, para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias; y el Decreto Ley 1297 y su Reglamento, que regula lo concerniente a la protección de NNA sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos.

---

18 Dado que este trabajo se centra en la protección de niños, niñas y adolescentes migrantes, el marco jurídico nacional al que se hará referencia sólo será aquel vinculado a su protección.

19 También les resultan directamente aplicable los siguientes: Principio de respeto a los derechos fundamentales, Principio de integración del Migrante, Principio de No Discriminación, Principio de Integridad, Principio de Formalización Migratoria.



Finalmente, es importante mencionar, entre los planes nacionales, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAIA) 2012-2021 (Ley 30362), el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 (Decreto Supremo 002-2018-JUS), el Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016-2021 (Decreto Supremo 008-2016-MIMP), y el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021 (Decreto Supremo 017-2017-IN).

### **La Protección de los Derechos Fundamentales de los NNA Migrantes Venezolanos en el Perú**

Los NNA migrantes que proceden de Venezuela son personas en situación de vulnerabilidad, que se encuentran especialmente expuestas a la afectación de sus derechos fundamentales (CIDH, 2015, p. 20), entre ellos su derecho a la dignidad, la no discriminación, el libre desarrollo, la integridad, la salud, la educación y el derecho a tener una familia, entre otros.

Las encuestas realizadas por la OIM a migrantes venezolanos en el Perú, reflejan lo siguiente:

El 55.7 % indicó que tenía hijas/os. De ellos, el 78.3 % mencionó que al menos un/a hija/o se encontraba en el país de origen, lo que refleja una predominancia en la separación familiar. Adicionalmente, el 21.5 % de las personas encuestadas en la frontera viajaba con al menos un/a hija/o. En el caso de Lima Metropolitana, solo un 28.9 % de las personas encuestadas afirmó tener hijos/as menores de 18 años viviendo con ellos. (OIM 2018c, p. 8)

Ello demuestra cómo el flujo masivo de migrantes al Perú afecta a los NNA, tanto a los que permanecen en su país lejos de sus progenitores, como a quienes ya se encuentran en el Perú con ellos. Existe sin embargo un grupo que no figura en las encuestas y que está en situación más vulnerable: los NNA no acompañados.

Llama la atención que a pesar de su numerosa presencia, los NNA migrantes en el Perú sean en muchos casos invisibilizados. Una muestra de ello es la inexistencia de información respecto a la vulneración de sus diversos derechos fundamentales. Por ejemplo, las encuestas o data que tienen como objetivo evidenciar la violación de derechos de las personas migrantes venezolanas no suelen considerar a NNA (OIM, 2018c, p. 9). Dicha situación es preocupante debido a que

de acuerdo a lo establecido en los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana, y 1, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana), el Estado se encuentra en obligación de realizar un proceso de identificación de los niños migrantes de manera especializada, inmediata, celeridad y objetiva. Este procedimiento deberá respetar los estándares del debido proceso, de acuerdo a los derechos del niño y su interés superior y tendrá como objetivo identificar de manera fehaciente la situación concreta en la que el niño y niña migrante se encuentra, sin que en ningún momento se prive su libertad para ello. (IDEHPUCP, 2012, p. 10)

Y es que es innegable que los NNA enfrentan problemas en cuanto al reconocimiento y cumplimiento de sus derechos, como ocurre en el caso del acceso a la educación. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas estableció en su Observación n.º 20 lo siguiente:



No se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 2009, párr. 30)

Actualmente en el Perú, de acuerdo a información del Ministerio de Educación (MINEDU), miles de NNA venezolanos se encuentran estudiando en colegios, especialmente, en Lima Metropolitana (TV Perú Noticias, 2018). Sin embargo, existen NNA migrantes que no arriban al país a inicio del año escolar, por lo que pierden medio año de estudio. Asimismo, la pobreza de la población migrante hace que los propios progenitores carezcan de recursos suficientes para proporcionarles educación de calidad. Mucho más delicado es el caso de los NNA que migran solos.

Asimismo, aun cuando no se cuenta con estadísticas al respecto, es innegable –y se difunde mediante noticias en los medios de comunicación– tanto la existencia de menores de edad migrantes trabajando informalmente (“Fiscalía investiga cuatro casos”, 2018) como de NNA migrantes víctimas de trata de personas, violencia y explotación sexual (Yrigoyen, 2018), o tráfico ilícito de migrantes.

### **Balance General de las Acciones Específicamente Adoptadas por el Estado Peruano para la Protección de los Derechos Fundamentales de los NNA Migrantes Venezolanos**

La masiva y creciente migración de ciudadanas y ciudadanos venezolanos al Perú ha llevado al Estado a emitir diversas normas específicas que buscan enfrentar esta problemática. Entre aquellas que hacen referencia expresa o se encuentran vinculadas directamente a la protección de los NNA migrantes, cabe mencionar las siguientes:

- a) Decreto Supremo 001-2017- IN, Decreto Supremo 002-2017-IN, Decreto Supremo 023-2017-IN y Decreto Supremo 001-2018-IN (modificado por Decreto Supremo 007-2018-IN). Estos decretos establecen los lineamientos para el otorgamiento PTP a personas de nacionalidad venezolana. Respecto a estas disposiciones cabe mencionar que, si bien en sus considerandos se hace referencia a la necesidad de garantizar el principio de unidad migratoria familiar establecido en el Decreto Legislativo de Migraciones (Decreto Ley 1350), solo existe un artículo que menciona expresamente que la declaración jurada de no poseer antecedentes policiales, penales y judiciales a nivel nacional e internacional no aplica para menores de edad, quienes además deben presentar partida o acta de nacimiento apostillada, o declaración jurada de autenticidad del documento.
- b) Decreto Supremo 015-2017-RE, mediante el cual se aprueba la Política Nacional Migratoria 2017-2025, de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno, acorde con el ámbito de sus competencias

y funciones. Si bien esta norma hace referencia a la importancia de proteger a las personas migrantes y sus familias, son escasas las referencias específicas a la situación que enfrentan los NNA. Sin embargo, sí establece entre los principios que inspiran la política migratoria la protección del interés superior de la niña, el niño y el adolescente, y de la unidad familiar en toda la intervención del Estado en materia migratoria (1.4.5.1.2.7); define el concepto de niña, niño o adolescente no acompañado<sup>20</sup>; y refiere también a los NNA como víctimas de manifestaciones de violencia como la violencia familiar y la trata de personas.

Como puede apreciarse, en todos estos casos la referencia normativa infralegal en materia de NNA migrantes es puntual, y no busca un tratamiento específico e integral. Por el contrario, lo expuesto constituye una muestra de que la normativa sobre personas migrantes en el Perú tiene como destinatarios principales a los sujetos mayores de edad<sup>21</sup>, y carece de un enfoque etario e interseccional que tenga en consideración la especial vulnerabilidad de los NNA migrantes y la necesidad de proteger sus derechos.

Respecto a las acciones correspondientes, es importante mencionar que, más allá de los innegables esfuerzos que se vienen desplegando desde el Estado para enfrentar la masiva migración venezolana, se trata de estrategias ni programáticas ni articuladas, sino más bien aisladas, no integrales y, por ende, insuficientes. Ello a pesar de que el Decreto Ley 1350 establece expresamente en su artículo 7 la importancia de las relaciones interinstitucionales y, en el artículo IX de su Título Preliminar, el Principio de Integralidad, en virtud del cual el Estado debe promover el tratamiento integral del fenómeno migratorio en consideración a su complejidad e impactos transversales, mediante una respuesta intersectorial, multidimensional y de corresponsabilidades.

Otro problema es la falta de asignación de recursos para atender esta grave situación. Del propio Decreto Ley 1350, surge una importante limitación: en la Octava Disposición Complementaria Final, se establece que lo planteado por dicha norma debe financiarse con cargo al presupuesto institucional de Migraciones, en el marco de las leyes anuales de presupuesto, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público. Esto es una prueba de la insuficiencia de recursos presupuestales para poder dar una respuesta integral y articulada a este grave problema, en el marco de una política que permita responder de manera especializada, y con los adecuados recursos humanos, económicos y logísticos.

Sin embargo, cabe resaltar como avance que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1 del Decreto Supremo 208-2018-EF (2018), se ha autorizado una Transferencia de Partidas en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018, por la suma de hasta S/. 9'164,421.00 (nueve millones ciento sesenta y cuatro mil cuatrocientos veintiuno y 00/100 soles), a favor del pliego de la Superintendencia Nacional de Migraciones, para financiar en

20 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 b) del D.S. 007-2017-IN, Reglamento del D. L. de Migraciones, niña, niño o adolescente no acompañado “Es la persona que pretende ingresar o salir del territorio nacional solo, sin la compañía de sus padres, o de tutor nombrado, o curador, o personal responsable del medio de transporte internacional. También es niña, niño o adolescente no acompañado quien queda sin compañía de sus padres, o tutor nombrado, a su llegada o permanencia en el territorio nacional”.

21 Es por ello que gran parte de la normatividad específicamente emitida en materia de migraciones –a la que no se hace aquí referencia– no aborda la problemática particular que enfrentan los NNA migrantes.

el presente año los gastos que conlleven el otorgamiento, operatividad y emisión del PTP para ciudadanos venezolanos a nivel nacional. Se espera que este incremento presupuestal sea utilizado desde los enfoques etarios, de género, interseccional, entre otros, teniendo en consideración la especial situación que vienen enfrentando los NNA migrantes de Venezuela.

Otro aspecto positivo en materia de regulación jurídica vinculada a la protección de los NNA migrantes es la emisión y entrada en vigencia, en setiembre del 2018, del Decreto Supremo 008-2018-IN, el cual aprueba las Directrices Intersectoriales para la Prevención y Persecución del Delito, y la Atención y Protección de las Personas en Situación de Tráfico Ilícito de Migrantes y Víctimas de Delitos en el Contexto de la Migración. Lo positivo de esta norma es que plantea un trabajo intrasectorial, intersectorial e intergubernamental, y establece los enfoques necesarios para abordar el problema desde un marco de protección de derechos humanos, entre los que se mencionan expresamente los enfoques de género, y de niñez y adolescencia. Respecto a esto último, cabe destacar que esta nueva norma plantea lo siguiente:

A lo largo de los años la Comisión Interamericana ha corroborado la **situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran las niñas y niños migrantes** en la región como consecuencia de la interrelación de diversos factores, tales como su edad, el hecho de no ser nacionales del Estado en el que se encuentran y, para el caso de las niñas, en razón de su género. Lo anterior ocasiona que los niños migrantes sean víctimas de múltiples formas de discriminación y de violaciones de sus derechos humanos. Los abusos y malos tratos a los que son sometidos los migrantes en general tienen efectos mucho más perversos cuando se trata de niños migrantes [énfasis añadido], quienes debido a su edad y madurez física y psicológica no tienen forma de oponer resistencia alguna. Por tanto, la inmadurez y vulnerabilidad de los niños requieren de una especial protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. (CIDH, 2015, pp. 20-21)

Asimismo, este Decreto Supremo establece expresamente la importancia de garantizar el ISN, en especial respecto de la reunificación familiar. Adicionalmente, contiene disposiciones específicas que plantean, en lo que se refiere a su atención y protección, el derecho de los NNA migrantes que han sido víctimas de tráfico ilícito de migrantes y de delitos en el contexto de la migración de recibir atención médica sin necesidad de atención de sus progenitores o tutores, atención y contención psicológica con personal especializado, atención de necesidades básicas, información jurídica y derecho a ser oídos en el marco del principio de autonomía progresiva, así como un tratamiento especial en los casos de NNA en situación de desprotección familiar.

La urgencia de su efectiva implementación es manifiesta: actualmente, como consecuencia del insuficiente abordaje de la situación de los NNA migrantes, de acuerdo a declaraciones emitidas en agosto por la viceministra de Poblaciones Vulnerables del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), existen en el Perú NNA venezolanos en riesgo de ser explotados (explotación laboral y sexual), problema que se agrava debido a la presencia de adolescentes de 17 años que cruzan la frontera norte solos, sin familia (Aldave, 2018). Si bien la funcionaria manifestó que las Unidades de Protección Especial (UPE) del MIMP se encuentran atendiendo a los NNA venezolanos que ingresan al Perú, e identificando quiénes

están con sus familias o cuentan con familia aquí, de acuerdo a sus funciones, las UPE atienden casos de NNA en situación o riesgo de desprotección en general, por lo que no son instancias especializadas ni cuentan aún con personal especializado para atender a los NNA migrantes en función de su particular situación. Cabe sin embargo destacar la reciente inauguración, en setiembre de este año, de la UPE del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en el Centro Binacional de Atención en Frontera (CEBAF), la cual sin duda contribuye a fortalecer los mecanismos de vigilancia (Vadillo, 2018).

Un último punto a mencionar respecto a la actuación del Estado peruano es que este dispuso que, a partir del 25 de agosto de 2018, se exigiera a las personas venezolanas la presentación de pasaporte para entrar al país. Ante esta situación, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos presentó un hábeas corpus en defensa de los derechos fundamentales de las y los migrantes, refiriendo asimismo la afectación a los NNA que esta medida implicaba. Mediante Resolución 05-10-2018-1, el 05° Juzgado Penal declaró fundada en parte la acción de hábeas corpus, y dispuso que en un plazo máximo de 30 días el Ministerio del Interior y la Superintendencia Nacional de Migraciones elaboren un Plan Estratégico que regule la movilidad migratoria de ciudadanos venezolanos, para garantizar sus derechos fundamentales sin transgredir los derechos constitucionales de peruanos/as que se vieron afectados por el flujo migratorio, y efectúen los informes técnicos necesarios. Asimismo, recomendó que se continúe permitiendo el ingreso al país, sin la presentación de pasaporte, a venezolanos en situación de vulnerabilidad, como los NNA, y que, en aplicación del ISN se continúe permitiendo el ingreso al Perú sin la presentación de pasaporte de cónyuges, padres e hijos de ciudadanas/os venezolanos que ya pasaron el control migratorio.

Sobre el particular, cabe referir que antes de que el Poder Judicial declarara fundado en parte el hábeas corpus, ya el Estado peruano había flexibilizado por razones humanitarias el ingreso sin pasaporte, para mujeres embarazadas y menores de edad que vienen a reunirse con sus padres/madres. Sin embargo, la situación general en torno a la exigencia de pasaporte es sin duda un problema, pues dicha regulación involucra la vulneración de los derechos de los NNA migrantes, en especial de su derecho a la reunificación familiar.

El Estado peruano debe tener en cuenta, además, la preocupación internacional y los compromisos asumidos respecto a prácticas discriminatorias como la solicitud de pasaporte. Asimismo, debe considerarse el artículo 11 del Decreto Ley 1350, que establece la necesidad de adoptar medidas administrativas o jurisdiccionales en favor de los NNA. En ese sentido, el deber del Estado de atender los casos de ingreso al país de población en situación de vulnerabilidad, atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, resulta imperativo.

### **Recomendaciones y propuestas para una mejora de la actuación del Estado en la protección de los derechos fundamentales de NNA migrantes: una mirada desde el derecho constitucional**

Si bien somos conscientes de la imposibilidad de plantear en este trabajo recomendaciones específicas para el cumplimiento del deber constitucional del Estado de garantizar los derechos de los NNA migrantes, sí resulta posible y relevante presentar algunos lineamientos o planteamientos generales sobre el particular, que contribuyan a controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas, las políticas, y las acciones de las autoridades estatales y de la ciudadanía.

### **Propuestas para una adecuada interpretación de la normatividad vigente en materia de protección de los NNA migrantes**

Aun cuando no existe en el país una normatividad específica –legal o infra legal– que aborde la particular problemática de los NNA migrantes, esta ausencia puede ser fácilmente subsanada mediante la adecuada interpretación y aplicación de otras disposiciones existentes en el ordenamiento jurídico nacional, teniendo en consideración lo siguiente:

- a) El marco constitucional vigente y la jurisprudencia desarrollada por el TC peruano que, a partir de lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución y en cumplimiento de la denominada *vis expansiva*, comprende en su contenido principios como los del ISN y la protección especial de los NNA. A ello se suma la aplicación del principio constitucional *in dubio pro libertatis*, tanto para la interpretación de una norma en favor de una mayor protección de los derechos de los NNA, como para la aplicación de la norma más favorable.
- b) La obligatoriedad del cumplimiento de la normatividad internacional, así como de los estándares internacionales establecidos por los diversos organismos existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, vinculados a la protección de las personas migrantes y en especial de los NNA migrantes<sup>22</sup> en el marco de la Convencionalización del Derecho.
- c) La responsabilidad ineludible del Estado de interpretar la normatividad nacional vigente en el marco de los tratados y la jurisprudencia internacional (sentencias de la Corte IDH y opiniones consultivas), así como de lo establecido en los pronunciamientos emitidos por los organismos encargados de vigilar su cumplimiento en los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos (*soft law*).
- d) La necesidad de interpretar la normatividad nacional e internacional vigente en el marco de los principios (en especial el de interés superior del niño/a y adolescente, el principio de protección especial y el principio/derecho a tener una familia), y aplicar los enfoques (etario, de género, intercultural, interseccional, entre otros). Cabe tener en consideración que en el caso de NNA migrantes confluyen al menos, de manera simultánea, dos factores de discriminación: su carácter de menores de edad y su situación de migrantes, lo que los convierte en personas en situación especialmente vulnerable. A ello se suma que las principales víctimas de violencia de género (trata, explotación sexual, violencia sexual) son mujeres.
- e) La necesidad de que la jurisprudencia nacional emitida en materia de protección de NNA migrantes tome en consideración lo establecido en los literales anteriores, lo que resalta el importante rol que puede desempeñar la justicia constitucional en la protección de sus derechos fundamentales y en el control de la constitucionalidad de la actuación del Estado, más aún ante la existencia de vacíos o insuficiencias normativas en materia de protección de los derechos de las personas migrantes<sup>23</sup>.

22 Tratados mencionados en el tercer apartado del presente trabajo.

23 Al respecto, véase Poder Judicial (2018).

### **Lineamientos para una propuesta de regulación jurídica que contribuya a garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales de los NNA migrantes en el Perú**

Resulta necesario el establecimiento de reformas normativas, iniciativas legislativas y elaboración de directivas o protocolos para la protección de NNA migrantes. Entre las cuestiones que resultaría conveniente abordar a partir de una regulación jurídica se encuentran las siguientes:

- Revisión de la normatividad vigente en materia de protección de derechos de personas migrantes, en especial de NNA.
- Determinación clara de las competencias de las entidades estatales a nivel nacional, regional y local, con el objetivo de facilitar un trabajo integral y articulado.
- Implementación de las exhortaciones realizadas a los Estados parte por la CIDH en su Resolución 2/18, que establece, entre otras medidas vinculadas a los NNA migrantes, la necesidad de contar con enfoques diferenciales que respondan a sus necesidades específicas, así como de garantizar la reunificación familiar y la situación familiar de las personas migrantes.
- Aprobación de un protocolo interinstitucional para la protección de los derechos de los NNA migrantes, con especial incidencia respecto de aquellos que se encuentran en situaciones irregulares, como los NNA no acompañados<sup>24</sup>. Respecto al problema de la migración irregular, no debe olvidarse que esta es promovida por políticas migratorias restrictivas, que generan el fortalecimiento de redes criminales de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes (Defensoría del Pueblo, 2018).
- Emisión de disposiciones que coadyuven a regularizar la situación de los NNA migrantes, a partir de la emisión de permisos de mayor duración, “para una migración que se está volviendo parte del panorama y no tan especial ni temporal” (Blouin, 2017, párr. 4).
- Establecimiento de disposiciones específicas de protección de NNA migrantes en situación o riesgo de desprotección.
- Establecimiento de medidas específicas para la protección de las y los NNA migrantes contra la trata con fines de explotación sexual y laboral, y la mendicidad.
- Conformación de una mesa o grupo interinstitucional encargado –al igual que ocurre en otros países (CIDH, 2017, p. 82)– de coordinar un trabajo integral y articulado para la prevención de la vulneración de los derechos y la protección de los NNA migrantes, que incluya propuestas de normas jurídicas en la materia.

<sup>24</sup> De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, “Migraciones debe prever un procedimiento especial para el caso de los/las menores de edad no acompañados. La autoridad debe poner especial énfasis en la detección de estos casos siendo imprescindible que se registren sus datos y se convoque a las autoridades de protección de los/las niños, niñas y adolescentes competentes. . . . Un aspecto a no descuidar, es el referido a la valoración de la relación de parentesco o vinculación de un/a menor de edad no acompañado/a con la persona adulta que se declara como su responsable. Un error en este análisis podría poner al/la menor de edad en situación de vulnerabilidad o dejarlo en manos de traficantes de personas” (2014, p. 120).

### Otras recomendaciones

Es conveniente referir también las siguientes consideraciones que, aunque no están directamente vinculadas a un análisis estrictamente constitucional, sí se desprenden de este en el marco de un Estado que, en ejercicio de su deber de garantía, establece políticas públicas eficaces para el cumplimiento de su razón de ser, la defensa y el respeto de las personas y de su dignidad:

- a) Establecimiento e implementación de una política pública integral y articulada (CIDH, 2018b) que enfrente de manera adecuada y específica la situación de las personas migrantes, con incidencia en grupos especialmente vulnerables (como los NNA y las mujeres), y aborde el problema de la defensa de los derechos humanos a partir de estrategias y medidas de prevención, protección, investigación, sanción y reparación, con objetivos de corto, mediano y largo plazo, en el marco de un Estado unitario y descentralizado como es el peruano.
- b) Debido a que los NNA migrantes se encuentran en todo el territorio nacional, la aplicación de un enfoque territorial para elaborar la estrategia y las medidas para enfrentar esta problemática, el cual permita abordarla en el contexto de la realidad de cada gobierno regional y local, que deben asumir un rol fundamental en su defensa y protección en el marco de la política pública nacional.
- c) Elaboración de estudios y diagnósticos que permitan obtener un panorama claro de la situación que enfrentan los NNA migrantes en el Perú.
- d) Atención a las necesidades básicas de los NNA migrantes en situación de extrema pobreza: alimentación, vestido, salud, vivienda, educación.
- e) Establecimiento de medidas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales de los NNA migrantes, como aspecto clave para su integración y pertenencia a una nueva comunidad sociopolítica (Pavez, 2017).
- f) Establecimiento e implementación de una estrategia de sensibilización que contribuya a la toma de conciencia sobre la difícil situación que enfrentan las personas migrantes, en especial los NNA, a fin de promover la solidaridad y adopción de medidas en defensa de sus derechos fundamentales. Lo expuesto debe comprender acciones conjuntas con medios de comunicación, así como estrategias de sensibilización en instituciones educativas (profesores/as, alumnos/as, padres y madres de familia) elaboradas en coordinación con el MINEDU y las Direcciones Regionales de Educación.
- g) Coordinar esfuerzos a partir del establecimiento de relaciones de cooperación con instituciones internacionales (ACNUR, OIM, UNICEF, PMA, OPS, OMS, entre otras), la sociedad civil, la academia y empresas privadas.
- h) Elaboración de estrategias de capacitación a magistrados/as (TC, Poder Judicial, Ministerio Público) y demás operadores jurídicos (funcionarios/as del MIMP, el MINEDU, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, los gobiernos locales, entre otros), para garantizar una

adecuada respuesta jurisdiccional y administrativa, orientada a la adecuada protección de los derechos fundamentales de los NNA migrantes.

- i) Reforzamiento de la labor de las UPE de NNA<sup>25</sup> en el MIMP, mediante la especialización del personal en atención de NNA migrantes en situación de riesgo o desprotección.
- j) Establecimiento de guarderías para niños y niñas cuyos padres requieren salir a trabajar y no tienen con quién dejarlos.
- k) Establecimiento de acciones de monitoreo y seguimiento (CIDH, 2018b) de las medidas adoptadas en favor de los NNA migrantes.

Finalmente, cabe resaltar que nada de lo aquí planteado resultará posible sin la mediación de real voluntad política para establecer acciones y estrategias programáticas ante una situación que parece proyectarse a mediano y largo plazo, que sin duda repercutirá en el plan y calidad de vida de estas personas, y podría generar una positiva transformación de la realidad social, económica y política del Perú.

Una adecuada respuesta al actual fenómeno migratorio requiere del otorgamiento de suficientes recursos económicos, logísticos y humanos. Los problemas presupuestales que sin duda enfrenta actualmente el Estado peruano no pueden blandirse como argumento para obviar la implementación progresiva de mecanismos y estrategias para la protección de quienes, como los NNA migrantes, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, más aún cuando se encuentran en riesgo derechos fundamentales como su salud, integridad, dignidad y vida.

### **Consideraciones Finales**

El escenario actual de migración internacional genera la urgente necesidad de que los Estados receptores emitan políticas públicas integrales y articuladas para enfrentar los impactos demográficos, económicos y sociales que conlleva el flujo masivo de personas que provienen de un Estado donde los derechos fundamentales de quienes huyen de él vienen siendo sistemáticamente violados, como es el caso de los migrantes venezolanos<sup>26</sup>.

La mayor responsabilidad estatal radica en brindar protección a todas estas personas que, en medio de su sufrimiento y temor, abrigan la esperanza de lograr encontrar un trato digno y humano en un país ajeno. Ello va de la mano con la obligación del Estado de generar conciencia y solidaridad en la ciudadanía, a fin de evitar conductas o pensamientos xenófobos que la llegada masiva de migrantes suele, lamentablemente, producir en parte de la población nacional.

Actualmente, en Latinoamérica, y en especial en Perú, la presencia de venezolanos/as se ha vuelto un fenómeno cotidiano. Comparten nuestra particular realidad y problemas,

25 Mediante la Quinta Disposición Complementaria Final del D. L. 1297, orientado a la protección de NNA sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, se establece que las Unidades de Investigación Tutelar de la Dirección General de Niños, Niñas y Adolescentes del MIMP, encargadas de dirigir el procedimiento de investigación tutelar y la Dirección de Investigación Tutelar, se denominan en adelante Unidades de Protección Especial y Dirección de Protección Especial.

26 Al respecto, ver la *Declaración de Quito sobre Movilidad Humana de Ciudadanos Venezolanos en la Región*, del 4 de setiembre de 2018.



buscando ganarse la vida de la manera en que sus difíciles circunstancias se lo permiten. La situación es más grave cuando se trata de NNA venezolanos, quienes son plenamente conscientes de la triste situación de su país de origen y de sus seres queridos. A ello se suma muchas veces el sufrimiento de estar lejos de uno o ambos progenitores, o el de estar con ellos en un lugar que no es su tierra enfrentando una realidad dura, en la que muchos no logran aun ver garantizados sus derechos fundamentales como una adecuada alimentación, vestimenta, vivienda, salud y educación, o el vivir en familia. Aún peor, muchos de estos NNA están en riesgo de ser explotados por su condición de personas menores de edad, y ven así violentado el derecho que todo ser humano, por su sola condición de tal, debe exigir, que no es otro que su derecho a una vida digna.

Es precisamente ante esta problemática que solo una mirada integral desde el Derecho Constitucional permitirá “humanizar” al Estado, haciéndole volver la mirada a su propia razón de ser, que no es otra que la defensa de los derechos fundamentales, en especial de quienes están en situación de vulnerabilidad –como es el caso de los NNA migrantes–. Ello se logrará a partir del diseño de políticas, y la asignación de recursos humanos y económicos, así como del establecimiento de instancias especializadas para el efecto. También es necesaria la adopción de acciones y estrategias preventivas que contribuyan a la toma de conciencia, en el interior de la sociedad, respecto al rol que toca a los ciudadanos asumir en este difícil contexto.

No se trata precisamente de un reto, sino, sobre todo, de una responsabilidad, de una oportunidad de forjar un país más humano y solidario, cuya finalidad principal debe ser alcanzar el real cumplimiento de los derechos fundamentales de todas las personas sin excepción, incluidos los NNA migrantes, cuyo futuro y esperanza de realizar su plan de vida, sin discriminación de ningún tipo, está, el día de hoy, en nuestras manos.



## REFERENCIAS

- ACNUR. (2018). *Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2018/11617.pdf>
- Aldave, C. (2018, 31 de agosto). Declaraciones de la Viceministra de Poblaciones Vulnerables, Cecilia Aldave. RPP Noticias.
- Alvites Alvites, E. (2011). Derecho constitucional y métodos feministas. La interpretación del derecho a la igualdad y a la no discriminación del derecho a la igualdad y a la no discriminación para la protección de los derechos de las mujeres. En M. Fernández & F. Morales (Coord.). *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* (117-144). Lima, Perú: Palestra.
- Asamblea de las Naciones Unidas. (1969, 23 de mayo). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Viena, Austria.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2000, 24 de febrero). *Resolución sobre Protección de los migrantes* [A/RES/54/166]. Nueva York, Estados Unidos.
- BBC. (2018). *Venezuela: 3 gráficos que muestran la enorme dimensión del éxodo en los últimos años por culpa de la crisis*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45262411?ocid>
- Blouin, C. (2018, 15 de febrero). Los niños recién llegados. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/venezolanos-permiso-temporal-permanencia-salud-educacion-ninos-recien-llegados-cecile-blouin-noticia-497382>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de la ONU, Comité sobre los Derechos del Niño de la ONU, Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU. (2018, 5 de setiembre). *Declaración conjunta para el desarrollo de una respuesta regional a la llegada masiva de personas venezolanas a países del continente americano de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y comités, órganos y procedimientos especiales de la Organización de las Naciones Unidas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/197.asp>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015, 31 de diciembre). *Movilidad Humana. Estándares Interamericanos* [OEA/Ser.L/V/II. Do 46/15].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección* [Documento 206/17]. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018a). *Relatoría sobre los derechos de los migrantes*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/default.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018b, 22 de febrero). *CIDH presenta informe sobre los Sistemas Nacionales de Protección de los Derechos de la Niñez*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/037.asp>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. (2009, 2 de julio). Observación General n°. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales [E/C.12/GC/20]. En Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, párr. 2).
- Comunidad Andina. (1996, 16 de setiembre). *Decisión 397. Tarjeta andina de migración*. Lima, Perú.
- Comunidad Andina. (1999, 25 de mayo). *Decisión 459. Política comunitaria para la integración y el desarrollo fronterizo*. Cartagena de Indias, Colombia.
- Comunidad Andina. (2003, 25 de junio). *Decisión 545. Instrumento andino de migración laboral*. Antioquía, Colombia.
- Constitución Política del Perú*. (1993, 29 de diciembre). Lima, Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002, 28 de agosto). *Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño* [Opinión consultiva 17/02. Serie A 17].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003, 17 de setiembre). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* [Opinión consultiva 18/03].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 26 de setiembre). *Sentencia de la Corte IDH (Almonacid Arellano y otros vs. Chile)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011, 24 de febrero). *Sentencia de la Corte IDH (Gelman vs. Uruguay)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 19 de agosto). *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional* [Opinión consultiva 21/14]. Recuperado de <http://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>
- Declaración de Quito sobre Movilidad Humana de ciudadanos venezolanos en la región*. (2018, 4 de setiembre). Quito, Ecuador.

- Decreto Legislativo 1297, Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. (2016, 30 de diciembre). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Decreto Supremo 007-2017-IN, Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones. (2017, 27 de marzo). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Defensoría del Pueblo. (2014). *Informe 009-2014*. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2015/Informe-009-2014-DP-ADHPD.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2018, 25 de agosto). *Pronunciamiento 021DP/2018*.
- Fiscalía investiga cuatro casos por explotación laboral y trata de niños. Ministerio Público rescató a tres menores que eran usados por sus familiares para vender en las calles. (2018, 31 de julio). *Correo*. Recuperado de <https://diariocorreo.pe/edicion/tacna/fiscalia-investiga-cuatro-casos-por-explotacion-laboral-y-trata-de-ninos-833184/>
- Fowks, J. (2018, 29 de junio). Perú, desbordado por la migración venezolana. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2018/06/29/america/1530231474\\_447688.html](https://elpais.com/internacional/2018/06/29/america/1530231474_447688.html)
- Garcés Peralta, C. (2009). Apuntes para una adecuada interpretación de la normatividad vigente en materia de niñez y adolescencia en el ordenamiento jurídico peruano, desde una perspectiva constitucional. En *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Tomo 1, pp. 251-282). Lima, Perú: Idemsa.
- Garcés Peralta, C.; Bernal Ballesteros, E.; & Abad Yupanqui, A. (1993). Análisis del proyecto de Constitución. En *Del golpe de Estado a la nueva Constitución* [serie Lecturas sobre temas Constitucionales, vol. 9] (pp. 196-206). Lima, Perú: Comisión Andina de Justicia.
- IDEHPUCP. (2012). *Amicus curiae sobre la solicitud de la opinión consultiva n°. 21: Derechos de los/las niños/las migrantes*. Recuperado de [http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/05/amicus\\_curiae\\_derechos\\_ninos\\_migrantes.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/05/amicus_curiae_derechos_ninos_migrantes.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. En S. Castañeda Otsu (Coord.), *Constitucionalismo y democracia en América Latina. Controles y riesgos* (pp. 219-254). Lima, Perú: 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 L. López & A. Saiz (Eds.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los DDHH. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales* (pp. 153-185). Lima, Perú: Palestra.

- Landa, C. (2016). *La Convencionalización del Derecho peruano*. Lima, Perú: Palestra.
- Lansdown, G. (2005). *La evolución de las facultades del niño*. Siena, Italia: Save The Children, Centro de Investigaciones Innocenti.
- Ley 28237. (2004, 31 de mayo). Código Procesal Constitucional. *El Peruano*. Lima, Perú.
- Ley 28301, Ley orgánica del Tribunal Constitucional. (2004, 22 de julio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Mercado Común del Sur. (2002, 6 de diciembre). *Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile*. Brasilia, Brasil.
- Mercado Común del Sur. (2008). *Acuerdo sobre los documentos válidos para el tránsito de nacionales y residentes regulares*. Tucumán, Argentina.
- Organización de los Estados Americanos. (2013, 18 de diciembre). *Los migrantes son seres humanos con derechos humanos*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/102.asp>
- Organización de los Estados Americanos. (2018). *CIDH adopta resolución sobre migración forzada de personas venezolanas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/048.asp>
- Organización Internacional para las Migraciones. (2015, 4 de diciembre). *Marco de gobernanza sobre las migraciones [C/106/RES/1310]*. Ginebra, Suiza.
- Organización Internacional para las Migraciones. (2018). *Plan de acción regional Migración Venezolana para el fortalecimiento de la respuesta a los flujos migratorios recientes de nacionales de Venezuela a América del Sur, Norteamérica, América Central y El Caribe*. Recuperado de [https://www.iom.int/sites/default/files/press\\_release/file/plan\\_de\\_accion\\_regional\\_en\\_espanol.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/press_release/file/plan_de_accion_regional_en_espanol.pdf)
- Organización Internacional para las Migraciones. (2018c). *Monitoreo de Flujo de Migración Venezolana en el Perú. DTM Ronda 3. Matriz de seguimiento del desplazamiento*. Lima, Perú: Autor.
- Pavez, I. (2017). Integración sociocultural, y derechos de las niñas y los niños migrantes en el contexto local. El caso Recoleta (Región Metropolitana, Chile). *Chungará* (Arica), 49(4), 613-622.
- Poder Judicial. (2018, 5 de octubre). *Resolución, Exp. 06488-2018-0-1801-JR-PE-05*.
- Rojas, A. (2018a, 6 de octubre). Venezolanos podrán ingresar al Perú sin pasaporte. *El Comercio*, 21.
- Rojas, A. (2018b, 7 de octubre). Evalúan apelar fallo que autoriza ingreso de venezolanos sin pasaporte. *El Comercio*, 12.

- Superintendencia Nacional de Migraciones. (2018, 15 de junio). *El fenómeno migratorio venezolano debe ser abordado de manera regional*. Recuperado de <https://www.migraciones.gob.pe/index.php/el-fenomeno-migratorio-venezolano-debe-ser-abordado-de-manera-regional/>
- Tribunal Constitucional. (2004, 1 de setiembre). *Proceso de amparo por J. J. C. C.* [STC 0052-2004-AA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2005, 6 de diciembre). *Hábeas corpus por Blanca Borja* [STC 6165-2005-HC/TC].
- Tribunal Constitucional. (2006a, 24 de abril). *Proceso de inconstitucionalidad por José Claver Nina Quispe* [STC 047-2004-AI/TC].
- Tribunal Constitucional. (2006b, 25 de abril). *Proceso de inconstitucionalidad por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima* [STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, acumulados].
- Tribunal Constitucional. (2007, 17 de octubre). *Proceso de amparo por Feliciano Contreras* [STC 4646-2007-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2008a, 6 de enero). *Proceso de inconstitucionalidad por la Municipalidad Provincial del Callao* [STC 0015-2008-PI/TC].
- Tribunal Constitucional. (2008b, 14 de agosto). *Hábeas corpus por J. V. C. B.* [STC 03247-2008-PH/TC].
- Tribunal Constitucional. (2009, 7 de octubre). *Hábeas corpus por J. A. R. R. A.* [STC 01817-2009-PHC/TC].
- Tribunal Constitucional. (2010, 9 de setiembre). *Hábeas corpus por L. J. T. A. e I. M. T. A.* [STC 02079-2009-PHC/TC].
- Tribunal Constitucional. (2015, 25 de agosto). *Hábeas corpus por Juan Temistocles* [STC 01665-2014-HC/TC].
- TV Perú Noticias. (2018, 26 de agosto). *¡Conmovedor! Emotivos reencuentros de los venezolanos en Lima* [video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=UYNA-ZOR0Pc>
- Vadillo, J. (2018, setiembre 15). *Crean Unidad de Protección para niños venezolanos que llegan solos o con tutores*. Recuperado de <https://andina.pe/agencia/noticia-crean-unidad-proteccion-para-ninos-venezolanos-llegan-solos-o-tutores-725210.aspx>
- Yrigoyen, M. C. (2018). *Rescatan a cuatro adolescentes venezolanas que eran explotadas sexualmente*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/lima/pnp-rescato-cuatro-menores-venezolanas-victimas-trata-noticia-515052>





## CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A INTERNET: TEORÍA Y PRAXIS

César Landa<sup>1</sup>

En el Perú la mitad de la población –15 millones de habitantes– está conectada al Facebook, y existen alrededor de 35 millones de teléfonos celulares (El Comercio, 2016). La interconectividad crece año a año, gracias al uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, como Internet, que está modificando no solo el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, particularmente aquellos referidos a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, sino que también ha supuesto un replanteamiento del modelo de organización social, cultural y económica del Estado y los ciudadanos.

En ese sentido, el Perú no es ajeno al cambio de los paradigmas mundiales de la economía y la política acontecido tras el rápido proceso de la caída del Muro de Berlín, que fue la expresión del cambio del modelo político y económico universal hasta entonces vigente. Dicho orden estaba basado en la tensión entre el capital y el trabajo, tensión que ordenó a los países bajo la órbita de los Estados Unidos, con los valores de la libertad y el mercado, o de la otrora Unión Soviética, con los valores del trabajo y el Estado.

El cambio fue muy importante: se cerró el modelo de confrontación de la Guerra Fría entre los dos sistemas ideológicos mundiales, que se transformó en una sociedad global de la comunicación y la tecnología. En ese escenario, el Internet, en tanto un producto del desarrollo científico al servicio de la sociedad, permite el acceso a información, y su almacenaje, procesamiento y transmisión, que se viene incrementado exponencialmente en la actual “era digital”. En relación con lo indicado, por ejemplo, un disco de almacenaje fijo o portátil de un terabyte puede guardar 300 horas de video o 3.6 millones de fotografías digitales estándar. Asimismo, un terabyte puede almacenar el equivalente a mil copias de la Enciclopedia Británica digital.

El contexto de una sociedad de la información, modelo de sociedad promovido por los países “desarrollados” en la era posindustrial, constituye una oportunidad estratégica para las sociedades en vías de desarrollo, que puede contribuir a superar su situación de retraso económico y social, así como a potenciar la protección y desarrollo de los viejos y nuevos derechos fundamentales, a través del Internet y las nuevas tecnologías, en la medida en que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado, según dispone el artículo 1 de la *Constitución Política del Perú* (1993).

Así, en el Perú la convergencia de las tecnologías de la informática –equipos y software–, las telecomunicaciones –televisión y radio– y la comunicación digital –telefonía móvil– está generando aceleradas transformaciones de índole social, económica y política. En esta era

---

<sup>1</sup> Expresidente del Tribunal Constitucional, profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

digital, el Internet se está convirtiendo en un nuevo *bien de dominio público* del siglo XXI, por cuanto su acceso alcanza progresivamente a casi todos los ciudadanos, interesados o no. Asimismo, esta tecnología también está permitiendo expandir el control del Estado y las corporaciones sobre la vida privada de las personas.

A la luz de los argumentos expuestos sobre la importancia del acceso al internet en la sociedad actual, el objetivo del presente texto es analizar el acceso a y el uso del Internet como un nuevo derecho fundamental en sí mismo, que tiene impacto en todos los ámbitos de la vida humana, particularmente perfilando su naturaleza y contenido esencial, así como analizando la escasa jurisprudencia administrativa sobre la materia que muestra el control de los excesos de las empresas y también de los usuarios de las relaciones digitales, lo cual pone en evidencia la necesidad de regular los alcances y los límites del Internet, en un balance con los derechos fundamentales.

### **Internet y Derechos Fundamentales**

Como ya se ha expresado previamente,

El Internet constituye el ícono de la sociedad de la información, en la medida que facilita la creación, el acceso, el almacenamiento, el procesamiento y la distribución de la información; jugando un papel esencial en las relaciones sociales, culturales y económicas entre las autoridades, las empresas y los ciudadanos, y, entre estos entre sí. En esta nueva etapa de transformación del Estado y la sociedad, el Internet es el fundamento principal para construir la nueva identidad de los derechos fundamentales. (Landa, 2016, p. 2)

En el marco del nuevo paradigma de la sociedad de la información y del conocimiento, el Internet se convierte en un derecho fundamental (García 2016; Fernández, 2004), en la medida en que faculta a todas las personas, a través de las nuevas tecnologías, a ampliar sus posibilidades de goce, y ejercicio de los derechos y libertades clásicos, especialmente potencializando directamente a aquellos referidos a la libertad de expresión y el libre acceso a la información (Consejo de la Unión Europea, 2014).

Es más, en la medida en que los derechos fundamentales son “universales, indivisibles e interdependientes” (Declaración y Programa de Acción de Viena, art. 5), el Internet los integra digitalmente y permite que trasciendan más allá de las fronteras de los Estados nacionales, no solo para el goce del mismo, sino también para su defensa y protección. Por ello, la Organización de las Naciones Unidas ha llegado a declarar el Internet como un derecho humano (Carballo, 2016), lo cual implica que los Estados deben cumplir con nuevos compromisos internacionales en esta era digital.

En ese entendido, el Internet constituye no solo un derecho fundamental, sino que también es una garantía institucional de la democracia, en la medida en que se constituye en una necesidad social para acceder, y gozar a plenitud los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

## Contenido Esencial del Derecho al Internet

Como todo derecho fundamental, el derecho al Internet debe contar con un contenido esencial constitucionalmente protegido, que se derive de la articulación de los derechos referidos “a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley” (“Constitución Política del Perú” [CP], 1993, art. 2-4); “a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, exceptuando las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional” (CP, 1993, art. 2-5); “a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar” (CP, 1993, art. 2-6); y “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias” (CP, 1993, art. 2-7), básicamente.

En ese sentido, ya que el Internet entrelaza directamente los derechos fundamentales mencionados, adquiere una naturaleza de bien de dominio público, que el Estado tiene la responsabilidad de asegurar a toda persona como un derecho autónomo, mediante un conjunto de atributos en su contenido constitucionalmente protegido, los cuales se desarrollan a continuación.

### Acceso a Internet

El acceso informado y consentido a Internet es una condición indispensable para poder gozar no solo de las libertades comunicativas, sino de todos los demás derechos fundamentales. No obstante, como el Internet consiste en un sistema de grandes redes interconectadas, ello supone dos condiciones: en primer lugar, que las personas cuenten con un equipo –hardware– y un programa –software– que les permita acceder al Internet; en segundo lugar, que exista una infraestructura de comunicación –eléctrica, plataforma satelital y/o cableado dorsal de fibra óptica–, a cargo del Estado, las empresas y, particularmente, el sistema educativo. Al respecto, el Ministerio de Educación cuenta con una plataforma, Perú Educa. Sistema Digital para el Aprendizaje (<http://www.perueduca.pe/>) y su aula virtual (<http://aulavirtual.perueduca.pe/>), que aprovechan el Internet para ofrecer a los docentes, a nivel nacional, diversos cursos formativos y de complementación pedagógica, además de información de interés para el desempeño de su función educativa.

Sin embargo, en el Perú el acceso público a Internet tiene un costo, incluyendo los costos referidos al soporte necesario para el acceso, mientras que en algunos países de la región este es gratuito, gracias a las políticas de Estado orientadas a mejorar la educación pública básica e incluso la integración social de los jubilados. Tal es el caso de la República Oriental del Uruguay, que, con el objetivo de brindar el soporte necesario para el acceso al internet, ya ha entregado, a través del Plan Ceibal, un millón de computadoras portátiles a escolares de 4 a 6 años (Pulso, 2013); asimismo, en 2015 empezó a entregar tablets a los jubilados para posibilitar, en ambos casos, su acceso al entorno digital e integrarlos a la sociedad de la información (Emol, 2015).

La inclusión digital de determinados grupos humanos vulnerables –particularmente en las zonas rurales– es importante, así como poner el acceso a Internet al alcance de la ciudadanía

en espacios y recintos públicos como plazas, parques, bibliotecas, escuelas, universidades, centros comunitarios, hospitales, aeropuertos, instituciones públicas, y demás espacios de infraestructura y servicios públicos.

Para asegurar el acceso a Internet, informado y consentido, se debe ofrecer también equipos y servicios de calidad básica, que deben ir mejorando en función de los nuevos desarrollos tecnológicos, así como garantizar la libertad de elección del sistema, aplicación y uso de los programas, para evitar la concentración y/o las posiciones dominantes en el mercado de hardware y software, para lo cual, se debe asegurar el acceso universal, mediante la interconectividad de los protocolos e infraestructuras de comunicación. Es eso lo que se ha establecido como el *principio de neutralidad*, que en el Perú ha sido regulado mediante el *Reglamento de Neutralidad de Red aprobado* por Resolución del Consejo Directivo 165-2016-CD/OSIPTEL.

Al Estado también le compete regular el acceso a Internet en condiciones de igualdad, sin discriminación por razones de origen, sexo, raza, religión, opinión política, idioma, nacionalidad, condición económica o de cualquier otra índole, ello sin perjuicio del establecimiento de políticas de acción afirmativa para facilitar el acceso a personas en situación de discapacidad y a comunidades marginadas, especialmente. Debe promoverse que las corporaciones privadas no establezcan barreras arbitrarias o desproporcionadas para dicho acceso, sino más bien condiciones amigables para todas las personas.

En ese entendido, la protección del libre acceso –informado y consentido– a Internet requiere pues de neutralidad, para garantizar la pluralidad y la diversidad del flujo informativo, por cuanto el Internet es un bien de dominio público que permite la interconexión entre las personas. Por ello, el Estado debe asegurar el intercambio libre, abierto, equitativo y sin discriminación de la comunicación e información (Téllez 2015) mediante una regulación sin privilegios personales u obstáculos por razón de contenidos políticos, económicos, culturales o sociales, lo cual no se opone a que puedan expedirse leyes especiales requeridas por la naturaleza de las materias a ser reguladas, más no por la diferencia entre las personas, tal como dispone el artículo 103 de la Constitución.

### **Libertad del uso de Internet**

Toda persona tiene derecho a la libertad personal en el marco de su libre desarrollo y bienestar, en la medida en que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (CP, 1993, art. 2-24-A). Sin embargo, todo sujeto también debe gozar de la protección de su libertad frente a los peligros de una actuación desproporcionada o arbitraria de parte de los poderes públicos y privados.

El “Internet debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño” abierto y descentralizado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 17), también es un medio que posibilita el robo de la identidad digital, el intrusismo, el uso indebido de datos por terceros y el ciberacoso, entre otras formas de delito que se cometen utilizando dicha red. Por ello, es necesario que el Estado tome medidas especiales, tales como políticas de educación y campañas de prevención, y que combata los actos delictivos a nivel nacional e internacional (Ortego, 2015; Villavicencio, 2015).

Además de los delitos informáticos, también se cometen abusos en cuanto al uso o administración de Internet, los cuales configuran conflictos de derechos o potestades entre los

usuarios y los proveedores. En ese sentido, en el Perú, tal como sucedió antes en Europa, se ha sancionado a Google por no retirar los datos personales de un ciudadano peruano que atravesó un proceso penal del cual ya había sido absuelto (en la sección “Derecho al olvido digital” del presente trabajo se dan más detalles del caso). Respecto de ese tipo de casos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido el derecho a

Solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. (2014, párr. 99).

Por lo tanto, es constitucional que el Estado busque garantizar la libertad del uso de Internet, aunque regulando la resolución de conflictos y señalando las ulteriores responsabilidades, con criterios de legitimidad y ponderación, en el ámbito de los derechos digitales.

Dicha labor es particularmente crucial debido a que durante los últimos años se han planteado desafíos y conflictos entre el entorno digital y la libertad de expresión; la libertad de información y acceso a la información pública; el derecho a la autodeterminación informativa, a la privacidad y al honor público; los derechos de autor; y el interés superior de niñas, niños y adolescentes (Orizaga & Cabrera 2015). En dichos casos debe garantizarse la protección de contenidos mínimos, regulando los alcances del derecho a Internet.

Ahora bien, cualquier regulación o restricción de los derechos digitales a los proveedores y/o usuarios debe cumplir una serie de requisitos: a) expedición de una ley; b) legitimidad constitucional de la finalidad restrictiva; c) necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida restrictiva; d) garantías judiciales de control; y e) respeto al debido proceso.

No obstante, deben existir medidas obligatorias por parte del Estado, o de las propias empresas intermediarias, de filtrado, bloqueo o suspensión de portales web, direcciones IP, enlaces (links), datos, extensiones de nombre de dominio, puertos, protocolos de red y sitios web del servidor en los que están alojados, que solo deberían ser admisibles cuando contengan materiales ilícitos o sean usados con fines ilícitos. Esta tarea debe ser determinada por el Estado, y aplicarse a las empresas en tanto violen los términos contractuales y/o de uso establecidos, de conformidad con la ley y los principios constitucionales.

Lamentablemente, ante el vertiginoso avance de las nuevas tecnologías, la regulación estatal se encuentra rezagada, por lo que el usuario se encuentra la mayoría de veces desprotegido ante las empresas proveedoras de servicio de Internet (PSI) y de alojamiento de sitios web, las plataformas de redes sociales y los motores de búsqueda. Dichas empresas limitan o condicionan la conexión entre usuarios a través de plataformas de redes sociales, alojamiento de material publicado y búsquedas en la red, transmisión, procesamiento y ordenación del tráfico, transacciones financieras, etc. Con ello se afecta el derecho del consumidor a elegir con información y opciones suficientes entre los distintos equipos, programas y servicios de Internet, derecho a la información que el Estado tiene la obligación de defender (CP, 1993, art. 65).

Esta concepción sobre los retos para asegurar el acceso al internet asume que el negocio del Internet es global, en la medida en que los proveedores de internet brindan servicios de acceso e interconexión al Internet que incluye el acceso a programas, sitios web, motores de búsqueda y redes sociales. En este escenario también se producen pugnas entre las empresas

de telecomunicaciones y/o las empresas informáticas por conformar monopolios u ocupar posiciones dominantes del mercado, lo cual pone a veces en peligro la libertad de acceso en igualdad de condiciones a todos los servicios de Internet –principio de neutralidad–. Así, por ejemplo, empresas como Verizon y AT&T en Estados Unidos sostienen que la regulación del Internet como un servicio público sometido al principio de neutralidad de la red restringe y desalienta la inversión que realizan en dicho rubro del mercado. Por el contrario, otras empresas, como Twitter, Netflix y Yelp, consideran que es necesario asegurar que los proveedores de Internet eviten acuerdos que puedan favorecer un servicio y bloquear el de la competencia (Associated Foreign Press, 2016).

### **Seguridad en Internet**

Con el vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías, la seguridad de los internautas se ha puesto en peligro, no solo debido al aumento de la delincuencia informática, sino también por los excesos cometidos por las empresas proveedoras de Internet y por la intrusión del Estado en las supuestas actividades sospechosas de los internautas. Esta situación demanda establecer medidas de seguridad que supongan restricciones a la libertad del Internet, las cuales deben plantearse sobre la base de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

La llamada *ciberseguridad* abarca la infraestructura y las “redes a través de las cuales se provee el servicio de Internet” (OEA, 2013, fundamento 118). Para garantizar la ciberseguridad, se requiere que los titulares disfruten de conexiones seguras en Internet, cautelen la reserva de sus claves de acceso, y tomen precauciones contra la acción ilícita de los *hackers* y *crackers* (Varela, 2016; Nieto, 2016).

Para proveer seguridad sin afectar el contenido esencial del derecho al acceso a Internet, y a la libertad e igualdad al respecto, es importante delimitar el alcance de la ciberseguridad. Partir de una concepción demasiado amplia de la misma podría afectar desproporcionadamente “la integridad de las redes e infraestructura de Internet”, así como la “integridad y confidencialidad de la información que contienen [los cibernautas]” (OEA 2013, fundamento 119). Sin embargo, desde una concepción más limitada, solo debería sancionarse actos y prácticas que puedan afectar el honor, la intimidad, la privacidad o, incluso, los derechos de autor, entre otros que no merecen una respuesta penal, sino civil o administrativa.

Esta postura se fundamenta en que se debe otorgar una posición jurídica preferente al ejercicio de la libertad de expresión, acceso a la información y difusión del pensamiento, facultades que, aun pudiendo ejercerse con abuso del derecho, desviación o exceso de poder, o desde una posición dominante en el mercado, *prima facie* no merecen rechazo penal. Dichos actos o medidas que provienen de usuarios, proveedores y autoridades del Estado constituyen una garantía institucional de las sociedades democráticas, pluralistas y tolerantes, orientada a contribuir al mayor tráfico de ideas y críticas a partir del establecimiento del derecho a Internet con libertad, igualdad y seguridad para todos los internautas.

En ese sentido, las políticas y regulaciones legales deben ser proporcionales a los riesgos a los que se enfrenta la sociedad digital; deben plantearse ponderando el ejercicio de los derechos fundamentales y la seguridad ciudadana. Asimismo deben hacerse públicos los acuerdos establecidos con los intermediarios privados, así como las medidas de seguridad que implementan los proveedores de servicios.

### Privacidad e Internet

Si bien el derecho establece que nadie puede ser objeto de interferencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio o su correspondencia, también es cierto que, en la sociedad de la información y del conocimiento, toda persona debe estar registrada en diversas bases de datos de sistemas informáticos, tanto públicos como privados, para poder gozar y ejercer de sus derechos fundamentales. No obstante, todo individuo también tiene derecho a mantener un espacio individual y familiar privado, ajeno al Estado y a terceros, y en ese ámbito desarrollar su proyecto personal de vida, manteniendo en secreto los datos que allí se generen según considere necesario, así como a ejercer el derecho a la propia imagen de terceros (Córdoba & Diez-Picazo, 2016) .

Al respecto, la protección de datos personales y la protección del discurso anónimo resultan esenciales para lograr la compatibilidad del derecho a la información y el derecho a la libertad de expresión con el derecho a la privacidad. La protección de datos personales, reconocida mediante el derecho a la autodeterminación informativa consagrada en el artículo 2.6 de la Constitución de 1993, requiere que el Estado regule el almacenamiento, procesamiento, uso y transferencia de los mismos. Es decir, debe prohibir el uso de datos que viole derechos fundamentales, especialmente información vinculada a la intimidad personal y familiar. Asimismo, le corresponde asegurar el derecho del titular al acceso a dichos datos, así como la razonable corrección o supresión de los mismos de las intromisiones indebidas.

Para tal efecto se aplica el hábeas data, el proceso constitucional reconocido en el artículo 200.3 de la Constitución, desarrollado en el artículo 61 del *Código Procesal Constitucional*, que tutela no solo el derecho a la autodeterminación informativa, sino también el derecho de acceso a la información pública.

La posibilidad de participar en el debate público a través de las redes sociales (Sanjurjo, 2015) sin revelar la propia identidad es una garantía de las democracias modernas. Así se protegen aquellos usuarios que podrían sufrir represalias por la difusión de sus opiniones críticas sobre los poderes públicos o privados. En algunos casos, por ejemplo, se ha convocado a movilizaciones ciudadanas, sobre todo entre los jóvenes, para manifestarse u organizarse políticamente para cuestionar medidas arbitrarias tomadas por el gobierno peruano, como la “Repartija”<sup>2</sup> o la llamada “Ley Pulpín”<sup>3</sup> (Cisneros, s. f.), tal como sucede en otras latitudes del mundo, para enfrentarse contra autoridades dictatoriales y/o corruptas, como en Egipto, Libia o Marruecos durante la Primavera Árabe (Cortes, 2012).

Sin embargo, el anonimato no protege de forma absoluta al usuario del acceso o difusión de su información. Por ejemplo, si se trafica con pornografía infantil, se hace propaganda a favor de la guerra, o se incurre en apología al odio racial o sexual, o al genocidio, la autoridad competente tendría la legitimidad para develar la identidad del emisor, y tomar las medidas administrativas y/o judiciales correspondientes.

Desde luego, los registros informáticos de las entidades públicas o privadas deben contar con las medidas de seguridad adecuadas en aquellos casos que lo requieran. Por ejemplo, en el caso de transacciones comerciales o interacciones sensibles, la identificación y autenticación

2 Se refiere a las negociaciones en el Congreso durante las elecciones para elegir nuevos integrantes del Tribunal Constitucional en el 2013 que se entendió que tenían como objetivo elegir personas que favorecieran determinados intereses.

3 Ley que promueve el acceso de Jóvenes al Mercado Laboral y a la Protección Social Ley N° 30288, conocida como “Ley Pulpín” como referencia a los y las jóvenes (“pulpines”) a quienes estaba dirigida la ley.



de los usuarios en línea es una garantía de la seguridad jurídica de la transacción, siempre conforme al principio de proporcionalidad en función del tipo de riesgo, alto o intermedio, que exista. Si el riesgo es bajo, el anonimato debe ser la regla a aplicar.

### **Derecho al uso del seudónimo**

Ya que el derecho a Internet no solo implica el acceso a bases de datos y a la conectividad, sino que también permite expande el uso de la libertad expresión, este debe permitírsele a todo usuario identificado o identificable, de acuerdo con los requerimientos sociales que no infrinjan las normas legales y administrativas, y/o contratos jurídicos.

Los usuarios son todas aquellas personas que gozan de derechos fundamentales que permiten el amplio acceso y uso eficiente de Internet, como lo son el derecho a la *seudonimización* o anonimato –el empleo de un *nickname* o alias–, para el acceso a la información pública, lo que les permite garantizar tres derechos fundamentales (Arroyo, 2016).

**Libertad de expresión.** El anonimato permite que tengan lugar denuncias, públicas y privadas, que ponen al descubierto las prácticas contrarias al orden o la opinión pública en las que incurren grandes poderes. Sin embargo, cabe señalar que el anonimato también puede ser usado para producir y difundir información falsa –*fake news*–, pornografía infantil, y discursos de odio, acoso y hostilización contra determinadas personas. En dichos casos, la anonimidad del agresor y/o emisor es una traba para poder identificarlo.

Estas situaciones de agresión, violación y manipulación de la opinión pública deben ser una preocupación para el Estado, que debería regular el anonimato, absteniéndose siempre de controlar el acceso a todos los contenidos que circulan en Internet, por cuanto la esencia de Internet es la libre interconectividad entre los usuarios, esto es, el traslado de información sin restricción, tal como se refleja en los derechos de acceso a la información, libertad de información, libertad de opinión y expresión.

**Privacidad.** La existencia de “los datos personales seudonimizados [*nickname*]– que cabría atribuir a una persona física” (Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2016, cndo. 26) constituye un derecho que tiene la finalidad de proteger la esfera de la intimidad, ante las distintas formas intrusiones y violaciones, tanto de particulares como de agentes el Estado. Ello no es óbice para que una persona física sea identificable, directa o indirectamente, por razones objetivas derivadas de infracciones respecto a sus deberes públicos u obligaciones privadas previstas en la ley.

Es consecuencia, “los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima” de forma absoluta, salvo a aquella información que no guarda relación con la infracción de bienes públicos y derechos privados imputable a la persona física “anonimizada”, “ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo” (Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2016, cndo. 26).

**Seguridad personal.** El anonimato protege a los usuarios en las redes, en la medida en que no es posible o resulta más “complicado que alguien atente contra el usuario anónimo” (Arroyo, 2016, p. 2). Durante la Primavera Árabe, proceso en el cual el uso de redes sociales cambió el curso de años de gobiernos autoritarios, a partir de una simple foto subida a Internet



y viralizada por las redes sociales. Asimismo, el anonimato fue empleado en la campaña de las elecciones presidenciales de los Estado Unidos para favorecer al candidato Trump y atacar a su competidora, Clinton, a través de Twitter y Facebook, práctica que jugó un rol a veces determinante (Arroyo, 2016).

No obstante, al igual que en el ejercicio de los derechos comunicativos, el Estado debería establecer regulaciones sobre el anonimato en Internet, “en situaciones muy excepcionales y avaladas por los instrumentos internacionales como lo prevé la Convención Americana de Derechos Humanos en el Artículo 13” (Arroyo, 2016, p. 4, inc. 4). Si bien el uso de Internet bajo el anonimato ha “permitido que voces no escuchadas salgan a la luz y ello dentro de un modelo democrático es lo deseable” (Arroyo, 2016, p. 3), también ha hecho posible que se pueda manipular la voluntad popular en las democracias abiertas.

En consecuencia, se debe considerar el anonimato o seudonimización como un aspecto esencial del acceso a y uso de Internet, en virtud del cual el Estado debería regular el tratamiento de datos personales, el mismo que no debe excluir al responsable del almacenamiento, tratamiento y transmisión de datos, que debe adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar que se aplique razonablemente el anonimato en el marco de la protección datos personales. En esa medida la seudonimización o anonimato deben ser concebidos como contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a Internet.

### **Derecho al olvido digital**

El desarrollo de Internet ha traído consigo nuevas amenazas a los derechos fundamentales, en la medida que este se constituye como un registro permanente de los datos que allí se suben. De ahí que registros o noticias sobre antecedentes penales, o fotografías y vídeos de situaciones embarazosas almacenados en la red (especialmente en redes sociales) puedan, con el paso del tiempo, ser perjudiciales para la persona e incidir de modo negativo en su vida personal, familiar, social, académica, laboral o profesional.

Frente a dichas situaciones se ha ido construyendo un derecho al olvido o a ser olvidado (*right to oblivion o right to be forgotten*), cuya finalidad consiste, en último término, en la cancelación o supresión de datos de carácter personal (datos de identidad, fotografías, vídeos, noticias, publicaciones de redes sociales, etc.) que estando alojados en Internet puedan afectar a la persona. Según el *Reglamento de Protección de Datos Personales* de la Unión Europea (Reglamento UE), el derecho al olvido es la manifestación del derecho de supresión aplicado de forma concreta a los buscadores de internet (Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2016, cnds. 65-66). En la misma línea, puede verse los artículos 4 y 93 de la *Ley Orgánica 3/2018, Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales del Reino de España*.

En la doctrina, se discute sus alcances. Por un lado, se señala que dicho derecho al olvido puede ser entendido como un derecho a cancelar o anonimizar los datos de origen legal o jurisprudencial referidos a los antecedentes judiciales o administrativos de las personas, especialmente los de carácter penal, que existen en bases de datos o repertorios disponibles en Internet, una vez que hayan dejado de ser de interés público, y resulten gravosos o el interesado desea que queden en el olvido. Por otro lado, el derecho al olvido también se concibe como el derecho a cancelar información agravante o difamatoria divulgada mediante fotos, audios o vídeos privados que forman parte del contenido sujeto al derecho a la protección de datos

privados personales, en tanto afectan el honor, la intimidad, la privacidad o la propia imagen de una persona (Martínez, 2015). Así, el derecho al olvido sería el derecho a que se eliminen del Internet ciertos datos de una persona, tanto de las páginas web fuente como de los motores de búsqueda.

Desde la perspectiva jurisprudencial, según los lineamientos de la decisión del Supremo Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), en el caso *Google Inc. y Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, se consideró que el derecho al olvido debió ser entendido como el derecho del interesado a solicitar que la información sobre su persona ya no se pusiera a disposición del público en general mediante su inclusión en la red, por haber perdido interés la publicación de una orden judicial de remate de sus inmuebles por falta de pago de las cotizaciones sociales al Estado, las cual ya había sido pagada.

El mencionado caso finalmente fue resuelto por el Tribunal de Luxemburgo, que estableció lo siguiente:

La supresión de la información debía ser efectuada caso por caso en función de criterios muy precisos: naturaleza de la información, su grado de sensibilidad en relación a la vida privada de la persona afectada, y el interés para el público de tener acceso a esta información, noción que cobra importancia cuando la persona objeto del tratamiento de información es conocida públicamente. (Pérez, 2016, p. 182)

#### Si bien el derecho al olvido

representa un mecanismo de garantía del derecho al buen nombre de la persona afectada por la difusión de la noticia, implica a la vez un sacrificio innecesario del principio de neutralidad de Internet y, con ello, de las libertades de expresión e información. (Corte Constitucional de Colombia, 2015, punto 9.8.2)

Ello especialmente, si a partir de los principios democráticos y constitucionales se sustenta el interés legítimo por mantener la memoria histórica, tanto general como particular. De hecho, se hace necesario realizar “una ponderación o una fórmula orientada a establecer un adecuado balance entre los derechos y/o bienes en conflicto” (Corte Constitucional de Colombia, 2015, punto 9.8.2).

Las posiciones doctrinales, la sentencia reseñada y la legislación comparada solo son un indicativo de que hay muchos aspectos en torno al concepto y alcances del derecho al olvido que son constantemente discutidos, en tanto un aspecto esencial del derecho fundamental a Internet, dado el vertiginoso desarrollo del entorno digital.

#### **Control de la vigilancia electrónica**

Amenazas como el terrorismo, el narcotráfico, la trata de personas y otras modalidades delictivas de alcance nacional y/o internacional han llevado a los Estados a establecer estándares de prevención y persecución de delitos, mediante acuerdos internacionales, que se emplean para desarrollar políticas y leyes nacionales armonizadas con el objetivo de combatir la delincuencia internacional y nacional. En ese sentido, el 23 de noviembre de 2001 el Consejo de Europa aprobó el *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* de Budapest, el primer tratado internacional orientado a enfrentar a los delitos informáticos y en Internet, a través de procurar la homogenización de leyes nacionales, y de mejorar las técnicas de investigación y la cooperación policial entre países.

Para ello, el uso de programas o sistemas de vigilancia electrónica de las comunicaciones privadas de acuerdo a la ley resulta ser una medida adecuada y necesaria cuando se la usa de forma estrictamente proporcional a los fines legítimos perseguidos por las autoridades. Por eso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004) ha planteado los límites de la apelación de algunos Estados a la doctrina de la seguridad nacional, cuando esta es empleada como argumento para vigilar la correspondencia y los datos personales, con el objetivo de evitar la discrecionalidad y excesos en su implementación.

El desarrollo de nuevas tecnologías permite a las industrias de las telecomunicaciones y la informática desarrollar cada vez más sofisticados sistemas, programas y aparatos de vigilancia electrónica, los cuales demandan nuevos estándares de protección de los derechos fundamentales, para evitar que se cometan excesos que afecten tanto a terceros como a los investigados, salvo en los casos en que sea estrictamente necesario. En el caso de que se cometan excesos, deben existir mecanismos de control sobre los privados, no únicamente estatales, sino también desde la ciudadanía y/o sus representantes en el Estado, por cuanto la interceptación y el almacenamiento de datos de las comunicaciones privadas en la era digital constituyen un grave peligro para los ciudadanos e incluso para las autoridades.

Por eso, los paladines mundiales de la libertad del flujo de información por Internet y del derecho a la privacidad como Edward Snowden, Julián Assange y el Consorcio Internacional de Investigación Periodística<sup>4</sup> (ICIJ, por sus siglas en inglés) han contribuido al mundo con distintas revelaciones. Snowden puso al descubierto la maquinaria de espionaje gubernamental de los Estados Unidos: *PRISM*, un programa mundial de espionaje de la Agencia de Seguridad Nacional que capturaba las comunicaciones electrónicas privadas de Google, Apple, Microsoft y Facebook (Director of National Intelligence, 2013). Por su parte Assange difundió –a través de Wikileaks– documentos oficiales filtrados sobre asuntos de interés público, que eran mantenidos en secreto por los gobiernos, suceso que tuvo como respuesta de parte del Congreso de los Estados Unidos la llamada Ley *SHIELD* (*Securing Human Intelligence and Enforcing Lawful Dissemination*), que prohibió la publicación de información clasificada sobre secretos internacionales de inteligencia (Europapress, 2010). Finalmente, el ICIJ difundió información (11.5 millones de documentos del bufete de abogados panameños Mossack Fonseca) sobre las actividades empresariales no éticas o ilegales (elusión y defraudación fiscal) de personajes públicos de fama internacional (los llamados *Panama Papers*), entre ellos jefes de Estado, políticos, artistas, deportistas, etc. (ICIJ, 2017).

Los derechos fundamentales tienen límites, y a su vez estos límites a su vez tienen límites; en este entendido, los derechos a la protección de datos, como el secreto de los documentos de Estado, y/o la privacidad empresarial o económica no son derechos absolutos. Sin embargo, ello no significa que el interés público siempre deba prevalecer frente al interés particular del Estado o de los particulares. En todo caso, es legítimo realizar y difundir responsablemente investigaciones periodísticas, pero también resulta necesario realizar investigaciones fiscales y judiciales, cuando sea el caso, tanto sobre las actividades ilícitas de los aparatos de seguridad del Estado en materia de vigilancia electrónica, como de las empresas y personajes defraudadores del Estado.

En general se puede señalar que el progresivo desarrollo del acceso y uso del derecho a Internet en las dimensiones esenciales identificadas –libre acceso, seguridad, privacidad,

4 International Consortium of Investigative Journalists

uso de seudónimo, olvido digital y control de la vigilancia electrónica—, requiere de una tutela institucional y jurisprudencial adecuada. No obstante, la jurisprudencia constitucional es inexistente aún; no obstante, la jurisprudencia sobre la materia emitida por el tribunal administrativo competente respecto de la protección de los datos personales es suficientemente relevante para dar cuenta de ella críticamente.

### **Jurisprudencia Administrativa sobre Internet y Derechos Fundamentales**

Realizado el planteamiento de la naturaleza de Internet como un derecho, con todas las ventajas y dilemas que presenta respecto de los derechos fundamentales, dado su agresivo desarrollo tecnológico y/o comercial, corresponde analizar cómo ha respondido el Estado constitucional a este nuevo desafío de las sociedades de la comunicación y el conocimiento en la actual era digital. Al respecto, el Congreso de la República dictó en 2001 la *Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales* (LPDP), con lo que creó la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (ANPDP), radicada en la Dirección General de Protección de Datos Personales (DGPDP) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la misma que tiene competencia para llevar a cabo dos tipos de procedimientos:

- a) Procedimiento administrativo sancionador por infracciones a la LPDP y su Reglamento, de acuerdo a lo establecido en los artículos 37 a 40 de la misma ley, que se inicia de oficio o denuncia de parte.
- b) Procedimiento trilateral de tutela para la protección de los derechos consignados en la LPDP para los titulares de los datos almacenados en bancos de datos personales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 de la LPDP.

En atención a dichas facultades, la DGPDP, desde el inicio de sus funciones en 2014, ha resuelto casos vinculados a ambos tipos de procedimientos:

Tabla 1. Número de casos por tipo de procedimiento

<b>Tipo de procedimiento</b>	<b>Número de casos resueltos</b>
Procedimientos administrativos sancionadores	42 (*)
Procedimientos trilaterales de tutela	39 (**)
<b>Total</b>	<b>91</b>

(\*) Según la información de la página web de la DGPDP solo se ha publicado las decisiones recaídas en procedimientos sancionadores concluidos.

(\*\*) Cabe añadir que de acuerdo a la información proporcionada por la página web de la DGPDP en 2013 se resolvieron 3 casos, en 2014 fueron 17 y en 2015 se han resuelto 19 casos.

Elaborado sobre la base de DGPDP, s/f-a y s/f-b.

Se han revisado todos los casos publicados en el portal institucional de la DGPDP, de entre los cuales se han seleccionado cinco casos de procedimientos sancionadores y de procedimientos trilaterales de tutela (3 de 2014 y 2 de 2015). El criterio de selección fue la vinculación con la protección de datos personales en Internet (bancos de datos o páginas web). Seguidamente se efectuará una presentación de los casos seleccionados poniendo énfasis en la argumentación empleada por la DGPDP, bien para sancionar a los titulares de banco de datos personales (procedimiento sancionador) o para proteger los derechos de los titulares de dichos datos (procedimiento trilateral).

### **Caso Clínica San Felipe**

Según se señala en la *Resolución Directoral 043-2015-JUS/DGPDP-DS*, de fecha 15 de julio de 2015, la Clínica San Felipe fue sometida a procedimiento sancionador por utilizar datos personales sin consentimiento, al haberse detectado que obtenía consentimiento mediante prácticas inválidas, ya que mediante el link *Contáctanos* realizaba recopilación y almacenamiento de datos personales de clientes y de no clientes usuarios de su página web (nombres, apellidos, sexo, DNI, fecha de nacimiento y correo electrónico).

Al respecto, en su descargo, la Clínica San Felipe señaló que la información recabada de los usuarios no era información vinculada a datos sensibles dado que no estaban vinculados con su salud. Asimismo, argumentó que la información recabada podía ser ubicada en otras bases de datos de acceso público como guías telefónicas, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y guías profesionales en el caso de los correos electrónicos; por ello, sostenía, no se trataba de información que afectase su esfera íntima. La clínica también señaló que la información recabada y proporcionada por los usuarios tenía por objeto entablar una relación contractual vinculada a los servicios de salud que ofrece.

De igual manera, sostuvo que, a través de su *Política de Protección de Datos Personales* otorgaba a los usuarios de su página web información acerca del tratamiento que se brindaría a los datos que proporcionaban, por lo que únicamente sería controvertible la forma en que se obtenía el consentimiento (de manera tácita o presunta).

Ante los descargos, la Dirección de Sanciones de la DGPDP, primera instancia administrativa, sostuvo que la clínica había reconocido que realizaba tratamiento de datos personales, lo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la LPDP (2001), requiere el consentimiento de su titular. Sin embargo, en la misma LPDP se establece que no se requiere dicho consentimiento “cuando los datos personales sean necesarios para la ejecución de una relación contractual en la que el titular sea parte” (2011, art. 14.5).

En virtud al parámetro legal citado, el tratamiento de datos personales de los clientes de la Clínica, quienes mantenían una relación contractual con esta, se efectúa a través del proceso denominado *admisión de pacientes*; por ello, se consideró que el tratamiento de datos a través de su página web, mediante el enlace *Contáctanos*, era un tratamiento adicional de datos personales que sí requería el consentimiento de su titular, lo cual era más evidente en el caso de los usuarios que no son clientes de la clínica, por lo que no resultaba aplicable el artículo 14.5 de la LPDP (DGPDP, 2015a, numeral 10.8).

Asimismo, se señaló que no resultaba de aplicación la excepción al consentimiento del titular, prevista en el artículo 14.2 de la LPDP (2001), que establece que no se requiere el consentimiento para el tratamiento de datos obtenidos de fuentes accesibles al público, en la

medida en que los datos recopilados y almacenados a través del mencionado enlace no fueron obtenidos de guías telefónicas o registros públicos, sino que fueron proporcionados por los mismos usuarios, por lo que se requería su consentimiento (DGPDP, 2015a, numeral 10.11).

De otro lado, sobre la *Política de Protección de Datos Personales*, se concluyó que, tal y como estaba redactada, no constituía una política de protección de datos sino cláusulas de consentimiento inválidas, pues no se ajustaba a los requisitos establecidos en el artículo 12 del Reglamento de la LPDP (2001), que establece que el consentimiento debe obtenerse de manera libre, previa, expresa e inequívoca, e informada.

El consentimiento no era libre en tanto el usuario no tenía la opción de otorgar o denegar el consentimiento, ya que según la propia política cualquier interacción web en sí misma implica que la clínica dé por otorgado el consentimiento (DGPDP, 2015a, numeral 10.16). Por lo tanto, no era previo, pues la recopilación de los datos se daba con la sola navegación en la web. Tampoco era expreso e inequívoco, pues ello bastaba para que la Clínica presuma el consentimiento del usuario. Tampoco era informado, pues de acuerdo a la propia información contenida en la política no estaba claro a quién debería dirigirse la revocación para el tratamiento de los datos y cuál era la finalidad específica de su tratamiento (DGPDP, 2015a, numerales 10.15 a 10.19).

Por las razones expuestas, se sancionó a la Clínica San Felipe con una multa de cinco Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Asimismo, cabe precisar que esta decisión fue declarada firme mediante la *Resolución Directoral 028-2015-JUS/DGPDP*, de fecha 21 de setiembre de 2015, que rechazó el recurso de apelación de la institución, por haber sido interpuesto de manera extemporánea.

El acceso a una página web y a las bases de datos que en ella se alojan para navegar, requiere del conocimiento del usuario también para poder asegurar su derecho de acceso a Internet, libre e informado. Las fórmulas de consentimiento deben ser claras, sencillas y precisas, a fin de asegurar que la relación virtual establecida no sea perjudicial para la parte más débil, que es el usuario, y controlar a la parte fuerte de esta relación asimétrica, el proveedor del servicio, que es el único que conoce el producto en detalle.

Por eso, el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios; para tal efecto, debe garantizar el derecho a la información sobre los servicios y bienes que se encuentran a su disposición en el mercado; asimismo, debe proteger en particular la salud y la seguridad de las personas, tal como señala el artículo 65 de la Constitución.

### **Caso SENTINEL PERU S. A.**

SENTINEL PERU S. A. es una central privada de información de riesgos (CEPIRS) que en el mes de setiembre de 2014 habilitó en su página web una herramienta denominada *Conoce a tu Candidato*, desde la cual se podía acceder de manera gratuita a toda la información crediticia de los candidatos de las elecciones regionales y municipales del año 2014 (deudas reportadas con detalle de montos, estado, calificación crediticia y situación de morosidad). En el mismo contexto, el director comercial de la empresa difundió en diversos medios de comunicación los alcances de dicha herramienta, señalando que con ello la empresa cumplía una función social para permitir a la ciudadanía el acceso a información que les permitiría elegir por quien votar en el referido proceso electoral.

Por estos hechos, mediante la *Resolución Directoral 085-2015-JUS/DGPDP-DS*, del 11 de noviembre de 2015, SENTINEL PERU S. A. fue sancionada con 42 UIT por efectuar

tratamiento de datos personales infringiendo los principios de finalidad y proporcionalidad reconocidos en los artículos 6 y 7 de la LPDP (2001), decisión que fue confirmada mediante *Resolución Directoral 0006-2016-JUS/DGPD* de fecha 22 de enero de 2016.

En primera instancia, la empresa sancionada presentó como sustento de su defensa los siguientes argumentos: a) que la difusión y publicación de la información crediticia de los candidatos se hallaría amparada por la *Ley 27489, Ley de Centrales de Riesgo*, que faculta a las empresas dedicadas al rubro a efectuar tratamiento de datos crediticios para evaluar la solvencia económica de una persona; b) que se trató de la difusión de información sobre la pertenencia de los candidatos a un partido político, información que se encuentra en fuentes de acceso público (bases de datos de ONPE y JNE) y por lo tanto no puede constituir tratamiento de datos sobre convicciones políticas; c) que el campo de acción de las CEPIRS no se circunscribe solo al mercado financiero, sino también el denominado *mercado electoral*; d) que la difusión de información a través de la herramienta *Conoce a tu Candidato* no constituyó una estrategia publicitaria o de marketing, dado que como central de riesgo también puede tener fines sociales, tal como el acceso gratuito a información crediticia de los candidatos; e) que la información proporcionada por la herramienta *Conoce a tu Candidato* no afectaba el bien jurídico protegido por la LPDP, dado que los propios candidatos difundieron su información electoral (pertenencia a un partido político) al presentarla ante la ONPE y hacerla pública en diversos medios de comunicación, por lo que la misma se convertiría en información de acceso público y no estaría bajo el ámbito de protección del derecho a la intimidad y la LPDP.

En relación con los argumentos de SENTINEL PERU S. A., en primera instancia la ANPDP sostuvo que de acuerdo al artículo 6 de la LPDP los datos personales deben ser recopilados para una finalidad específica. En ese sentido, la *Ley 27849, Ley de Centrales de Riesgo*, solo autoriza que las CEPIRS a efectuar tratamiento de datos vinculados a riesgos en el mercado, por lo que cualquier interpretación extensiva es contraria a dicha limitación.

Por ello, cuando se verificó que el uso de la herramienta *Conoce a tu Candidato* proporcionaba información que vinculaba los datos crediticios (información económica) del candidato con su afiliación al partido político que representaba y al cargo al que postulaba (información electoral), se concluyó que SENTINEL PERU S. A. había efectuado un tratamiento adicional de datos personales no razonable a su finalidad autorizada como CEPIR. Asimismo, la ANPDP que la empresa se convirtió en un *actor electoral*, dado que proporcionaba información para que la ciudadanía decidiera su voto, finalidad ajena a la que como CEPIR se le autoriza por la *Ley de Centrales de Riesgo*, entregar un reporte de crédito para evaluar la solvencia económica de una persona. Su proceder, además, suponía una infracción al principio de proporcionalidad, en tanto la información proporcionada sobre los candidatos no resulta imprescindible o relevante para cumplir con la finalidad para la que como CEPIR estaba autorizada (DGPDP, 2015d, numeral 17.2).

Por otro lado, también la ANPDP que este accionar constituyó una forma de publicidad en beneficio de SENTINEL PERU S. A., ya que la empresa difundió este servicio en medios de comunicación masiva a través de su director comercial, quien tiene por finalidad vender los servicios de la empresa, indicando que era la empresa más moderna del mercado en el rubro, además de publicitar sus tarifas y el alcance de sus servicios. Como toda empresa, SENTINEL PERU S. A. puede efectuar la publicidad que le convenga, pero lo cuestionable es que lo haya hecho mediante la difusión masiva de datos personales (DGPDP, 2015d, numeral 18.5).



Por último, la ANPDP concluyó que hubo lesión al derecho a la protección de datos personales, ya que este no exige que haya tenido lugar una lesión al derecho a la intimidad personal, puesto que lo discutido, tal y como ya se ha evidenciado, fue el uso de información económica de los candidatos no acorde con la finalidad para la cual SENTINEL PERU S.A. se encontraba autorizada como central de riesgos (DGPDP, 2015d, numeral 18.2).

SENTINEL PERU S.A. apeló a la decisión de primera instancia, y para ello empleó como argumentos los siguientes: a) que la información electoral se encontraba bajo los alcances de la *Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, por lo que esta podía ser difundida por cualquier privado, sin restricciones; b) que tanto los candidatos como la ONPE difundieron, en diversos medios, su pertenencia o afiliación a un partido político, por lo que hicieron de la misma información pública no amparable por la LPDP, por lo que la decisión impugnada incurría en un error al haber analizado el accionar de la empresa bajo el prisma del derecho a la protección de datos personales y no del derecho a la información pública, como correspondía; c) que el concepto de mercado no solo debería circunscribirse al financiero sino también debería extenderse al mercado electoral, donde existe un cruce de información entre una oferta (candidatos) y una demanda (ciudadanos) para la toma de decisiones que pueden afectar el rumbo del país, por lo que con su accionar cumplen una función social.

No obstante, en la decisión de segunda instancia que se confirmó la multa impuesta a SENTINEL PERU S. A., pues se sostuvo a) que el hecho de que la información de un ciudadano se encuentre en una fuente de acceso público no hace de dichos datos información pública, por lo que para su tratamiento y difusión se requiere recabar el consentimiento libre, previo, expreso e inequívoco e informado, pues de lo contrario se trata de una infracción al derecho a la protección de datos personales, y que en todo caso, si la ONPE o el JNE difundieron la misma, lo hicieron porque se encontraban autorizados de manera expresa por la ley, situación distinta a la de la empresa sancionada (DGPDP, 2016d, numeral 3.2.3); b) que la DGPDP es la autoridad nacional en materia de protección de datos personales, por lo que sostener que el caso debió enfocarse desde el derecho de acceso a la información pública es un error, ya que no es la autoridad competente en dicha materia y menos en materia electoral (DGPDP, 2016d, numeral 3.2.2); c) que la empresa sancionada es una CEPPIR que de acuerdo a la ley de la materia solo está autorizada a brindar información para la evaluación de riesgos en el mercado, por lo que el uso de información para fines distintos a los autorizados por la *Ley de Centrales de Riesgos*, como lo es el uso electoral, constituye un tratamiento ajeno a su finalidad, más aún si se evidencia que el mismo tuvo fines publicitarios, finalidad que no está establecida de forma clara, expresa e inequívoca en la *Ley de Centrales de Riesgos* (DGPDP, 2016d, numeral 3.2.4).

En efecto, la protección de datos personales se funda en el derecho a la autodeterminación informativa que tiene toda persona, en tanto portadora y titular de información personal y/o familiar que no puede ser difundida o utilizada por terceros, salvo que medie consentimiento o se produzca por mandato de la ley (Lucas, 1993). Así, el derecho a la autodeterminación informativa permite el control de los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, para que no suministren información que afecte la intimidad personal y familiar, tal como figura en el artículo 2, inciso 6 de la Constitución.

A partir de ello, se ha producido una *vis expansiva* de dicho derecho a la autodeterminación informativa, en la medida en que, por un lado, la prohibición señalada no se reduce proteger el



clásico derecho a la intimidad, sino también a proteger la intimidad patrimonial; por otro, se ha establecido una interpretación restrictiva de la *Ley de Centrales de Riesgo* para la recopilación de datos personales, inclusive aquellas que se hallen en bancos de datos públicos, que está acotada al registro y transmisión de información para el mercado –económico–, pero para el mercado electoral.

### **Casos cooperativa de servicios educacionales San Felipe, institución educativa Teresa González de Fanning), Centro de Educación Primaria Isabel Flores de Oliva**

Estos casos han sido agrupados en tanto a todas las instituciones educativas en cuestión se les atribuyó una misma infracción: el tratamiento de datos personales sin haber recabado el consentimiento de sus titulares, mediante el acto específico de emplear en su página web institucional fotografías de sus estudiantes sin acreditar haber recabado el consentimiento de sus padres o tutores legales.

Al respecto, la cooperativa de servicios educacionales San Felipe (colegio San Felipe) señaló que las fotografías publicadas en su portal web correspondían a una sesión de fotos del verano del año 2011, realizadas para la campaña promocional de admisión de dicho año, y que en aquella ocasión todos los padres asistieron y prestaron su consentimiento, especificando que a la fecha de descargo no todos los alumnos continuaban en el colegio, y presentando el consentimiento firmado por aquellos padres que aún mantenían a sus hijos en el colegio. Por su parte, la institución educativa Teresa González sostuvo que las imágenes no eran datos personales, sino imágenes de actividades que se realizan en el colegio, pues fueron tomadas en sus instalaciones. Por último, el CEP Isabel Flores de Oliva indicó, como argumento de defensa, que las imágenes de su página web muestran a exalumnos del colegio.

La Dirección de Sanciones sostuvo, respecto de todos los casos, que no se había acreditado que las instituciones educativas habían obtenido el consentimiento previo y expreso para el tratamiento de los datos personales (imágenes de alumnos o exalumnos) a través de su página web, por lo que se procedía a sancionar, mediante las *Resolución Directoral 117-2015-JUS/DGPDP-DS*, del 18 de diciembre de 2015 al colegio San Felipe (confirmada por la *Resolución Directoral 20-2016-JUS/DGPDP* de fecha 23 de febrero de 2016); *016-2016-JUS/DGPDP-DS*, del 18 de enero de 2016, al I. E. Teresa González; y *025-2016-JUS/DGPDP-DS*, del 18 de enero de 2016, al C. E. P. Isabel Flores. Cabe añadir que estas dos últimas resoluciones no fueron impugnadas por las instituciones educativas sancionadas, por lo que quedaron consentidas en primera instancia.

El derecho a la propia imagen es un derecho fundamental que está reconocido en el artículo dos, inciso 7 *in fine* de la Constitución (1993). Este derecho tiene una doble vertiente, en tanto derecho a su figura humana y a que no se haga uso de su imagen sin su consentimiento. En virtud de este, cualquier utilización de la propia imagen sin consentimiento constituye una vulneración de dicho derecho fundamental (Alegre, 1997).

Si bien las imágenes de los alumnos y alumnas de las instituciones educativas fueron captadas en sus respectivos locales, en el marco de sus actividades de formación, la ANPDP hizo bien en realizar un escrutinio estricto para controlar el registro de los datos personales, en la medida que se requiere que cada persona ceda su imagen mediante consentimiento expreso de su voluntad, en tanto derecho fundamental indisponible por terceros (Pascual, 2003).

### **Caso *El Comercio***

El denunciante, cuyo nombre ha sido tachado en la resolución de la DGPDP para proteger su identidad y respetar su derecho al olvido, cuestionó que el diario *El Comercio* no atendiera su solicitud de cancelación respecto del alojamiento, desde el año 2011, de un link en su página web (<http://elcomercio.pe/archivo/2011-03-17>), el cual enlazaba con una publicación de otra página web (<http://whiskyleaksperu.blogspot.com/>) en la que se alojaba un audio de una llamada telefónica sostenida entre el denunciante y el expresidente Alejandro Toledo. En la web del diario se mostraba la información a modo de nota periodística, junto con la opinión del expresidente Toledo respecto del referido audio. El denunciante consideró que el que dicha publicación siga activa en 2014 se afectaba sus derechos a la intimidad, el honor y la buena reputación, en tanto ya no era un actor en la vida política del país. Por su parte, *El Comercio*, en su defensa, señaló que la publicación se derivó de las declaraciones que el expresidente brindó a la prensa en general, por lo que dicho contenido se ajustaba a la labor periodística; asimismo, indicó que había retirado la publicación y que la misma ya no figuraba en su página web.

La denuncia fue declarada infundada mediante *Resolución 061-2014-JUS/DGPDP* de fecha 1 de agosto de 2014, porque si bien la libertad de información debe armonizarse con los principios de la protección de datos personales, en el caso debía evaluarse la

importancia que conlleva mantener de forma permanente una absoluta accesibilidad a los datos personales contenidos en noticias, cuya relevancia informativa puede devenir en inexistente en el contexto actual. Asimismo, debe tener en cuenta los efectos sobre la privacidad de las personas que deriva de ello, considerando además si la persona involucrada desarrolla actividad de relevancia pública. (2014, num. 10)

Por ello, señaló la ANPDP, si bien en la nota periodística figuran datos personales del denunciante, en la difusión de la noticia existe un interés público en atención a la actividad pública del denunciante porque a) el reclamante fue ministro de Estado y congresista de la República durante el gobierno del expresidente Toledo, por lo que existe un interés público en las informaciones vinculadas a la actuación de un exfuncionario público; b) si bien la noticia se difundió en 2011, en 2014 el interés público no ha dejado de existir, más aún si en ella está involucrado un expresidente que sigue vinculado a la vida política del país; c) la noticia se publicó en virtud a las declaraciones del expresidente Toledo en el marco de una actividad proselitista, y fue este quien aludió al reclamante; y d) el audio no fue publicado por la web de *El Comercio*, que, además, a la fecha de emisión de la resolución, había bloqueado y luego cancelado los datos del reclamante cuya utilización indebida fue motivo de la denuncia.

Esta decisión fue objeto de un recurso de reconsideración, el cual fue declarado infundado mediante *Resolución 070-2014-JUS/DGPDP* el 3 de octubre de 2014. El reclamante sostuvo, por un lado, que si bien comparte el criterio de que es legítimo el interés por conocer sobre los cargos y acciones de quienes han sido funcionarios públicos, tales informaciones no deberían haber sido obtenidas por medios ilegales como la vulneración del derecho a la intimidad personal del reclamante al interceptar una comunicación telefónica; por otro lado, que la información ya no tiene relevancia pública, pues el audio difundido fue interceptado en 2004, es decir, hace más de 10 años.

Al respecto, la DGPDP sostuvo que en la reclamación no se había sostenido ni probado que el audio original difundido hubiese sido interceptado de manera ilegal por *El Comercio*, y que, en todo caso, el denunciante había optado por la vía penal para cuestionarla. Finalmente, consideró que, a pesar de la eliminación de la información sobre el reclamante por parte de *El Comercio*, la difusión de la noticia y del audio que se hizo en su momento revestía un notorio interés público, que el reclamante no pudo desvirtuar.

Cabe agregar que un caso sustancialmente igual, referido a la difusión del mismo audio, formulado por el mismo reclamante pero esta vez en la página web del diario *La República*, fue resuelta en términos similares mediante la *Resolución Directoral 062-2014-JUS/DGPDP*, de fecha 1 de agosto de 2014, confirmada mediante *Resolución Directoral 069-2014-JUS/DGPDP*, del 3 de octubre del mismo año, que declaró infundado el recurso de reconsideración del reclamante.

El derecho al olvido o cancelación de datos alojados en las páginas web de los periódicos se fundamenta en el derecho a la intimidad personal y familiar. Así, la protección de datos personales se extiende a las informaciones publicadas por los medios de comunicación digitales que obren en otras fuentes de Internet, como los blogs. No obstante, en este caso no se trató de la exposición de información privada –sobre asuntos de interés político– de cualquier persona, sino de un exministro de Estado.

Así, el derecho al olvido no debería ser absoluto, en la medida en que se trate de un personaje público. Una sobreprotección de sus datos podría afectar la libertad de expresión, que incluye el derecho a la información ciudadana. En un mundo en el cual la política se desprestigia cada vez más por causa de quienes asumen dichas responsabilidades, incluso mediante elección popular, parece razonable que la presunción sea más bien la intención de hacer publicidad y que la excepción sea el derecho al olvido digital (Álvarez, 2015).

### **Caso datosperu.org**

Mediante *Resolución Directoral 074-2014-JUS/DGPDP*, de fecha 24 de octubre de 2014, y *075-2014-JUS/DGPDP*, de la misma fecha, se declaró fundadas dos solicitudes de tutela contra datosperu.org, debido a que esta página web difundía anuncios obtenidos de otros bancos de datos (diario oficial *El Peruano*) sin haber recabado el consentimiento de los titulares de los datos personales difundidos y sin haberla actualizado debidamente.

En relación el primer caso, se trataba del hecho de que en la dirección electrónica <http://www.datosperu.org> se encontraba alojada en formato portátil la resolución que autorizaba al procurador público de la Policía Nacional del Perú a impugnar judicialmente las resoluciones supremas de ascenso y posterior pase a retiro por causal de renovación del reclamante. En el segundo caso, se discutía el hecho de la publicación de la resolución que impuso sanción disciplinaria de destitución al reclamante en su condición de exfuncionario de la unidad de tesorería de una municipalidad.

En ambos casos los reclamantes acreditaron que datosperu.org no había recabado su consentimiento para realizar tratamiento automatizado de sus datos personales. También se constató que la referida página web no había anonimizado los datos de los reclamantes y que la información difundida no estaba debidamente actualizada, pues en el primer caso la resolución que autorizó al procurador a accionar judicialmente fue dejada sin efecto y en el segundo caso la resolución de destitución del reclamante fue declarada nula por la Corte Suprema, que

dispuso se realice un nuevo procedimiento administrativo en el cual fue absuelto por haberse declarado la prescripción.

Las funciones de los funcionarios públicos se encuentran regladas por la Constitución y las leyes. En esa medida, el acceso a la información pública es un derecho fundamental, una manifestación del principio de transparencia propio de las sociedades democráticas. Por ello, toda persona puede

solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal y con el costo que suponga el pedido; con excepción de las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por la ley o por razones de seguridad nacional. (1993, art. 2, inc. 5)

Más aún, la *Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, ampara el derecho fundamental a conocer los asuntos públicos, ciertamente solicitando el acceso. Por tanto, no es de recibo que la información pública registrada en la base de datos del diario oficial, que da cuenta de las normas y resoluciones, sobre los funcionarios públicos, no puedan ser captada y difundida por Internet, sino que esta, para que esté protegida, debe ser verdaderas en el tiempo; es decir, debe ser actualizada salvo que se señale su carácter sucedáneo en un momento determinado.

### **Caso del blog *Defensa de los Derechos Humanos Laborales***

El blog *Defensa de Derechos Humanos* fue objeto de una reclamación por parte del gerente de una empresa que había sido sancionada por la autoridad de trabajo por la vulneración de los derechos de sus trabajadores. El reclamante sostenía que en el blog se había efectuado un tratamiento de datos –recopilación y difusión– relativos a su persona, específicamente su nombre, documento nacional de identidad (DNI) e imagen.

El blog reclamado adujo en su defensa que la información propalada era de acceso público, pues se encontraba alojada en fuentes accesibles para el público (Consulta RUC SUNAT, y web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) y no estaba referida a aspectos sensibles de la personalidad del reclamante, por lo que no era necesario recabar el consentimiento del titular.

En la *Resolución Directoral 030-2015-JUS/DGPDP*, del 22 de octubre de 2015, que declaró fundado el reclamo, se consideró en primer lugar que la LPDP y su Reglamento protegen los datos personales de las personas naturales, más no de las personas jurídicas, lo que no quiere decir que los datos de estas no estén protegidas, sino que no se encuentran bajo el régimen legal de la LPDP y su Reglamento; por ello, la difusión de los datos de la empresa (razón social, RUC, giro de negocio) no constituye una infracción a la LPDP.

De otro lado, se sostuvo que el tratamiento de datos de las personas naturales que representan a las personas jurídicas, en tanto su uso esté vinculado con la actividad comercial de la empresa o como parte de los datos de la propia empresa, no se encuentra protegido por la LPDP. En este caso, se consideró contrario al principio de proporcionalidad el uso de datos personales del reclamante, tales como su DNI e imagen, para propalar la información vinculada a la lesión de derechos laborales por parte de la empresa, pues constituye en estricto información respecto de la propia actividad de la persona jurídica y no del reclamante.

Asimismo, se sostuvo que en el presente caso era necesario contar con el consentimiento del reclamante para difundir en el blog su DNI e imagen, debido a que los hechos

informados no eran de interés general o relevancia pública, debido a que el afectado no desarrolla actividad pública.

También se sostuvo que el blog realizaba tratamiento automatizado de datos personales que, si bien habían sido obtenidos de fuentes de acceso público a las cuales la LPDP autoriza el acceso sin consentimiento, no autoriza a su archivo o difusión sin que medie el consentimiento de su titular.

Finalmente, el hecho de que la información difundida se encuentre en fuentes de acceso público no conlleva que los datos personales se conviertan en información pública; el acceso se autoriza para fines de consulta y no de difusión.

Esta decisión fue confirmada en todos sus extremos por la *Resolución Directoral 035-2015-JS/DGPD*, del 24 de noviembre de 2015. De dicha resolución cabe resaltar el análisis que se realiza del conflicto entre la libertad de información y el derecho a la protección de datos personales. Según la DGPD, se debe ponderar de un lado la naturaleza de la información publicada y del otro el interés público en la difusión de la información.

Respecto del primer aspecto, se concluyó que la entrada del blog en cuestión contenía datos personales del reclamante que exceden la identificación del reclamante en tanto representante de la persona jurídica y que fueron consignados sin su consentimiento. Es decir, el tratamiento de los datos del representante de una empresa debe limitarse a aquellos que sean necesarios para identificarlo como tal. Sobre el segundo elemento, se concluyó que no existe un interés público relevante en que terceros accedan a información personal del reclamante, pues la información publicada se centra en emitir opiniones en torno a la actividad comercial de la empresa de la cual el reclamante es representante, es de la persona jurídica mas no de la persona natural.

Resulta pertinente que se haya establecido que obtener información de bases de datos públicas sobre determinadas personas naturales no faculta a que un tercero las archive, procese y difunda en un blog, por cuanto se requiere del consentimiento del titular de la información personal, excepto cuando se trata de asuntos de interés público referidos a personas jurídicas, que no gozan del derecho de protección de datos personales.

No obstante, acertadamente se plantea la necesidad de realizar un test de razonabilidad y proporcionalidad entre la libertad de información por Internet y el derecho a la privacidad de la empresa denunciada, tarea que queda amparada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la medida en que ha reconocido ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas, como el de la autodeterminación informativa (Tribunal Constitucional, 2006), motivo por el cual podría ser justiciable mediante el proceso constitucional de amparo.

### **Caso Google**

En el presente caso una persona intentó infructuosamente que Google Perú S. R. L. y Google Inc. cancelen la aparición de sus datos a través del motor de búsqueda Google Search, información que lo vincula con un proceso penal del cual a la fecha de solicitud había sido sobreseído. Google Inc. le respondió que debía dirigirse directamente a los administradores de las páginas web que difundían la información cuestionada.

A nivel del procedimiento de tutela, tanto Google Perú S. R. L. como Google Inc. eludieron formular descargos bajo el argumento de que la segunda no operaba el motor de búsqueda y que no tiene la titularidad de la información cuya protección se reclamaba, mientras que la

segunda no se encontraba domiciliada en territorio peruano, por lo que las disposiciones de la LPDP y su Reglamento no le resultaban aplicables.

Mediante la *Resolución Directoral 045-2015-JUS/DGPDP*, de fecha 30 de diciembre de 2015, la DGPDP determinó que el motor de búsqueda Google Search (a través del sitio web <http://www.google.com.pe>) realiza tratamiento de datos personales por dos motivos: a) porque realiza una operación técnica automatizada que tiene por finalidad identificar, recopilar, sistematizar, almacenar y difundir información en sus servidores, lo cual constituye una clasificación de información que permite luego su acceso a terceros; y b) porque brinda servicios de búsqueda por Internet empleando los nombres y apellidos de las personas, con lo cual afecta su privacidad.

De otro lado, la ANPDP concluyó que Google Perú S. R. L. y Google Inc. están vinculados indisolublemente por el tratamiento de la publicidad, y que las operaciones efectuadas a través de la web <http://www.google.com.pe/> tuvieron lugar en territorio peruano, por lo que estaban sujetas a la LPDP y su Reglamento.

Asimismo, se consideró que el permitir a los robots de búsqueda vincular e hipervisibilizar los datos personales del reclamante (nombres y apellidos) junto con la información que se solicitó cancelar, ya que esta no se ajusta a la actualidad de los hechos, dado que el demandante fue absuelto del delito por el que se le procesaba, supone una lesión a su derecho a la protección de datos personales y su difusión mediante el motor de búsqueda debe cesar. Finalmente, se ordenó que se excluya como criterio de búsqueda los nombres y apellidos del reclamante, lo que no impide que se pueda acceder a dicha información a través de otros criterios de búsqueda.

Esta decisión fue impugnada, habiéndose rechazado el recurso y confirmado la decisión antes citada, mediante la *Resolución Directoral 026-2016-JUS/DGPDP*, de fecha 11 marzo de 2016. En esta se emplearon básicamente los argumentos ya reseñados en los párrafos precedentes.

Como Internet es una especie de almacén de información al que se accede desde cualquier lugar, que multiplica exponencialmente la obtención, consulta, y difusión a través de las redes sociales de forma muy simple, lo cual pone en tensión derechos de los usuarios y las empresa prestadoras de servicios de Internet. Por ello resulta tan necesaria la protección de datos personales, así como asegurar los intereses legítimos de los operadores económicos y de los usuarios de Internet, en el marco de una interpretación sobre la base del principio de proporcionalidad (Rallo, 2014).

## Conclusiones y Perspectivas

Los nuevos paradigmas de la sociedad de la información y del conocimiento promueven que con el desarrollo de Internet y de las nuevas tecnologías se potencialice no solo cuantitativamente los derechos fundamentales, sino también que estos adopten un grado artificial de desarrollo, propio de las sociedades de consumo de la información y la comunicación.

El Estado, como garante del interés general, debe “mejorar la tecnología [digital], ampliar los servicios diversos y baratos de banda ancha, alfabetizar digitalmente y cerrar la brecha tecnológica que existe entre ricos y pobres, entre jóvenes y viejos” (Trotti, 2011, párr. 11). Sin embargo, se encuentra a la zaga de los avances de las nuevas tecnologías, que amplían y masifican el consumo de instrumentos y medios de comunicación a través del uso de Internet:

no existen regulaciones normativas al respecto, o estas no prevén el impacto del goce y ejercicio del derecho frente a terceros y respecto de los bienes constitucionalmente protegidos.

Desde luego, el acceso a Internet se está convirtiendo en un nuevo derecho fundamental de las personas; sin embargo, su titularidad reposa no solo en el ciudadano sino también en los proveedores –privados y estatales, donde fuera– de los insumos estructurales necesarios para el uso de esta red de comunicación.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, el derecho al internet debe poseer de un contenido esencial, constitucionalmente protegido, debido a que es un bien de dominio público. En virtud de ello, el Estado debe asegurar su acceso para todos, la libertad de uso del mismo, la seguridad y privacidad de los datos y comunicaciones, su uso anónimo y el derecho al olvido digital, así como, controlar la vigilancia electrónica, para evitar los excesos públicos y/o privados en la lucha contra la ciberdelincuencia.

En particular, la vinculación entre el derecho a la protección de datos personales e Internet, como medio de registro y difusión de información, es innegable, dado que todos los días se aloja información que atañe a aspectos personales de los ciudadanos en dicha red; datos protegidos por el derecho a la autodeterminación informativa, como figura en el artículo 2, inciso 6 de la Constitución (1993).

Los pocos casos resueltos por la ANPDP demuestran que se está empezando a sentar una línea respecto del derecho a la protección de datos personales, la cual, en todo caso, aún resulta insuficiente. Por ejemplo, se ha sancionado a páginas web de instituciones educativas, empresas y entidades públicas que han utilizado imágenes de sus miembros para publicitar sus funciones o servicios sin haber requerido de manera previa el consentimiento de estos (casos San Felipe, Teresa González e Isabel Flores).

De igual manera, resulta interesante advertir que la protección de los datos personales puede constituirse en un límite válido del ejercicio de la libertad de información, en vista de que se emplea el juicio de relevancia pública para determinar la legitimidad de la difusión de datos personales por parte de medios de comunicación social a través de Internet (casos El Comercio, La República, Blog Defensa de los derechos humanos laborales).

En ese sentido, también cabe advertir el análisis que se ha hecho respecto de la difusión de información crediticia de candidatos, en el marco de un proceso electoral, por parte de una empresa del rubro de las centrales de riesgo, que no se encontraba autorizada para información económica con otra de carácter político caso SENTINEL PERÚ S.A.).

Estos casos son prueba de que quienes son objeto de control son las instituciones y corporaciones privadas, las cuales gracias a Internet han hecho uso mercantil de los derechos ciudadanos, ante lo que la ANPDP ha iniciado una línea de protección de los derechos fundamentales personales.

No obstante, regular los ámbitos de desprotección del derecho ciudadano al Internet y de sus datos personales, no solo frente a los poderes privados sino también frente al propio Estado, constituye un gran desafío. Ello será posible solo a partir de comprender que todo Estado constitucional tiene como fundamento la protección tanto de los nuevos derechos y libertades ciudadanas, como el deber de limitar los excesos de los poderes públicos y privados.





## REFERENCIAS

- Associated Foreign Press. (2016). *Estados Unidos: Corte Federal ratifica que Internet es un servicio público, Verizon y AT&T apelarán para quitar regulaciones*. Recuperado de <https://www.business-humanrights.org/es/estados-unidos-corte-federal-ratifica-que-Internet-es-un-servicio-p%C3%ABablico-verizon-y-att-apelar%C3%A1n-para-quitar-regulaciones>.
- Alegre Martínez, M. Á. (1997). *El derecho a la propia imagen*. Madrid, España: Tecnos.
- Álvarez Caro, M. (2015). *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid, España: Reus.
- Arroyo, V. (2016, 29 de setiembre-1 de octubre). *El poder del anonimato en la libertad de expresión online*. Ponencia presentada a la mesa temática 2, Libertad de Expresión y Nuevas Tecnologías, de la I Jornada Nacional de Derechos Fundamentales. Pontificia Universidad Católica, Lima, Perú. del 29 de setiembre a 1 de octubre, 2016.
- Carballo, J. (2016, 6 de julio). La ONU declara el acceso a Internet como un derecho humano. *Computer hoy*. Recuperado de <https://computerhoy.com/noticias/Internet/onu-declara-acceso-Internet-como-derecho-humano-47674>
- Cisneros, C. (s. f.). El uso de las redes facilita la confluencia alrededor de un tema específico [Entrevista]. *#Código-Abierto\_CC*. Recuperado de <http://codigo-abierto.cc/claudia-cisneros-el-uso-de-redes-facilita-la-confluencia-alrededor-de-un-tema-especifico/>
- Clínica San Felipe. (s/f). Política de Protección de Datos Personales. Recuperado de <https://www.clinicasanfelipe.com/politica-corporativa-proteccion-datos-personales>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Libertad de expresión e Internet*. Recuperado de [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014\\_04\\_08\\_Internet\\_web.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_web.pdf)
- Consejo de la Unión Europea. (2014). *Directrices de la UE sobre derechos humanos relativas a la libertad de expresión en Internet y fuera de Internet*. Bruselas, 9647/14. Recuperado de 14 de febrero de 2019 de <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9647-2014-INIT/es/pdf>
- Congreso de la República (2011, 3 de julio) Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales (LPDP). *El Peruano*.
- Consortio Internacional de Investigación Periodística. (2017). *An ICIJ investigation. The Panama Papers: exposing the rogue offshore finance industry*. Recuperado el 17

- de febrero de 2019 de [https://www.icij.org/investigations/panama-papers/#\\_ga=2.191555439.474570564.1550416993-831792236.1550416993](https://www.icij.org/investigations/panama-papers/#_ga=2.191555439.474570564.1550416993-831792236.1550416993)
- Córdoba, D. & Díez-Picazo, I. (2016). Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico. En Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (pp. 99-110). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015, 12 de mayo). *Sentencia T-277*. Sala Primera de Revisión.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004, 4 de mayo). *Sentencia de la Corte IDH* (Molina Theissen vs. Guatemala).
- Cortes, N. (2012, 14 de marzo). Las redes sociales como núcleo de las movilizaciones ciudadanas a nivel mundial. *Sistemas para la Gestión de la Información y las Comunicaciones Estratégicas*. Recuperado de <https://sisgecom.com/2012/03/14/las-redes-sociales-como-nucleo-de-las-movilizaciones-ciudadanas-a-nivel-mundial/>
- Declaración y Programa de Acción de Viena. (1993, 25 de junio). *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*. Viena, Austria.
- DGPDP. (s/f-a). Procedimientos administrativos sancionadores. Recuperado de <http://www.minjus.gob.pe/procedimientos-administrativos-sancionadores/>.
- DGPDP. (s/f-b). Procedimientos trilaterales de tutela. Recuperado de <http://www.minjus.gob.pe/ptt-dgpdp/>
- DGPDP. (2014a, 1 de agosto). Resolución Directoral 061-2014-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2014b, 1 de agosto). Resolución Directoral 062-2014-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2014c, 3 de octubre). Resolución Directoral 069-2014-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2014d, 3 de octubre). Resolución Directoral 070-2014-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2014e, 24 de octubre). Resolución Directoral 074-2014-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2014f, 24 de octubre). Resolución Directoral 075-2014-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2015a, 15 de julio). Resolución Directoral 043-2015-JUS/DGPDP-DS.
- DGPDP. (2015b, 21 de setiembre). Resolución Directoral 028-2015-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2015c, 22 de octubre). Resolución Directoral 030-2015-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2015d, 11 de noviembre). Resolución Directoral 085-2015-JUS/DGPDP-DS.
- DGPDP. (2015e, 24 de noviembre). Resolución Directoral 035-2015-JS/DGPDP.
- DGPDP. (2015f, 18 de diciembre). Resolución Directoral 117-2015-JUS/DGPDP-DS.
- DGPDP. (2015g, 30 de diciembre). Resolución Directoral 045-2015-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2016a, 18 de enero). Resolución Directoral 016-2016-JUS/DGPDP-DS.
- DGPDP. (2016b, 18 de enero). Resolución Directoral 025-2016-JUS/DGPDP-DS.

- DGPDP. (2016c, 22 de enero). Resolución Directoral 0006-2016-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2016d, 23 de febrero). Resolución Directoral 20-2016-JUS/DGPDP.
- DGPDP. (2016e, 11 de marzo). Resolución Directoral 026-2016-JUS/DGPDP.
- Director of National Intelligence. (2013, 8 de junio). *Facts on the Collection of Intelligence Pursuant to Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act. Office*. Recuperado el 15 de febrero de 2019 de <https://www.dni.gov/files/documents/Facts%20on%20the%20Collection%20of%20Intelligence%20Pursuant%20to%20Section%20702.pdf>
- El Comercio (2016, 19 de noviembre). *El 55% de peruanos accede a Facebook cada mes*. Recuperado de <https://archivo.elcomercio.pe/amp/apec/noticias/55-peruanos-accede-facebook-todos-meses-noticia-1947434>
- Emol. (2015, 3 de agosto). *Gobierno de Uruguay comienza entrega gratuita de tablets a jubilados*. Recuperado el 16 de febrero de 2019 de <https://www.emol.com/noticias/Tecnologia/2015/08/03/743230/Gobierno-de-Uruguay-comienza-entrega-gratuita-de-tablets-a-jubilados.html>
- Europapress. (2010, 13 de agosto). *El Pentágono: Wikileaks sería irresponsable si publica los documentos*. Recuperado el 15 de febrero de 2019 de <https://www.europapress.es/internacional/noticia-pentagono-wikileaks-seria-irresponsable-si-publica-documentos-20100813085329.html>
- Fernández Rodríguez, J. J. (2004). *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Mexía, P. (2016). El derecho de Internet. En F. Pérez Bes (Coord.), *El derecho de Internet* (pp. 17-39). Barcelona, España: Atelier.
- Landa, C. (2016). Derecho fundamental al Internet. En *Primeras Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales* (pp. 1-26). Recuperado de <http://themis.pe/wp/wp-content/uploads/2016/07/Derecho-al-Internet-y-Libertad-de-Expresio%CC%81n.docx>
- Lucas Murillo de la Cueva, P. (1993). *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.
- Martínez Otero, J. M. (2015, mayo-agosto). Derecho al olvido en Internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs. AEPD y Mario Costeja. *Revista de Derecho Político*, (93), 111-117.
- Nieto, M. G. (2016, 30 de septiembre). ¿Quién está detrás del ataque a Yahoo? Los expertos creen que algunos piratas informáticos están respaldados por importantes grupos

- de poder. *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/tecnologia/2016/09/26/actualidad/1474891005\\_071895.html](https://elpais.com/tecnologia/2016/09/26/actualidad/1474891005_071895.html)
- Orizaga, I. & Cabrera, K. (2015). Sexting y redes sociales: diversas relaciones y consecuencias jurídicas. En F. Bueno de Mata (Coord.), *Fodertics 3.0 (Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia)* (pp. 2185-196). Granada, España: Comares.
- Organización de los Estados Americanos. (2013). “Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión”. En Organización de los Estados Americanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013*, vol. II. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/informes/LE2013-esp.pdf>
- Ortego Ruiz, M. (2015). *Prestadores de servicios de Internet y alojamientos de contenidos ilícitos*. Madrid, España: Reus.
- Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea (2016, 27 de abril) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *Diario Oficial de la Unión Europea* (4 de mayo de 2016).
- Pascual Medrano, A. (2003). *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*. Navarra, España: Thomson - Aranzadi.
- Pérez Gómez, A. M. (2016, julio-diciembre). Cuando Google juega con la información privada... El derecho al olvido digital en Europa, una lucha de titanes. *La Propiedad Inmaterial*, (22), 173-186. Recuperado de [http:// dx.doi.org /10.18601 /16571959.n22.09](http://dx.doi.org/10.18601/16571959.n22.09)
- Pulso, Diario de San Luis. (2013, 15 de octubre). *Gobierno uruguayo entrega tabletas a escolares de 4 a 6 años de edad*. Recuperado de <https://pulsoslp.com.mx/2013/10/25/gobierno-uruguayo-entrega-tabletas-a-escolares-de-4-a-6-anos-de-edad/>
- Rallo, A. (2014). *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.
- Sanjurjo Rebollo, B. (2015). *Manual de Internet y redes sociales*. Madrid, España: Dykinson.
- Téllez Valdés, J. (2015). Libertad de expresión en Internet y redes sociales. En F. Bueno de Mata (Coord.), *Fodertics 3.0 (Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia)* (pp. 241-253). Granada, España: Comares.
- Tribunal Constitucional. (2006, 4 de agosto). *Sentencia del TC*. Exp. 4972-2006-PA/TC.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014, 13 de mayo). *Sentencia (de la Gran Sala) C:*

2014: 317 (Google Spain S. R. L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos y Manuel Costeja González).

Trotti, R. (2011, 20 de diciembre). Internet, un nuevo derecho humano. *Vanguardia*. Recuperado de <https://vanguardia.com.mx/columnas-Internetunnuevoderechohumano-1182879.html>

Varela Adsuara, B. (2016, 5 de setiembre). ¿Quién responde si me roban mis datos o archivos en Internet?. *El País*. Recuperado el 16 de febrero de 2019 de [https://elpais.com/tecnologia/2016/09/05/actualidad/1473063219\\_596119.html](https://elpais.com/tecnologia/2016/09/05/actualidad/1473063219_596119.html)

Villavicencio, F. (2015). Delitos informáticos en la Ley 30096 y la modificación de la Ley 30071. *Revista Virtual del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres*, 2015, (2), 1-30. Recuperado el 16 de febrero de 2019 de [http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/articulos/Felipe\\_Villavicencio\\_Terreros\\_Delitos\\_Informaticos\\_Ley30096\\_su\\_modificacion.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/articulos/Felipe_Villavicencio_Terreros_Delitos_Informaticos_Ley30096_su_modificacion.pdf)



# FAMILIA Y CONSTITUCIÓN: REFLEXIONES DESDE EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO<sup>1</sup>

*Beatriz Ramirez Huaroto<sup>2</sup>*

## Introducción

La constitucionalización de las distintas áreas del derecho es un fenómeno presente en la cultura jurídica; el Derecho Privado no ha sido ajeno a esa tendencia. Con el carácter vinculante de los preceptos constitucionales en el Estado Constitucional de Derecho, derivado de la legitimidad de las constituciones como normas democráticas supremas con carácter vinculante para la ciudadanía y todos los poderes públicos, el Derecho Privado ha visto renovados sus fundamentos (Favoreu, 2001, pp. 40-42).

El Derecho de Familia, como parte tradicional del Derecho Privado, se ha visto también marcado por esta renovación, y el presente trabajo destaca el paso al Estado Constitucional de Derecho que le sirve de marco, describe las consecuencias del influjo de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, revisa los cambios en la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional, y analiza las repercusiones del proceso de constitucionalización para una distinta aproximación a esta tradicional rama jurídica.

## El Paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho como Marco

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico hunde sus raíces en el pase del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional del Derecho (Zagrebelsky, 2011, pp. 33-41). El punto de quiebre fue la Segunda Guerra Mundial que marcó el pase en el derecho europeo —y posteriormente latinoamericano— de constituciones entendidas solamente como normas políticas a constituciones normativas acompañadas del control constitucional de las leyes (Ferrajoli, 2001, p. 31).

Se trata de un proceso que ha producido importantes cambios en la cultura jurídica (Pietro Sanchís, 2004, p. 47). Implica la conjugación de rasgos centrales de las tradiciones

---

1 Trabajo presentado en las V Jornadas Latinoamericanas de Derechos Fundamentales de la Red Interamericana sobre Derechos Fundamentales y Democracia (RED-IDD), realizadas en Santiago de Chile, del 16 al 18 de octubre de 2018. Es una versión revisada del avance de investigación de la autora, presentado en el primer semestre del doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Algunas partes de este trabajo también recogen lo desarrollado en Ramírez Huaroto, 2013.

2 Profesora del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada, Magistra en Derecho Constitucional y doctoranda por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experta en Estudios de Género por la misma casa de estudios.

jurídicas europea, continental y anglosajona: de la primera se ha seguido la apuesta por textos constitucionales, con un amplio catálogo de normas sustantivas con vocación de condicionar el gobierno y el ejercicio parlamentario; de la segunda se retoma la idea de supremacía constitucional frente a otras normas y su garantía jurisdiccional (Pietro Sanchís, 2004, pp. 48-49; 2007, pp. 111-113).

El estado legislativo de derecho se afianzó de la mano del principio de legalidad como principio de validez jurídica, independientemente de su contenido material, lo que suponía que las normas fueran emitidas por una autoridad dotada, debidamente, con la competencia para ello (Favoreu, 2001, p. 43). La autoridad de la fuente de producción era el centro de la validez; remontando a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, la forma de los actos normativos era el centro del paradigma jurídico del estado legal de derecho (Zagrebelsky, 2011, pp. 22-27).

Por el contrario, en el Estado Constitucional de Derecho, el cambio de paradigma se da por medio de la subordinación del principio de legalidad a constituciones “jerárquicamente supraordenadas a las leyes, como normas de reconocimiento de su validez” (Ferrajoli, 2001, p. 34). Como norma de reconocimiento se entiende a las pautas que regulan la creación, reconocimiento, cambio y adjudicación del derecho, las que establecen los criterios por los cuales una comunidad puede calificar una regla social como una jurídicamente vinculante y exigible ante los tribunales si es incumplida por la ciudadanía (Hart, 1980, p. 8).

Con ello cambian las condiciones de validez de las normas, la que no es solo dependiente de su forma de producción, sino de su coherencia con los principios de la Constitución (Ferrajoli, 2001, p. 34). La Constitución impone a la producción legislativa prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas a los derechos, las mismas que deben ser observadas bajo mandato de ser corregidas en caso contrario (Ferrajoli, 2001, p. 34). Esto supone un avance respecto del positivismo jurídico porque “el derecho no es ya solo el derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales” (Atienza, 2014, p. 14).

Aunque en el Estado Legislativo de Derecho haya tenido presencia una Constitución, en el sentido positivista del término, en el Estado Constitucional de Derecho hay una Constitución que “pretende cumplir funciones normativas ex ante, pretende fundar o refundar la identificación, unidad y permanencia de un sistema jurídico-político y lo hace determinando qué va a contar (hacia el futuro) como fundamental en ese sistema” (Aguiló, 2001, p. 442). El Estado Constitucional tiene una Constitución que “además de una dimensión constitutiva tiene una dimensión valorativa” pues reconoce estados de cosas como valiosos, merecedores de protección y promoción (Aguiló, 2001, pp. 445-446). Los Estados Constitucionales tienen una Constitución que responde a la “limitación del poder político y la garantía de los derechos”, y que es practicada (Aguiló, 2001, pp. 450-452).

Por tanto, con el paso del Estado Legislativo al Estado Constitucional se afirma una concepción de Constitución que incorpora elementos formales y materiales. Eso implica que tiene como rasgos esenciales que se trata de una “norma jurídica suprema de Estado, que garantiza la separación de poderes, el principio democrático y los derechos fundamentales” (Díaz Revorio, 2017, p. 83). Y es ese texto el que vincula a los poderes públicos con carácter general en un doble sentido: “de manera negativa, en tanto que no pueden transgredir sus preceptos, pero también de forma positiva, ya que los textos contienen una serie de mandatos de actuación, e incluso más allá de los mandatos concretos, los poderes públicos deben hacer



realidad los valores y principios constitucionales” (Díaz Revorio, 2017, p. 85). En cuanto a las personas individualmente consideradas, aunque parte de los preceptos constitucionales no les aplican porque “van dirigidos expresamente a los poderes públicos [...] considerada globalmente la Constitución actúa como límite negativo” para la ciudadanía (Díaz Revorio, 2017, p. 86).

Así, las Constituciones, en un Estado Constitucional de Derecho, tienen un fuerte contenido normativo, es decir que, además de regular las fuentes del Derecho y la organización del poder, generan derechos exigibles directamente; además, tienen garantía jurisdiccional, lo que implica que existen mecanismos procesales para controlar la efectividad de las disposiciones constitucionales (Pietro Sanchís, 2007, pp. 114-117).

La consideración de las Constituciones como normas políticas supremas de los ordenamientos jurídicos nacionales ha tenido lugar también junto con el cambio en “los derechos públicos subjetivos del Estado liberal que se transforman en derechos fundamentales” (Landa, 2013, p. 14). En un constitucionalismo de los derechos —expresión más acabada de un Estado Constitucional de Derecho—, los derechos “son normas supremas, efectivas y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda interpretación y aplicación del derecho” (Pietro Sanchís, 2004, p. 50). Aunque la fuerza normativa de los derechos fundamentales se adecúa a la forma en que se han positivizado y a los alcances interpretativos dados por la jurisdicción constitucional, el paradigma del Estado Constitucional de Derecho es que se trata de normas aplicables y vinculantes (Carbonell y Sánchez, 2011, p. 35).

Los derechos fundamentales tienen en el ordenamiento jurídico de cada país el rango máximo por estar contenidos en la Constitución, la máxima fuerza jurídica en el sentido de que vinculan a todo el Estado y la sociedad, la máxima importancia porque deciden sobre la estructura básica de las sociedades, y la mayor indeterminación porque están sujetos a la interpretación (Alexy, 2003, pp. 32-37).

La primacía de los derechos en el constitucionalismo supone algunos rasgos distintivos. El primero, es la superación de la división clásica entre derechos de libertad y sociales para enfatizar que todos los derechos exigen acción de los poderes públicos (Ansuátegui, 2006, p. 334). El segundo, un concepto de personas situadas “en función de las posiciones sociales que ocupan”, lo que implica que se les dé un trato específico de acuerdo con estas condiciones (Ansuátegui, 2006, p. 334). El tercero es que solo las pretensiones con estrecha vinculación a los valores relacionados con la dignidad humana tienen la protección específica reconocida a los derechos (Ansuátegui, 2006, p. 334). El cuarto rasgo es la inclusión de contenidos morales específicos y determinados, a la par de los mecanismos formales y estructurales; los derechos representan “un mínimo moral común y compartido que constituye el núcleo de la ética pública que se asume como base para construir un determinado modelo jurídico-político” (Ansuátegui, 2006, pp. 334-335). El último rasgo es la tensión entre los derechos y las decisiones mayoritarias, propia de los sistemas democráticos en los que las limitaciones exigen una justificación para encontrar un equilibrio “entre razón y voluntad” (Ansuátegui, 2006, pp. 334-335).

El carácter vinculante de la Constitución impone deberes no solo a los poderes públicos, sino a la ciudadanía de tal forma que todos y todas “tienen el deber de cumplirla y defenderla” (Landa, 2013, p. 14). Es la fuente suprema del derecho e irradia a todo el ordenamiento jurídico de tal forma que “se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general, es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento

jurídico público, sino también privado” (Landa, 2013, p. 14-15). El rasgo distintivo del Estado Constitucional de Derecho es que el carácter vinculante de la Constitución tiene un control jurisdiccional que incluye a los tribunales constitucionales, pero que no se agota en estos, y que alcanza la labor legislativa y todos los poderes públicos y privados (Pietro Sanchís, 2007, p. 114).

### **El Proceso de Constitucionalización del Derecho**

La constitucionalización supone un cambio “en el centro de gravedad del orden jurídico” (Favoreu, 2001, p. 43). Se define como constitucionalización, el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico que lo convierte en “totalmente impregnado por las normas constitucionales” (Guastini, 2003, p. 49). Presupone una Constitución normativa que es “capaz de condicionar tanto la legislación, la jurisprudencia y la [doctrina], la acción de los[as] actores políticos, así como las relaciones sociales” (Guastini, 2003, p. 49).

La constitucionalización supone la limitación del poder, y es parte de una “filosofía política que hunde sus raíces en la Ilustración”, con un entramado de factores jurídicos, políticos y morales detrás (Ansuátegui, 2006, pp. 332-333). En lo jurídico supone un modelo de Constitución con vocación limitativa de poder (Ansuátegui, 2006, p. 333). En lo político supone un modelo democrático como “sistema de adopción de decisiones colectivas configurado a través de la regla de las mayorías en contextos que aseguran la participación”, y en el que se decide “quién manda”, “cómo se manda” y “qué se manda” (Ansuátegui, 2006, p. 333). Y en lo moral, supone valores, principios y derechos que plasman una concepción a ser asumida en su conjunto por los sistemas jurídicos, una moralidad antropocéntrica “a partir de la cual el derecho y el Estado—o, mejor dicho, cualquier organización política—adquieren una naturaleza instrumental y artificial, careciendo de fines propios y autónomos” (Ansuátegui, 2006, p. 333).

Varios rasgos pueden definir si un determinado ordenamiento está constitucionalizado, lo que según Guastini “es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado” (2003, p. 50). Para este autor, son condiciones centrales del proceso de constitucionalización tanto la existencia de una Constitución rígida —es decir, que esté protegida contra los cambios por parte de la legislación ordinaria mediante un procedimiento especial para su derogación o modificación—, como la garantía jurisdiccional de la Constitución que puede hacerse según varios modelos: control previo o posterior, control concreto o en abstracto, a cargo de órganos jurisdiccionales ordinarios o especializados (2003, pp. 50-52).

Sobre lo último cabe hacer una precisión. Si bien la constitucionalización supone la emisión de normas constitucionales por la emisión de jurisprudencia sobre derechos fundamentales, no se trata de un proceso vinculado necesariamente a la posibilidad de que las personas puedan acceder a la justicia constitucional, rasgo que no está presente en todos los ordenamientos (Favoreu, 2001, p. 33). Es el desarrollo de la justicia constitucional y su difusión en el ordenamiento jurídico lo que marca el proceso de constitucionalización; esto último es la consecuencia de que se considere a la Constitución como “una regla de derecho” y de la imposición general de las decisiones de los órganos jurisdiccionales constitucionales (Favoreu, 2001, pp. 33-34).

Otros rasgos del proceso de constitucionalización, estrechamente relacionados entre sí, son la fuerza vinculante de la Constitución, independientemente de su estructura o contenido normativo; la “sobreinterpretación” de la Constitución” que implica que las juezas y jueces interpreten la misma de forma extensiva; “y la aplicación directa de las normas constitucionales” frente a las relaciones sociales cuando las controversias no puedan ser resueltas conforme a ley por vacío o inconformidad de la misma con el ordenamiento valorativo constitucional (Guastini, 2003, pp. 53-56).

Por último, son rasgos del paso al Estado Constitucional de Derecho la interpretación de las leyes conforme, adecuada o armonizada con la Constitución, lo que implica que frente a una múltiple posibilidad de significados de una ley se elija el que evite contradicciones con el texto constitucional; así como “la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas”, que supone que los conflictos políticos puedan ser resueltos por órganos jurisdiccionales recurriendo a normas constitucionales, que es posible que los órganos jurisdiccionales controlen la discrecionalidad política y que las normas constitucionales puedan ser usadas en la argumentación política para justificar acciones y decisiones (Guastini, 2003, pp. 56-58).

Además de ser un proceso, la constitucionalización puede valorarse como resultado, un *statu quo* en el que en los ordenamientos se conjugan valores, así como elementos culturales y normativos en torno a la Constitución (Alvites, 2018, p. 365). Implica un estado en el que se asegure la garantía de los derechos fundamentales con la existencia de un gobierno limitado bajo el principio de separación de poderes, que excluye toda forma de gobierno autoritario, un resultado esquivo aún a varios países, incluido Perú (Alvites, 2018, pp. 366, 385).

Lo que implica que “en todo el ordenamiento jurídico impere el ethos que prevé [el texto] constitucional”, la realización de los valores que le dan sentido; lo que supone que no se limita a un sentido negativo, sino que orienta en sentido positivo la labor social, administrativa, legislativa y jurisdiccional en general: en cualquier operación jurídica sobre casos concretos de la esfera pública y privada deben hacerse efectivos los mandatos constitucionales (Carbonell y Sánchez, 2011, pp. 39-40).

La constitucionalización como proceso genera efectos directos e indirectos que están vinculados entre sí. Entre los efectos directos tenemos, en primer lugar, que se juridifica el Derecho Constitucional Institucional, lo que implica que “la política es tomada por el derecho” en tanto las normas que rigen los órganos de poder, su modo de designación, sus competencias y sus relaciones recíprocas son regidas por reglas jurídicas, controlables desde esta esfera (Favoreu, 2001, p. 39). En segundo lugar, se cambia el sistema de fuentes del derecho que deja de ser esencialmente legislativo (Favoreu, 2001, pp. 39-40). Por último, hay un efecto transformador en el contenido del derecho, pues se producen cambios en las distintas ramas del derecho, y se renuevan todas las instituciones jurídicas (Favoreu, 2001, p. 40).

En el último sentido expuesto es que se hace referencia a la constitucionalización como proceso y como resultado (Favoreu, 2001, p. 40). Así, la constitucionalización “actualiza las categorías jurídicas de las distintas áreas del derecho, dándoles dinamismo a partir de las cláusulas abiertas de la Constitución” (Alvites, 2018, p. 365).

Los efectos indirectos de la constitucionalización interactúan con los anteriores. El primero es la modernización del derecho que tiende al liberalismo porque las transformaciones se orientan hacia la protección de los derechos fundamentales, particularmente, a concretar el

principio de igualdad (Favoreu, 2001, p. 41). El segundo es el favorecimiento de la unificación del ordenamiento jurídico, pues las normas constitucionales se constituyen en fundamento de las distintas ramas del derecho, desplazando los principios generales, lo que tiene implicancias en la relativización de la distinción clásica entre el Derecho Público y el Derecho Privado (Favoreu, 2001, pp. 41-42). En tercer lugar, se simplifica el orden jurídico, de tal manera que se clarifica la jerarquía de las normas internas y sus mecanismos de control: la Constitución en el nivel más alto, a la que se subordinan los principios generales del derecho (Favoreu, 2001, pp. 42-43).

Es interesante que se anote que un obstáculo para el avance de los procesos de constitucionalización en los ordenamientos jurídicos es “la ignorancia en la cual se encuentran los que practican el derecho [...] en cuanto a la existencia de un increíble arsenal o tranque de recursos constitucionales por invocar y aplicar” (Favoreu, 2001, p. 38). La ausencia general de abogadas y abogados en la comunidad jurídica, incluyendo de quienes conforman el sistema de justicia, de lo que Favoreu denomina el “reflejo constitucional”, que supone el recurso para incorporar aspectos constitucionales en cualquier materia de análisis, es una de las razones por las cuales aún sigue primando en el ejercicio ordinario del derecho, un formalismo legalista (Favoreu, 2001, pp. 38-39). La formación y la cultura jurídica aún siguen *legiscentradas* (Favoreu, 2001, p. 43). Esto es particularmente agudo en el Derecho Familiar en el que, como herencia del enfoque positivizado en el proceso codificador, aún prima una práctica legislativa ajena a las transformaciones del influjo constitucional.

### **La Relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional**

Hesse anotaba en 1988 que las vinculaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado habían sido escasamente tratadas y, por ello, este autor presentó una perspectiva histórica del desarrollo de las relaciones entre ambos (1995, pp. 31-32). Aunque su caracterización se hizo en el contexto alemán, sus rasgos descriptivos interpelan otras realidades.

Este autor destaca que, en las primeras constituciones modernas, los derechos fundamentales de libertad e igualdad eran centrales y que eso coexistió con las primeras codificaciones del Derecho Privado que descansaban en esos valores. Hesse anota, en el paradigma del Estado Legislativo de Derecho, que las Constituciones estaban lejos de asumir una función de guía pionera para propiciar una nueva configuración del Derecho Privado pues carecían de una eficacia vinculante. “Los derechos fundamentales no estaban en condiciones de garantizar una ordenación jurídica existente frente al legislador [lo que] hubiera presupuesto una primacía de la Constitución” que a esa fecha no era parte del paradigma jurídico (Hesse, 1995, pp. 33-36).

En conexión con lo anterior, el Derecho Privado tenía una legitimidad propia basada en la consideración de que se trataba del “baluarte de la libertad” dentro de la conciencia jurídica histórica. El Derecho Privado se desarrolló regulando “las relaciones entre los particulares desde el punto de vista de la libertad individual, al margen de las relaciones políticas y las constituciones”, mientras que “el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria”, pues se le concebía como un “Derecho al margen e independiente del Estado” (Hesse, 1995, pp. 37-38).

Al ser el Derecho Privado el marco que normaba las relaciones entre las personas, era el referente jurídico privilegiado porque regulaba “la libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado”, una libertad en sentido negativo (Hesse,

1995, p. 39). La relación de influencia no era del Derecho Constitucional al Derecho Privado, sino en sentido contrario, lo que para Hesse se encuentra evidenciado en el pensamiento de los juristas de la época y en la formación del positivismo formalista con los valores del Derecho Privado (Hesse, 1995, pp. 39-45).

La aparición en los textos constitucionales, como el de Weimar, de disposiciones expresas sobre temas clásicos de Derecho Privado como la familia, el matrimonio, la patria potestad y la igualdad entre hijas o hijos, independientemente de su origen matrimonial o no, marcó una nueva etapa en la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado. Sin embargo, mientras la Constitución siguió siendo considerada como un conjunto de normas programáticas, estas disposiciones constitucionales se valoraron como guías programáticas que no fundamentaban en estricto ningún derecho subjetivo (Hesse, 1995, pp. 48-49).

El cambio fundamental en la relación se dio solo cuando, a la par de las disposiciones específicas sobre temas de Derecho Privado en los textos constitucionales, se impuso la primacía de la Constitución, la aplicación inmediata de sus disposiciones y la existencia “de una jurisdicción constitucional dotada de amplias competencias para controlar cada acto de poder público, y así también las leyes y las resoluciones judiciales por su compatibilidad con la Ley Fundamental” (Hesse, 1995, pp. 54-55). Todo esto es parte del cambio del paradigma del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho al que se hizo alusión en el apartado previo de este trabajo.

La consideración “de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores” ha supuesto un cambio en el Derecho Privado. El sistema de valores que suponen los derechos fundamentales “debe regir en todos los ámbitos del derecho: la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos”. Eso implica que el Derecho Constitucional se sobrepone al Derecho Privado que antes era quien “en solitario” determinaba “la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos”. Esto sucede, aunque la textura de los derechos fundamentales sea la de principios amplios e indeterminados, “cuyo significado para el caso concreto siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado”, marcadas por “la claridad y la certeza jurídicas necesarias para el tráfico jurídico privado” (Hesse, 1995, pp. 57-60).

Hesse resaltaba que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, junto con otros factores como la delimitación del Derecho Constitucional frente al derecho ordinario, así como el control constitucional de las sentencias de la jurisdicción ordinaria, habían tenido grandes implicancias prácticas en la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado (Hesse, 1995, pp. 31-32). El primero de los tópicos ha merecido escasa atención en el Perú.

El debate acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se inscribe en el marco más amplio de las discusiones acerca de la definición de estos (Julio Estrada, 2000, p. 20). Ante la insuficiencia de la perspectiva liberal de los derechos fundamentales, en Alemania, durante la República de Weimar, se impulsó un proceso de transformación conceptual a favor de la superación de los límites propios de la concepción de los derechos públicos subjetivos (Julio Estrada, 2000, p. 58; De Vega, 2003, pp. 31-37; Ferreres Comella, 2003, pp. 41-44). En la Constitución de Bonn se reconoció la doble cualificación de los derechos fundamentales: tanto como derechos subjetivos de libertad, como en su dimensión de normas objetivas de principio que tienen valor para todos los ámbitos del derecho. Sobre esa base, a mediados de

la década de 1950, se inició una discusión doctrinal intensa sobre los derechos fundamentales y allí se dio el debate sobre la eficacia de estos derechos ante actores no estatales, a la par que las discusiones sobre el efecto de irradiación de los derechos fundamentales y el deber estatal de protección (Julio Estrada, 2000, pp. 65-67, 72).

La doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales supera la consideración de la Constitución como el estatuto jurídico del Estado en contraposición, no en complementariedad, con el Código Civil que era tenido como el cuerpo normativo del ámbito de lo privado, el que regulaba “un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres” (Julio Estrada, 2000, p. 15; De Vega, 2003, p. 31).

De esta manera, si bien el obligado principal de los derechos fundamentales es el Estado, “dicha vinculación resulta insuficiente para asegurar el disfrute de los bienes *iusfundamentalmente* consagrados, pues estos pueden resultar menoscabados no solo por el Estado, sino por los titulares del poder económico y social, y aun por los simples particulares” (Julio Estrada, 2000, p. 87). No es entonces el Estado el único obligado con los derechos fundamentales, “sino que [estos] despliegan sus efectos en las relaciones entre particulares” (Julio Estrada, 2000, p. 87).

El origen histórico de la vinculación frente a terceros está en la Alemania de la posguerra, y su primera concreción jurisprudencial se dio en un caso en el que se debatía si a la cláusula constitucional de igualdad entre hombres y mujeres le correspondía la igualdad salarial por el mismo trabajo. En su concepción queda en evidencia que la finalidad de la teoría era contrarrestar los efectos de legisladores o legisladoras perezosas y, por tanto, tenía impregnado el “cuño ideológico” de “favorecer el activismo judicial para procurar la realización efectiva de la Constitución” (Julio Estrada, 2000, pp. 92-95). Al respecto, se han planteado posiciones contrarias y favorables y, dentro de estas últimas, hay partidarios tanto de la eficacia horizontal directa o inmediata como de la eficacia horizontal indirecta o mediata de los derechos fundamentales.

En cuanto a quienes, estando de acuerdo con la eficacia horizontal de los derechos, la entienden en sentidos distintos, hay dos posiciones. La posición de la eficacia directa sostiene el “efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante” (Julio Estrada, 2000, pp. 103-104). Las principales críticas de esta vertiente se asientan en los recortes a la autonomía privada y en la flexibilización de la seguridad jurídica en los contratos pactados de acuerdo con las formalidades legales (Julio Estrada, 2000, pp. 116-122; De Vega, 2003, pp. 10-41).

La posición de la eficacia indirecta implica considerar que la intensidad protectora de los derechos fundamentales es diferente, según esté dirigida contra el Estado o contra terceros; esto porque en el derecho privado la autonomía privada opera como limitante (Julio Estrada, 2000, pp. 110). Desde esta posición se considera entonces que para la realización de los derechos fundamentales en el derecho privado debe incorporarse su contenido en los conceptos y cláusulas tradicionales de esta rama jurídica legal (Julio Estrada, 2000, pp. 110-111; De Vega, 2003, pp. 34-37). Las cláusulas generales tradicionales como las buenas costumbres, la buena fe y otras similares “actuarían como puntos de irrupción, como puntos de entrada de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado” legal (Julio Estrada, 2000, p. 111). Las críticas a esta posición se fundan en que precisamente disminuye la fuerza

vinculante de los derechos fundamentales en el ámbito privado, reconociéndoles sólo fuerza operativa mediata. Se afirma además que existe una contradicción interna, pues esta posición no puede establecer la relación entre los derechos fundamentales y las cláusulas generales del ordenamiento privado: o los primeros solo sirven para dar contenido a las cláusulas o las segundas no tienen eficacia en sí mismas, pues carecen de contenido propio ya que solo operan como normas de referencias que en cada ocasión deberán “ser colmadas por el contenido específico del derecho fundamental” legal (Julio Estrada, 2000, pp. 122-124; De Vega, 2003, p. 40; Jana Linetzky, 2003, pp. 60-63).

En general, entre las mayores críticas esgrimidas contra la eficacia horizontal de los derechos está que la autonomía privada/libertad individual sufre reducciones; que conlleva que en las causas civiles se acuda a posiciones jurídicas *iusfundamentales* en lugar de invocar el ordenamiento del Derecho Privado y, finalmente, el dilema se enmarca en la controversia sobre los límites funcionales entre las y los legisladoras/es democráticos y la jurisprudencia constitucional (Julio Estrada, 2000, pp. 96-101). Se ha señalado además que el riesgo de error en la regulación de conflictos entre particulares es mínimo, pues el Estado actúa como ente imparcial en tanto que sus intereses no están en juego, lo que haría innecesaria la extensión de los derechos fundamentales a este campo y, por último, que la teoría implica una afectación a la seguridad jurídica que es un valor constitucional protegido (Ferrerres Comella, 2003, pp. 45-52).

Se ha anotado también que la división entre eficacia mediata e inmediata es poco adecuada, pues la eficacia se determina partiendo “del contenido específico, de la esencia y de la función del derecho fundamental concreto, más exactamente de las proposiciones judiciales particulares derivadas del derecho fundamental en nuestra comunidad actual”; es esto lo que posibilitaría “alcanzar una solución razonable en cada caso concreto” (Starck, 2002, pp. 66, 68).

En este trabajo se sostiene una posición favorable a la eficacia directa de los derechos fundamentales, considerando que existen “derechos en cuyos ámbitos de actuación la intervención del Estado es limitada y cuyas lesiones provienen básicamente de la actuación de los particulares” y “que existen derechos fundamentales cuyas posibles colisiones solo son pensables en las relaciones entre particulares” (De Vega, 2003, p. 38). Es cierto que los derechos fundamentales en la mayoría de Constituciones regulan la relación entre la ciudadanía y el Estado, pero ello no supone dejar de considerar que existen “problemas de libertad y de igualdad [entre] los ciudadanos entre sí, especialmente bajo el punto de vista de la diferencia de sexos y del distinto poder social” (Starck, 2002, p. 73).

En ese sentido, hay que tener presente que:

la eficacia de los derechos y libertades frente a terceros tiene naturalmente límites, dada la diversa estructura normativa de los derechos fundamentales y las disposiciones del Derecho privado, así como de la antinomia entre los mismos, el problema se plantea en saber cómo y en qué medida ejercen esta influencia (Landa, 2010, p. 31).

En base a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales el Poder Legislativo debe realizar, en primer término, los deberes específicos de protección e igualdad que se derivan de los derechos fundamentales (Starck, 2002, pp. 78-79). Eso no se contradice con que juezas y jueces deban “argumentar a partir de las normas de derecho privado”, pero leídas desde la Constitución; asimismo, las y los legisladoras/es están llamados a legislar atendiendo a “los conflictos de derechos e intereses que subyacen a la horizontalidad” (Jana Linetzky, 2003, p. 67).



Hoy es parte del paradigma que los derechos fundamentales, y también los derechos humanos, impactan en el Derecho Privado bajo el influjo de la constitucionalización del Derecho Privado (Favoreu, 2001, pp. 32, 39-43). Se ha documentado en los últimos años cómo las constituciones nacionales impactan crecientemente en los ordenamientos jurídico-privados, que ya no pueden concebirse como órdenes autosuficientes, sino más bien vinculados a un orden superior. El sometimiento del Derecho Privado a exámenes de constitucionalidad es “la expresión [...] de un [nuevo] sistema de valores que debe ser integrado a esta rama jurídica tradicional (Micklitz, 2014, p. 1). Por eso se afirma que la constitucionalización tiende “a borrar la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado” (Favoreu, 2001, p. 32).

La constitucionalización ha delineado la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional. Tres décadas atrás, Hesse vislumbró las necesarias transformaciones en ambas ramas para que se delimite su complementariedad. El Derecho Constitucional, por su parte, tiene respecto del Derecho Privado funciones de garantía porque brinda condiciones para la efectividad real de los institutos jurídicos privados y los protege de la acción de la legislación (Hesse, 1995, p. 83). Tiene también funciones de orientación en tanto la amplitud de las normas constitucionales se adapta mejor a las transformaciones sociales que dejan desfasada a la legislación privada y, de esa manera, es un medio para su desarrollo y porque complementa su sentido que “ya no solo atiende a la autodeterminación individual, sino también a la justicia social”, “desde una ética individual de la voluntad y la libertad a una ética social de la responsabilidad solidaria” (Hesse, 1995, pp. 84-85). Por último, tiene funciones de impulso en tanto que da un marco para los nuevos componentes del Derecho Privado, promoviendo una “cierta concordancia objetiva entre el orden del Estado social de Derecho y el contenido del ordenamiento jurídico privado” (Hesse, 1995, p. 85).

La eficacia jurídica de los derechos fundamentales en el Derecho Privado tiene también consecuencias procesales e institucionales considerables en el Estado de Derecho, pues supone que sería posible “una relación de concurrencia entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios [a lo que] solo puede llegarse en los países en que el Tribunal Constitucional decide recursos de amparo contra sentencias judiciales en última instancia” (Starck, 2002, pp. 75-77). Cuando se permite el control constitucional de sentencias de tribunales ordinarios, se “tiene que pensar desde la Constitución, es decir, desde su carácter marco”, lo que redibuja las relaciones entre legislación y jurisdicción, y el rol propio de la justicia en un Estado de Derecho. Para Starck, la concurrencia implica que en una sede constitucional se controlen solo las interpretaciones judiciales erróneas de las leyes en contradicción con la Constitución, y que se considere que, ante leyes relativamente indeterminadas, la justicia “tiene más libertad para adaptar la decisión final al caso concreto” en el marco de la Constitución (2002, p. 78).

### **Las Repercusiones de la Constitucionalización del Derecho de Familia**

La familia es una institución social histórica que tiene su fundamento “en necesidades humanas universales de base biológica: la sexualidad, la reproducción y la subsistencia cotidiana”; engloba “relaciones de producción, reproducción y distribución, con su propia estructura de poder y fuertes componentes ideológicos y afectivos” (Jelin, 2007, p. 95). Aunque ha estado presente a lo largo de la historia humana y ha sido regulada como parte en el Derecho Privado, su incorporación en el Derecho Constitucional fue tardía.



El concepto de familia ha estado sometido a diferentes factores que han marcado su transformación. La evolución social sobre las uniones entre las personas ha transformado las relaciones familiares tradicionales; el influjo de la evolución poblacional basado en la prolongación de la vida humana y los cambios en el comportamiento reproductivo ha generado la coexistencia de varias generaciones, modificando sus relaciones; los cambios en la división sexual del trabajo y la visibilización de la violencia en el ámbito privado han transformado las relaciones intrafamiliares; los factores políticos, económicos y sociales han fomentado la migración fragmentando las unidades familiares (Jelin, 2007, pp. 101-113).

La evolución jurídica de la familia ha variado también porque el orden jurídico ha cambiado su horizonte. El cambio del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, con la consiguiente transformación de la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional, que se ha expuesto previamente, ha tenido profundas repercusiones en el Derecho de Familia.

Bajo el paradigma de que los derechos eran fundamentales, pertenecían exclusivamente al Derecho Público, el campo del Derecho Privado quedaba exclusivamente regulado por el Código Civil de forma que el ordenamiento se presentaba dividido en dos campos: el de las personas frente al Estado y el de las relaciones sociales autorreguladas con base en la autonomía de la voluntad y sobre la asunción de que todas las personas eran iguales. No obstante, con el cambio de paradigma se “ha propiciado un diálogo fluido entre lo público y lo privado, entre las normas constitucionales y las de Derecho privado y se ha dado paso a un ‘Derecho Privado Constitucional’ o un ‘Derecho Civil constitucionalizado’. Es en ese marco que se desarrolla la constitucionalización del Derecho de Familia. Han sido las posturas horizontalistas directas respecto de la eficacia de los derechos fundamentales las que han fundamentado la aplicación de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito familiar y han propiciado la renovación de esta rama jurídica” (Gil *et al.*, 2006, pp. 2-4).

Los valores y principios constitucionales plasmados en derechos han influenciado el Derecho de Familia porque en este ámbito “se dilucidan cuestiones que tocan muy directamente a los bienes protegidos por ellos, cuya eficacia está por encima de cualquier otro interés que se pueda predicar de la familia o familias”. Así cobran especial trascendencia la igualdad y la libertad personal que propician posibilidades de transformación, de forma que el Derecho responda a las necesidades reales de las personas (Valpuesta, 2012, p. 108).

Parafraseando a Aída Kemelmajer de Carlucci, el Derecho de Familia se ha transformado porque no hay una persona que sea ciudadano/a bajo el Derecho Constitucional y que, completamente aparte, sea el *pater familia* sujeto al Derecho Privado. Las familias, por su presencia o ausencia, son parte esencial de las vidas de las personas (Gil *et al.*, 2006, p. 7). Un enfoque centrado en las personas ha contribuido a redefinir las esferas de lo público y lo privado, cuestionando las divisiones sociales de género, edad y otras jerarquizaciones que tradicionalmente han marcado ambos espacios; ese énfasis en las personas ha permitido centrar que son ellas las titulares de derechos y que son ellas las que “se mueve[n] tanto en la esfera pública como en la privada”, que “pasa[n] del patio a la plaza, de la alcoba al parlamento” (Rábago, 2008, pp. 1, 24-25). Esto ha redefinido la labor de los Estados a través del Derecho porque se requiere que el discurso de los derechos permee tanto la esfera pública, como la privada, frente a las diferencias de poder presentes en ambas (Rábago, 2008, p. 25)

Una primera línea de influencia fue la incorporación de contenidos que pertenecían al Derecho Privado en los textos constitucionales, por la influencia del Derecho Romano en su conformación;

allí se incluye las disposiciones constitucionales sobre el derecho al nombre, los derechos de las mujeres, derechos de la infancia, derecho al matrimonio, derecho a las uniones de hechos, derechos vinculados a la determinación de la filiación y a las responsabilidades parentales. Sin embargo, en general, las distintas disposiciones constitucionales afectan varias áreas del mundo jurídico y eso tiene repercusiones en las relaciones familiares (Gil *et al.*, 2006, p. 5).

Sobre la evolución social de las familias cabe anotar que esto tiene como correlato la redefinición del *concepto constitucional de familia*. En el Derecho Privado tradicional se definió la familia como la vinculación entre personas por el parentesco o el matrimonio. Sin embargo, desde el siglo XX existe una crisis en el modelo tradicional de familia, “el tipo de familia patriarcal, marcada por la desigualdad, la subordinación al padre y definida en su inicio por la unión conyugal o matrimonio” (Melgar, 2016, pp. 100-101). A la luz de las disposiciones constitucionales e internacionales, esa definición requiere una redefinición “desde el pluralismo y la tolerancia”. Así, el concepto constitucional de familia estaría dado actualmente por “la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos”. Este “concepto constitucional de familia” tiene como consecuencia que en el Derecho Privado ordinario deba reconocerse un “piso mínimo de protección” (Gil *et al.*, 2006, pp. 70-76). El discurso de los derechos para todas las personas, propio del constitucionalismo, “ha revitalizado, en el ámbito secular, al matrimonio y la familia, cuestionados como instituciones opresivas” y hoy el derecho tiene el reto de la “resignificación y reconfiguración de la familia desde la igualdad para todos sus integrantes”, así como la “construcción de formas de convivencia basadas en el reconocimiento de los derechos de todos sus integrantes” (Melgar, 2016, p. 102).

Aunque las familias responden a condicionamientos económicos, sociales y culturales, el derecho también ha jugado, y sigue teniendo, un rol en su definición. En esa medida es que se pone en cuestión la existencia de “un concepto prejurídico de familia” (Roca, 1999, p. 39; Valpuesta, 2012, p. 107), una tipología de familia “natural” que deba ser tomada como referencia por el derecho y reforzada por su valor normativo. El paradigma de la protección jurídica debería apuntar a la multiplicidad de formas familiares existentes. Las familias son una entidad “sociocultural fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición, y” han experimentado grandes transformaciones en la historia; sus nuevas tendencias reclaman reconocimiento jurídico (Gil *et al.*, 2006, p. 56). Las familias han evolucionado en su extensión cuantitativa, en el sustrato del lazo o ligamen entre sus integrantes, trascendiendo el tradicional parentesco, y en la premisa que les da origen, pues ya no solo se trata del matrimonio (Aguado, 2012, p. 85).

En el paradigma actual del Estado Constitucional de Derecho, las familias son una institución instrumental, en tanto su finalidad esencial es facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales. No deberían ser consideradas como sujetos colectivos independientes de sus miembros y, por tanto, titulares de derechos fundamentales en sí mismos, al margen de sus integrantes. En ese sentido no hay derechos de “la familia”, sino derechos en las relaciones familiares (Roca, 1999, pp. 62-64, 75-80). En ese sentido, el ámbito de las relaciones familiares está llamado a ser permeado por el discurso de los derechos fundamentales, lo que se refuerza con la constatación de que en las relaciones familiares se aprecian también relaciones de desigualdad y existen sujetos/as vulnerables.

Las normas constitucionales se aplican y deben ser garantizadas a todas/os las/los integrantes de los grupos familiares porque cada una/o es persona y titular de derechos

fundamentales. Se protege entonces a las personas en sus relaciones familiares y ese es el fundamento de los “derechos familiares” si cabe hablar de tales (Gil *et al.*, 2006, pp. 76-77). El Derecho de Familia no puede incidir negativamente en la individualidad de sus integrantes por “exigencia de la institución familiar” (Aguado, 2012, p. 83). En la esfera familiar se juega la efectividad de los derechos fundamentales y la división privado-público inoperativiza su eficacia entre las/los integrantes de la familia y la posible reivindicación de estos (Olsen, 1999, pp. 416-442). La familia debe ser una “sociedad abierta” porque es una comunidad en la que madura la personalidad de sus integrantes y en esa tarea actúa el Estado (Roca, 1999, p. 66).

La protección de las personas debe tomar en cuenta si están insertas en un grupo familiar, pues las familias deben ser el “medio protector de los derechos de los individuos que forman parte de ella” (Roca, 2006, p. 208). El mandato constitucional de protección de la familia le da a las/los integrantes “un plus respecto de la protección de la que gozan los sujetos individualmente considerados”, pero “la singularidad de la propia persona no queda anulada por la pertenencia a una familia”. De este modo, las familias han de “concebirse al servicio de sus componentes, y no a la inversa” (Aguado, 2012, p. 83).

Un aporte importante en la transformación del Derecho Familiar ha sido el proceso de internacionalización: “los derechos humanos tienen en la actualidad un papel expansivo” y en el ámbito de las relaciones familiares han tenido un fuerte impacto constituyéndose “en el principal motor de la evolución del Derecho de Familia” (Gil *et al.*, 2006, p. 5). En este plano hay una relación bidireccional: lo internacional ha influido en la transformación del Derecho Familiar, pero también “la familia ha entrado en el ámbito de los derechos humanos, modificando sustancialmente su naturaleza jurídica” (Acosta, 2007, p. 201). Sobre lo primero, los derechos reconocidos tradicionalmente en el catálogo de derechos han desplegado su efectividad al campo de las relaciones familiares a través de la jurisprudencia internacional; eso está presente en el ámbito europeo (Gil *et al.*, 2006, pp. 7-9), como interamericano (Ramírez, 2018, pp. 325-334). Asimismo, no solo las constituciones, sino también las normas del “Derecho Internacional de los Derechos Humanos han incorporado a sus textos numerosas normativas que antes se reputaban del Derecho Privado” (Gil *et al.*, 2006, p. 5).

El régimen jurídico de la familia se ha ubicado tradicionalmente en el Derecho Privado, más concretamente en el Derecho Civil. Las reglas establecidas para las familias provienen del derecho romano, “se consolidaron en el Código Napoleónico de 1804 y proyectaron su concepción hacia todos los sistemas jurídicos de América Latina” (Acosta, 2007, p. 203). No obstante, las presiones sociales, asociadas originalmente al reconocimiento jurídico de los derechos de las mujeres, promovieron cambios legislativos no solo en los códigos civiles, sino que irrumpieron en otras ramas del derecho (Acosta, 2007, p. 201). Además, con el influjo de la constitucionalización y la internacionalización, “se ha desbordado” para “conformar un Derecho de Familia de mayor complejidad en lo que respecta a sus fuentes y contenidos” (Valpuesta, 2012, p. 107). Por la centralidad de los derechos fundamentales en las relaciones familiares, producto del proceso de constitucionalización, es posible cuestionar su adscripción al Derecho Privado, lo que es un tema abierto al debate.

Por un lado, se sostiene que aún, en la actualidad, “el Derecho de Familia es Derecho Privado pues recae sobre las relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas, además de la dimensión patrimonial que tienen estas relaciones”

(Valpuesta, 2012, p. 119). Así, la definición del Derecho de Familia como parte del Derecho Privado se basa en que regula un “ámbito de relaciones entre personas que actúan desde su autonomía de decisión”, aunque se reconoce que ello “presenta algunas especificidades que se justifican por la materia sobre la que recae” (Valpuesta, 2012, p. 120).

Por otro lado, se sostiene que en el Derecho de Familia debería darse una resistencia a la privatización, pues recurrir al discurso del Derecho Privado es engañoso y peligroso para la defensa de derechos (Atkin, 2015). En esa medida, esta rama jurídica debería articularse a la defensa de los derechos fundamentales de la autodeterminación y la igualdad sustantiva; su regulación debería orientarse a ser un marco de interacción favorable a la autodeterminación personal indispensable para una sociedad en la que las personas son agentes libres e iguales (Dagan y Dorfman, 2016). Una visión de este tipo permitiría visualizar con mayor claridad también el rol estatal subyacente a su materia, así como abordar las cuestiones distributivas de esta rama jurídica (Leckey, 2007).

El marco constitucional e internacional revisado da pie a un cuestionamiento de la pertenencia del Derecho de Familia al Derecho Privado, pero la profundización de esas consideraciones excede la materia del presente trabajo.

### **A Modo de Conclusión**

Con el cambio del paradigma al Estado Constitucional de Derecho se ha reformulado la concepción del Derecho en sí mismo y de lo que entiende por “tener una Constitución”. Se superó también la separación estricta entre el Estado y la sociedad para pasar a una comprensión omnicompreensiva y no separada por esferas de la realidad humana, lo que tuvo grandes implicancias en las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, y particularmente en el Derecho de Familia.

El proceso de constitucionalización ha conllevado, de la mano de la fuerza normativa de la Constitución y su control jurisdiccional, que los derechos fundamentales sean considerados como los parámetros objetivos de todas las ramas jurídicas, transformando el Derecho de Familia. Junto con las transformaciones sociales y poblacionales de las conformaciones familiares, así como con las reivindicaciones sociales para una mayor igualdad en el campo familiar, se ha concretado un cambio de paradigma por el que las personas como tales, y no la agrupación familiar o las instituciones familiares en abstracto, son el centro de la regulación jurídica. No obstante, en el contexto peruano, la legislación en Derecho de Familia no se ha modificado en lo sustancial; la doctrina mayoritaria aún no acompaña la radicalidad de la transformación que se impone desde el proceso de constitucionalización; y, en lo cotidiano, no existe una masiva conciencia de este cambio de paradigma.

Es en las familias donde “se viven” los derechos. Problematizar su definición en el derecho es parte de la agenda propia de un Estado Constitucional. Los desarrollos doctrinarios deben apuntar a destacar las transformaciones que se imponen desde una mirada que busque hacer reales los principios de igualdad y libertad como parte del común ético moral sobre el que se asientan nuestras democracias; a ese rumbo se encamina este trabajo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta Vargas, G. (2007). Cambios legislativos en la formación y disolución de familias: una mirada de contexto. En ARRIAGADA, I. (coord.), *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros* (pp. 201-210). Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Aguado Renedo, C. (2012). Familia, matrimonio y Constitución española. En DÍEZ PICASSO GIMÉNEZ, G., *Derecho de Familia*. Navarra: Aranzadi, Tomo I, 77-103.
- Aguiló Regla, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *En Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), 429-457.
- Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En CARBONELL SÁNCHEZ, M. (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*, (pp. 31-48). Madrid: Trotta.
- Alvites, E. (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *En Derecho PUCP*, (80), 361-390.
- Asuátegui Roig, F. J. (2006). Los derechos en el contexto contemporáneo. La constitucionalización. *En Ius et veritas*, (33), 332-339.
- ATIENZA, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *En Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 73-88.
- Atienza, M. (2014). Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *En Observatório da Jurisdição Constitucional*, Año 7(2), 1-24.
- Atkin, B. (2015). Controversial Changes to the Family Justice System in New Zealand: Is the Private Law/Public Law Division Still Useful?, *International Journal of Law, Policy and The Family*, (29), 183-204.
- Ballarín Iribarren, J. (1988). Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). *En Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, (24), 283-318.
- Bayón, J. C. (1991). Derecho y razones para la acción. *En Doxa*, (10), 25-66.
- Carbonell Sánchez, M. y Sánchez GIL, R. A. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho?, *Quid Iuris*, (15), 33-55.
- Carrasco, M. A. (2013). *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia* (pp. 265-287). Lima: Gaceta Jurídica.

- Dagan, H. y A. Dorfman (2016). Just relationships. En *Columbia Law Review*, 116(6), 1395-1460.
- De Vega García, P. (2003). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). En *Pensamiento Constitucional*, 9(9), 25-43.
- Díaz Revorio, F. J. (2017). *Estado, Constitución, democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*. Lima: Palestra.
- Favoreu, L. J. (2001). La constitucionalización del derecho. En *Revista de Derecho*, 12(1), 31-43.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de derecho. En *Revista Internacional de Filosofía Política*, (17), 31-45.
- Ferreres Comella, V. (2003). La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. En AA.VV., *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 41-52.
- Gil Domínguez, A.; Fama, M. V. y M. Herrera (2006). *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar, Tomo I.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano. En Carbonell Sánchez, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 49-74.
- Hart, H. (1980). El nuevo desafío del positivismo jurídico. En *Sistema*, (36), 3-18.
- Hesse, K. (1995). *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Trad. e introd. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid: Civitas.
- Jana Linetzky, A. (2003). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En AA.VV., *Los derechos fundamentales*, (pp. 53-70). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Jelin, E. (2007). Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales. En Arriagada, I. (coord.), *Familias y políticas públicas en América Latina: Una historia de desencuentros* (pp. 93-124). Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Julio Estrada, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Julio Estrada, A. (2007). Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En Carbonell Sánchez, M. (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, (pp. 121-158). Madrid: Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36.

- Landa Arroyo, C. (2013b). Constitucionalización del derecho civil a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AA.VV., *Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, Estudio Echecopar, Tomo I, 65-85.
- Landa Arroyo, C. (2010): *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Leckey, R. (2007). Family Law as Fundamental Private Law. En *Canadian Bar Review/La Revue Du Barreau Canadien*, (86), 69-96.
- Melgar, L. (2016). Familias en resignificación continua. En MORENO, H. y E. ALCÁNTARA (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*. México D. F.: Programa Universitario de Estudios de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México, I, 91-103.
- Micklitz, H.-W. (2014). Introduction. En *Constitutionalization of European Private Law* (pp. 1-25). Oxford: OUP.
- Olsen, F. (1999). El mito de la intervención del Estado en la familia. En FACIO, A. y L. FRIES (eds.), *Género y Derecho* (pp. 413-442). Santiago: American University, LOM Ediciones, La Morada.
- Pietro Sanchís, L. (2004). *El constitucionalismo de los derechos*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, (71), 47-72.
- Pietro Sanchís, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- Starck, C. (2002). Derechos Fundamentales y Derecho Privado. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, (66), 65-89.
- Rábago Dorbecker, M. (2008). Los conceptos de esfera pública y privada en el Derecho de Familia. En Cruz Parceros, J. A. y R. Vásquez (coords.), *Mujeres, familia y trabajo* (pp. 1-26). México D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Editorial Fontamara.
- Ramírez Huaroto, B. (2013). Amores rotos, impactos diferentes. Reflexiones sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio desde la perspectiva de género. En Torres Carrasco, M. A. (ed.), *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. (pp. 265-287). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramírez Huaroto, B. (2018). Las familias desde los estándares de la jurisprudencia interamericana: una mirada comparada de la legislación argentina y peruana. En *Revista de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (84), 317-339.
- Roca Trías, E. (1999). *Familia y cambio social. De la "casa" a la persona*. Madrid: Civitas Ediciones.

- Roca Trías, E. (2006). Familia y Constitución. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (10), 207-227.
- Valpuesta Fernández, R. (2012). El derecho de familia. En Díez Picasso Giménez, G., *Derecho de Familia*. Navarra: Aranzadi, Tomo I, 105-133.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Décima edición. Madrid: Trotta.



# A PROPÓSITO DEL CONCEPTO «DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL». UNA MIRADA CRÍTICA DE LA VISIÓN LIBERAL TRADICIONAL DE LA DISCRIMINACIÓN<sup>1</sup>

Liliana Salomé Resurrección<sup>2</sup>

## Introducción

Hace apenas algunos años —a fines de 2016—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) resolvió un caso sobre esclavitud contemporánea y trata de personas. Así, en pleno siglo XXI, el Estado de Brasil fue encontrado “responsable por la violación al derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas de 85 trabajadores rescatados de la hacienda Brasil Verde”<sup>3</sup>. Se trata de un caso grave que puso de manifiesto una situación de discriminación estructural que afectó principalmente a hombres afrodescendientes en situación de pobreza, originarios de las regiones con mayores índices de analfabetismo en el país. Estas personas se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad frente a la esclavitud, esto es, en una situación de “trabajo esclavo”, fenómeno de larga data, cuya existencia en su territorio fue reconocida por Brasil en 1995.<sup>4</sup>

Otro caso en el que la Corte encontró responsable a un Estado por la violación de derechos humanos en un contexto de discriminación estructural es el de Atala Riffo y niñas vs. Chile. En este se determinó que el sistema de justicia chileno había privado a Karen Atala de la tuición o custodia de sus tres hijas debido a su orientación sexual. Según la Corte, dicha violación respondía a los estereotipos históricamente construidos en torno las minorías sexuales, por lo que se hacía necesario implementar medidas dirigidas a lograr cambios estructurales en la sociedad que permitieran desarticular aquellos prejuicios y prácticas que perpetuaban la discriminación contra las personas LGBTI<sup>5</sup>.

---

1 Este artículo sintetiza un capítulo del Trabajo Fin de Máster titulado “El concepto «discriminación estructural» y su incorporación al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos”, elaborado por la autora en el marco del Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid.

2 Abogada y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Estudios de especialización en la Universidad de Pisa y en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Profesora en la Facultad de Derecho y en la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP. Integrante de la asociación civil “Constitucionalismo Crítico”.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Sentencia de 20 de octubre de 2016 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

4 La Corte da cuenta de ello en la sentencia que resolvió al Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (párrs. 111, 328 y 339).

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

Existe aún una tercera sentencia de la Corte en la que se hizo referencia a la discriminación estructural. Se trata del caso *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, resuelto en el año 2009<sup>6</sup>, que es considerado un caso emblemático en materia de violencia de género, pues en este la Corte se pronunció por primera vez sobre el homicidio de mujeres por razones de género, denominándolo feminicidio<sup>7</sup>. Tras encontrar responsable al Estado de México por la violación de diversos derechos de las víctimas, la Corte se refirió a la discriminación estructural que estaba presente en el caso, debido a la “cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad” (párr. 132); así como al hecho de que fuera “posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes” (párr. 401).

A partir de estos casos, cabría preguntarse, ¿qué se entiende por “discriminación estructural”? En los últimos años, este concepto parece haber ido ganando un mayor interés en el discurso de los derechos humanos, aunque aún existe cierta ambigüedad sobre su contenido. Considerando lo anterior, este artículo busca explorar las preocupaciones que estarían en el origen o en la base de este concepto, así como los rasgos que lo definen y las posibilidades que ofrece su incorporación en el ámbito de lo jurídico.

### A Propósito del Concepto “Discriminación Estructural”

Al hablar de discriminación estructural Claudio Nash y Valeska David (2010) plantean que “existen ciertas problemáticas respecto de las cuales la concepción tradicional de [la discriminación] puede resultar insuficiente” (p. 172). Esto se debe a que la discriminación suele estar atravesada por complejas prácticas sociales que llevan a que determinados grupos no gocen de sus derechos de la misma forma en que lo hacen otros grupos en la sociedad (p. 173).

Como se verá, el concepto “discriminación estructural” (o sistémica) constituye una propuesta doctrinal que busca redefinir el concepto jurídico tradicional de la discriminación, a fin de que este permita tomar en cuenta las relaciones asimétricas de poder que existen entre los diferentes grupos sociales (Añón, 2013b, pp. 147-148), así como el contexto en el que se produce la discriminación.

Esta propuesta entraña también una crítica a la visión liberal de la discriminación que se vincula estrechamente con la idea de igualdad que ha tenido mayor influencia en la cultura jurídica dominante, que es aquella que la concibe como “igualdad de trato” y no como “igualdad de estatus”, entendiendo esta última en un sentido amplio, como un conjunto de oportunidades, recursos, ocupaciones, posiciones y poder (Añón, 2010a, p. 132).

Al respecto, se ha señalado que, si bien la igualdad liberal se predica universalista, históricamente esta fue edificada sobre determinadas concepciones que constituyeron a los sujetos de la igualdad como hombres, blancos y propietarios; aun cuando esta selección no fuera explicitada abiertamente (Barrère, 2003a, p. 7; Ferrajoli, 2010, p. 80). Como apunta María del Carmen Barranco (2011), “el titular abstracto de derechos, sobre el que se construye el modelo liberal, coincide en el imaginario colectivo con el hombre, burgués, blanco,

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

7 Al respecto, se ha señalado que los feminicidios “mantienen y reproducen la situación de discriminación estructural hacia las mujeres” (Díaz, Rodríguez y Valega, 2019, p. 97).

heterosexual, económicamente independiente, y, podríamos añadir, física y socialmente independiente” (pp. 14-15).

Considerando lo anterior, el concepto “discriminación estructural” busca dar cuenta del tipo de desigualdad que deriva de la influencia de los valores sociales surgidos del falso universalismo, que atraviesa el diseño de la titularidad de los derechos y que se refleja en las profundas injusticias que enfrentan determinados grupos en la sociedad (Añón, 2013a, p. 662). Además, en el origen o en la base de este concepto pueden encontrarse tres críticas a la visión liberal tradicional de la discriminación a las que la visión “estructural” intentaría dar respuesta. A continuación, me referiré a cada una de ellas.

### **La Crítica al Individualismo y la Importancia de la Dimensión Colectiva o Grupal de la Discriminación**

Uno de los aspectos de la discriminación que se destaca con el calificativo “estructural” es su faceta o dimensión colectiva o grupal, lo que supone un desafío en el ámbito de lo jurídico pues, como explica María José Añón (2016), “el concepto de discriminación utilizado en los textos legales y jurisprudenciales interpreta la discriminación como un conflicto entre individuos concretos y tiende a convertir el problema en una cuestión intersubjetiva” (p. 145). Si bien la autora reconoce que existen algunos avances, puntualiza que “[e]l reconocimiento de la dimensión colectiva o grupal de la discriminación ha ido arraigando en una cultura jurídica que, sin embargo, se encuentra impregnada de categorías jurídicas individuales” (p. 145).

En un sentido similar, Judith Squires (2009, p. 507) considera que la lógica de la igualdad desarrollada a través de los mecanismos judiciales se ha limitado a un modelo individualizado de igualdad, en el que las cortes de justicia buscan combatir la discriminación que deriva de prácticas injustas. Sin embargo, estas mismas cortes están escasamente preparadas para implementar un concepto de igualdad basado en grupos (*group-based*) y para abordar los aspectos estructurales más complejos de la discriminación. Asimismo, al reflexionar sobre esta cuestión, María Ángeles Barrère (1997, p. 27) señala que un aspecto que dificulta la identificación de la discriminación como una cuestión colectiva o grupal es que con frecuencia se manifiesta o se percibe como un asunto individual.

Para Roberto Saba (2016), el problema radica en que “el principio de igualdad ante la ley, entendido como no discriminación, tiene su raíz en una versión individualista de los derechos, lo que a su juicio responde a dos consideraciones. En primer lugar, a “una visión descontextualizada de la situación de cada individuo”, que se opone a una visión “sociológica o contextualizada” (p. 41) que permitiría tomar en cuenta la pertenencia del individuo a un determinado grupo; lo que resulta relevante, pues las personas reciben ciertos tratos como consecuencia de su pertenencia a determinados grupos sociales. En segundo lugar, el autor advierte que esta versión individualista requiere una supuesta intención de discriminar (que se reconoce “a partir de la irrazonabilidad del criterio [de diferenciación] seleccionado” (p. 41); sin embargo, pensar la discriminación únicamente como un acto (u omisión) intencional no resulta adecuado porque la prohibición de discriminación también alcanza a aquellas prácticas que, sin buscarlo, tienen efectos adversos para determinados grupos.

Estas consideraciones oponen resistencias a la introducción de la discriminación estructural en el campo del derecho, pues se piensa que “resulta más ‘acomodado’ a los sistemas jurídicos

limitar la interpretación de la discriminación a una desigualdad interindividual y, en última instancia, intencional y ello, incluso allí donde ha sido introducida la modalidad indirecta de discriminación” (Añón, 2008, p. 14).

Sobre el elemento de la intencionalidad se volverá más adelante. En este punto es importante destacar que en el origen del concepto “discriminación estructural” puede encontrarse una crítica al individualismo y, paralelamente, una postura a favor de reconocer y dar mayor relevancia a la dimensión colectiva o grupal de la discriminación. Esta afirmación, sin embargo, merece una mayor explicación, sobre todo porque el término “individualismo” es excesivamente ambiguo y tiene una fuerte carga emotiva (tanto positiva como negativa)<sup>8</sup>.

En ese sentido, conviene precisar que la versión individualista de la no discriminación, que Roberto Saba (2016) critica, no se vincula obligatoriamente con una visión holista; y, en consecuencia, no liberal (p. 41). El autor parte de reconocer a las personas como fines en sí mismas y valiosas en términos individuales (no “sacrificables” por el bienestar del grupo como totalidad) (p. 41). La crítica de este autor se dirige más bien hacia la falta de atención al contexto y a los efectos del trato dispensado, así como a la visión de la situación de la persona desconectada de su pertenencia al grupo (p. 41).

En un sentido similar, María José Añón (2013b) opina que aquello que resulta verdaderamente importante en esta materia es que se tome en cuenta que la discriminación “estructural tiene una faceta o dimensión colectiva o grupal definitoria” (p. 134). Ciertamente, esto no implica descartar que las personas individualmente consideradas puedan experimentar la discriminación estructural, pues sí lo hacen. Lo que se quiere decir es que la razón por la que esto sucede es porque comparten o se les atribuye unas características, rasgos o prejuicios propios de una colectividad<sup>9</sup>.

Si bien en la construcción de esta crítica, la doctrina suele referirse constantemente al concepto “grupos” o, más precisamente, “grupos sociales”, este concepto no resulta del todo preciso o determinado en su teorización. Por este motivo, a continuación, esta cuestión será examinada con mayor detalle; y, en un segundo momento, se establecerá una conexión entre los grupos sociales y los estereotipos que causan discriminación.

### **El Concepto “Grupos Sociales”**

Cuando se habla de discriminación, se suele considerar que las mujeres, los hombres, las personas que comparten una misma raza u origen étnico, las personas que comparten una misma religión, etc., conforman grupos sociales (Barrère, 1997, p. 26). Como contraejemplo, se podría pensar en un grupo de productores que son diferenciados por una ley o por una práctica estatal para efectos de otorgar un subsidio (Courtis, 2010, p. 113). Esta última

8 Respecto de la carga emotiva positiva, Jesús González Amuchástegui (2004) señala que el individualismo “evoca la defensa de las personas y de su autonomía frente al Estado y otras comunidades con vocación totalitarista, al tiempo que refleja el igual respeto al que son acreedores todos los seres humanos”; mientras que su carga emotiva negativa “sugiere igualmente una defensa de intereses egoístas de minorías privilegiadas frente a los intereses de la generalidad, así como una concepción atomística y conflictiva de la sociedad que ve en todo ser humano un competidor cuando no un enemigo” (p. 119).

9 Según esta autora, “la tesis de la dimensión grupal de la discriminación se ha visto oscurecida por la afirmación de que las demandas de los grupos desaventajados solo pueden articularse a través de derechos colectivos (su opinión, como se ha señalado, es otra)” (Añón 2013b, p. 134). Al respecto, Añón recuerda que la “discusión sobre la categoría derechos colectivos” ha enfrentado “de forma excesivamente dicotómica a liberales y comunitaristas” (2013b, p. 134).

situación difícilmente reflejaría el sentido en el que aquí se habla de grupos sociales. Entonces, ¿qué se entiende por este concepto?

Siguiendo a Owen Fiss (1999), “un grupo social es más que una serie de individuos que, por tomar un ejemplo extremo, se encuentran, por azar, en la misma esquina, en el mismo momento” (p. 138). Según este autor, un grupo social se caracteriza porque, en primer lugar, constituye una entidad que tiene una existencia y una identidad propia, distinta de la de sus miembros; por consiguiente, es posible hablar de un grupo social sin que medie referencia a los miembros particulares que lo componen (p. 138). En segundo lugar, entre el grupo social y sus miembros existe un nivel de interdependencia, pues su identidad y bienestar se encuentran interrelacionados. En ese sentido, advierte que “[l]os miembros del grupo se autoidentifican —explican quiénes son—, refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo” (pp. 138-139).

Otra autora muy influyente en esta materia es Iris Marion Young (2000), para quien “un grupo social es un colectivo de personas que se diferencia de al menos otro grupo a través de formas culturales, prácticas o modos de vida” (p. 77). Desde esta perspectiva, la autora considera que un grupo social es una expresión de las relaciones sociales, pues existe solo en relación con al menos otro grupo (p. 77). Además, no se trata de simples agregados de individuos, pues un elemento que distingue a los grupos sociales es que existen afinidades específicas entre quienes los integran, “debido a sus experiencias o formas de vida similares” (p. 77).

Otro aspecto que conviene precisar respecto de la propuesta de Young es que ella no considera que la pertenencia a un determinado grupo social sea inmutable; por ejemplo, cualquier persona que viva un tiempo suficientemente largo se identificará como una persona adulta mayor. Lo que para Young resulta fundamental es que, en estos casos, dichos cambios se experimenten como transformaciones en la propia identidad.

La autora también advierte que “los grupos sociales no son en sí mismos homogéneos” (p. 85), pues las personas que los integran no tienen una naturaleza común compartida. Esta heterogeneidad se hace especialmente evidente en sociedades grandes y complejas, en que “las diferencias de grupo se cruzan unas con otras” (p. 85). Así, por ejemplo, refiriéndose a la sociedad norteamericana, la autora señala que las personas afrodescendientes no conforman un grupo único, con una vida en común, pues, al igual que otros grupos raciales o étnicos, se diferencian por la edad, el género, la clase, la religión, la nacionalidad, etc. (p. 85).

Pese a su importancia, la visión de Young acerca de los grupos sociales no está exenta de dificultades. Una de ellas es apuntada por Nancy Fraser (1997, p. 260), quien, si bien reconoce el atractivo de esta propuesta, también advierte que puede resultar problemático invocar un único concepto (el de grupo social) para cubrir un número tan amplio y diverso de fenómenos. Esta observación, que también puede ser extendida a Owen Fiss<sup>10</sup>, alerta sobre el riesgo de que implícitamente se tome como referente a determinados grupos sociales, proyectando sus características sobre todos los demás. Eventualmente, esto podría motivar que no se haga justicia a los distintos tipos de colectividad<sup>11</sup> (Fraser, 1997, pp. 260-261).

10 Sobre el particular, Fiss (1999) señala que “[s]ería el primero en admitir que trabajar con el concepto grupo resulta problemático, y mucho más que hacerlo con el concepto de individuo, por ejemplo. En algunos casos, en efecto, resulta extremadamente difícil determinar si ciertos sujetos, en particular, son miembros o no del grupo; o si una determinada serie de personas constituye un grupo social” (p. 139).

11 Para Nancy Fraser (1997), la argumentación de Young no escapa a este reproche, pues tácitamente privilegia el grupo social basado en la cultura, con lo cual el grupo étnico se convierte en paradigma.

En este trabajo se seguirá de cerca la concepción que Fiss y Young tienen acerca de los grupos sociales. Esto supone reconocer que los grupos sociales no constituyen meros agregados de individuos y que las personas que los integran suelen compartir un sentido de identidad que, en parte, es determinado por el estatus que el grupo ocupa en la sociedad. Ahora bien, esto no implica restar importancia a la advertencia de Fraser, por el contrario, resulta fundamental que se incluyan varios modos distintos de colectividad, sin que un único paradigma eclipse a los demás<sup>12</sup>.

### **Grupos Sociales y Estereotipos que Causan Discriminación**

Siguiendo a Rebecca Cook y Simone Cusack (2010), un estereotipo puede ser entendido como “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir” (p. 11). A manera de ejemplo, las autoras citan expresiones como “todos los adolescentes son irresponsables”, “las mujeres son cuidadoras por naturaleza”, “los hombres son fuertes físicamente” y “la maternidad es el rol y destino natural de la mujer” (pp. 11 y ss.).

En todos estos casos existe la presunción de que las personas que integran dichos grupos sociales poseen determinados atributos, características o roles. El problema radica en que estas presunciones ignoran las necesidades, deseos, habilidades y circunstancias individuales de cada persona, lo que genera un impacto negativo en su capacidad para crear o formar sus propias identidades, así como “para construir y tomar decisiones sobre sus propios proyectos de vida” (pp. 13-14).

Para ilustrar esta preocupación, se podría pensar en el caso de una trabajadora mujer que postula a un puesto de mayor responsabilidad en su centro laboral; pero cuya candidatura es descartada por la parte empleadora, que prefiere que el puesto sea ocupado por un postulante varón. Esta decisión pudo haber estado motivada por estereotipos de género, es decir, por aquello que significa e implica socialmente pertenecer al “grupo hombres” y al “grupo mujeres” (Barrère, 1997, p. 27). Por ejemplo, la persona encargada de realizar el proceso de selección pudo haber considerado que las responsabilidades familiares de la postulante mujer serían un inconveniente para trabajar horas extras y viajar constantemente; o que el trabajo estaría mejor en manos de una persona altamente competitiva, firme e incluso agresiva en los negocios, características que socialmente tienden a asociarse a los hombres antes que a las mujeres. De judicializarse, este caso posiblemente sería percibido como un asunto individual, pese a tener una base grupal definitoria (Barrère, 1997, pp. 27 y ss.).

Desde la doctrina se ha relacionado la preocupación por los estereotipos sociales con la reflexión acerca de la vulnerabilidad en el campo de los derechos humanos. Si bien no se profundizará aquí sobre el concepto de vulnerabilidad —pues su amplitud ameritaría un análisis específico—, es importante destacar que una de sus acepciones la vincula con una tendencia a la discriminación estructural (Barranco, 2014, p. 26).

Al respecto, cabe precisar que si bien, en un primer momento, la vulnerabilidad se hacía depender únicamente de una condición personal compartida con los miembros de un grupo,

12 Una polémica que aquí no se buscará resolver, pero que no puede dejar de plantearse, guarda relación con el hecho de que a nivel de la doctrina existe una discusión en torno a si las mujeres pueden ser consideradas un grupo. Ello resulta discutible sobre todo si se tiene en cuenta que las mujeres “[s]on la mitad de la humanidad y más o menos la misma composición al interior de la mayor parte de las sociedades” (Añón, 2010b, p. 245).

esta visión parece haber cedido su lugar para dar paso a una perspectiva que toma en cuenta la forma en que la sociedad está organizada. Para María del Carmen Barranco (2014), este cambio es atribuible al punto de inflexión que, en materia de derechos humanos, representa la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)<sup>13</sup>.

Refiriéndose a este cambio de paradigma, Agustina Palacios (2013) explica que “[s]i en el modelo rehabilitador la discapacidad era atribuida a una patología individual, en el modelo social se interpreta como el resultado de las barreras sociales y de las relaciones de poder, más que de un destino biológico ineludible” (p. 963)<sup>14</sup>. La aplicación de este nuevo paradigma a la reflexión sobre la vulnerabilidad implica que esta última “está ideológicamente justificada, de forma que no tiene por qué ser natural e inevitable; y, además, que ‘alguien’ obtiene beneficios de la situación de desventaja” (Barranco, 2014, p. 26).

Con esta nueva visión, la vulnerabilidad asociada a la discapacidad pasa a ser contemplada como una desventaja de carácter social “resultado de la situación de ausencia de poder y de subordinación en la que se encuentra el colectivo” (Cuenca, 2014, p. 89). De ahí que algunos autores definan “la discapacidad como una forma específica de opresión social” (Abberley, 1987, p. 7). Siguiendo a Patricia Cuenca (2014, p. 89), ello implica entender que la discapacidad es “socialmente creada como una forma de opresión social institucionalizada (al igual que el racismo o el sexismo)” (p. 89); y, asimismo, permite calificar de estructural, institucional o sistémica la discriminación que enfrentan las personas con discapacidad.

En este orden de ideas, María del Carmen Barranco (2014) señala que la vulnerabilidad, concebida como una tendencia a la discriminación estructural, “hunde sus raíces en la presencia de estereotipos sociales que asignan a las personas discriminadas roles de subordinación” (p. 30). Asimismo, la autora advierte que las teorías de los derechos se han venido articulando sobre dos presupuestos que las hacen impermeables a la vulnerabilidad así entendida: el individualismo y la definición de la libertad política como no interferencia.

Con relación al primer presupuesto (al segundo se hará referencia en el siguiente punto), se dice que las teorías basadas en derechos son individualistas en el sentido de que “los seres humanos son capaces de elegir y de responsabilizarse por la acción elegida. De ello depende la agencia moral y, por tanto, la atribución de derechos” (p. 30). Por este motivo, cuando a partir de los estereotipos sociales se niega a las personas la capacidad de elegir, se les está negando también uno de los atributos que se consideran definitorios de la dignidad humana (p. 30). Esto ha llevado a que se justifique una serie de restricciones y exclusiones contra mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, personas mayores, etc., que incluso han sido convalidadas jurídicamente.

---

13 Siguiendo a María del Carmen Barranco, este cambio de paradigma se articula sobre tres elementos: “El primero de ellos es la revisión de la teoría de la justicia basada en derechos; el segundo tiene que ver con la aplicación del enfoque basado en derechos al tratamiento de la discapacidad; por último, la Convención introduce un concepto social, y no individual, de discapacidad” (2014, p. 22).

14 Algunas claves para entender el significado de este modelo pueden encontrarse en Paul Abberley (1987), quien propone aplicar a este ámbito el concepto de opresión, lo que implica que las desventajas que enfrentan las personas con discapacidad están relacionadas con una ideología o un conjunto de ideologías que no son ni naturales ni inevitables; y que sitúan a las personas con discapacidad en una posición inferior en la sociedad en relación con otros grupos sociales (p. 7). Además, es posible identificar que existe algún beneficiario de este estado de cosas.



Los estereotipos sociales, por tanto, plantean un importante desafío para el derecho y sus operadores, que corren el riesgo de reproducirlos. Esto se debe a que los estereotipos no necesariamente se atribuyen de manera consciente o voluntaria; así lo señalan Cook y Cusack (2010), “[e]l acto de estereotipar puede estar tan embebido en nuestro tejido perceptivo, nuestro modo de pensar y categorizar, que no tenemos conciencia de ello. Así, no lo diagnosticamos como un problema que requiera remedio legal o de otro tipo” (p. 16).

Al poner énfasis en la dimensión colectiva o grupal de la discriminación, y tener en cuenta las relaciones de poder que existen entre los diferentes grupos sociales, el concepto discriminación estructural busca hacer frente a este desafío.

### **La Crítica a la Libertad Política como no Interferencia y la Importancia de la Libertad como no Dominación**

Para Roberto Saba (2016), la idea de desigualdad estructural está conectada con la idea de “libertad respecto de cualquier opresión” (p. 43). Para ilustrar su propuesta, el autor cita a Mariano Moreno, uno de los líderes de la revolución independentista argentina, quien en el año 1810 proyectó un decreto en el que, de manera muy gráfica, explicaba que “cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan”<sup>15</sup>. Para Moreno, la idea de igualdad debía ser construida sobre el rechazo de la opresión y, por tanto, no existiría contradicción sino una estrecha vinculación entre igualdad y libertad.

Dado que en este punto se buscará conectar la idea de libertad con la idea de discriminación estructural, es importante señalar que se suele establecer una relación entre los derechos humanos y el valor de la libertad; sin embargo, determinar qué se entiende por libertad dista de ser una tarea sencilla (Barranco, 2005, p. 77). En atención a ello, entre todas las posibles aproximaciones a la libertad y las propuestas para su comprensión, aquí se prestará atención al concepto de libertad, adecuado para el lenguaje político.

### **Las Concepciones Negativa y Positiva de la Libertad: Crítica a la Libertad como no Interferencia**

Un aspecto al que necesariamente se debe prestar atención al hablar de libertad, en el lenguaje político, es que el uso de este término es tan frecuente como ambiguo (Laporta, 1983, pp. 23 y ss.). Como sucede con otros términos, esta ambigüedad es en parte atribuible a su carga emotiva; pero también a que se trata de un concepto al que recurren distintas tradiciones políticas, en el que la libertad desempeña un papel distinto en cada una de ellas (Barranco, 2000, p. 67).

Uno de los ensayos más influyentes sobre el tema lleva por título *Two Concepts of Liberty* y está basado en una lección inaugural impartida por *Isaiab Berlin*, en el año 1958, en la Universidad de Oxford. Este ensayo establece una diferencia entre dos sentidos distintos de la libertad: la libertad negativa y la libertad positiva.

El primero de estos dos sentidos guarda relación con la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto sufro la interferencia de las demás personas? Esta pregunta es relevante porque, desde el

15 Citado por Saba (2016, p. 24).



punto de vista de la libertad negativa, una persona será libre en la medida que nadie interfiera en su actividad. En otras palabras, la libertad alude a aquel espacio en el cual una persona puede actuar sin ser obstaculizada por las demás personas. Dice Berlin: “Cuanto mayor sea el espacio de no interferencia mayor será mi libertad” (2001, p. 49).

A diferencia de la libertad negativa, la libertad positiva guarda relación con el deseo de ser gobernado por uno mismo; y, en ese sentido, aparece en la respuesta a las siguientes preguntas: ¿por quién soy gobernado?, o ¿quién me dice lo que tengo que hacer y dejar de hacer? Si bien la respuesta a estas preguntas puede solaparse en alguna medida con aquello que significa la libertad negativa, se trata de cuestiones distintas.

Ahora bien, teniendo en cuenta esta distinción, conviene recordar que los derechos humanos surgen como una teoría vinculada al liberalismo político; y, en esta medida, a la idea de libertad en sentido negativo (o como no interferencia). Como explica María del Carmen Barranco, desde este modelo “se considera que los derechos articulan una barrera en torno al titular dentro de la cual su voluntad es soberana” (2014, p. 30).

Sin embargo, una lectura de los derechos que los conciba únicamente como instrumentos, a través de los cuales se busque garantizar un ámbito de libre disposición individual (exento de interferencias del Estado y de particulares), es difícilmente compatible con la preocupación en torno a la discriminación estructural<sup>16</sup>. Esto se debe a que, “cuando los estereotipos convierten a unas personas en dependientes de otras, los derechos sirven para legitimar y consolidar las relaciones de poder que se producen en espacios privados” (Barranco, 2014, p. 30).

Teniendo en cuenta que la concepción negativa de la libertad, entendida como ausencia de interferencia, no necesariamente permite reconocer y hacer frente a las relaciones de poder que se producen en los espacios considerados privados (como el hogar, la familia, etc.), cabe efectuar la siguiente pregunta: ¿de qué otra manera podría entenderse la libertad política de modo que su comprensión resulte más compatible con la idea de discriminación estructural? En el siguiente punto se tratará responder a esta pregunta.

### **La Libertad como no Dominación**

En este punto se hará referencia al pensamiento de Philip Pettit respecto de la libertad como no dominación, que representa una concepción intermedia entre aquello que Isaiah Berlin denomina libertad negativa y libertad positiva (Pettit, 1999). Al hablar de dominación, Pettit (1999) explica que el agravio que tiene en mente es el de tener que vivir a merced de otros, de manera que seamos vulnerables a algún mal que otras personas estén en posición de infligirnos arbitrariamente (p. 22). Algunos ejemplos que menciona el autor son los siguientes:

Es el agravio expresado por la mujer que se halla en una situación tal, que su marido puede pegarle a su arbitrio, sin la menor posibilidad de cambiar las cosas; por el empleado que no osa levantar la queja contra su patrono, y que es vulnerable a un amplio abanico de abusos, insignificantes unos, serios otros, que su patrono pueda arbitrariamente perpetrar; por el

---

16 Y es también incompatible con el modelo contemporáneo de derechos. Al respecto, María del Carmen Barranco (2016) señala que “los derechos no pueden ser articulados únicamente como barreras, ni siquiera los tradicionalmente considerados derechos civiles. De este modo se entiende que la diferencia entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales haya perdido, en parte, su sentido en favor de la indivisibilidad y la interdependencia” (p. 143).

deudor que tiene que depender de la gracia del prestamista, del banquero de turno, para escapar al desamparo manifiesto o a la ruina; y por quienes dependen del bienestar público, que se sienten vulnerables al capricho de un chupatintas para saber si sus hijos van o no a recibir vales de comida (p. 22).

Si bien, en el límite, la dominación quedaría “ejemplificada por la relación entre el amo y el esclavo o el amo y el siervo” (p. 22), en la actualidad, no resulta difícil identificar otras relaciones de poder que coinciden con el sentido que aquí se atribuye a la dominación.

Un aspecto que conviene precisar respecto de la propuesta de Pettit, es que el autor vincula la libertad, como no dominación, con la tradición republicana, que, a su juicio, ha venido moldeando muchas de las instituciones que se asocian con la democracia (Pettit, 1999). El republicanismo representa una corriente de pensamiento con raíces en la antigüedad clásica y que comenzó a “renacer” a finales del siglo XX (Gargarella, 1999, p. 161). Si bien el significado del republicanismo no es del todo preciso, en Pettit este adquiere un significado contrario a toda dominación. Como reconoce el autor, esta concepción no debió ser un problema para el pensamiento republicano premoderno, en la medida que solo alcanzaba a una reducida élite de ciudadanos; pero se hizo demasiado exigente cuando, desde finales del siglo XVIII, se fue haciendo cada vez más evidente que la ciudadanía debía extenderse más allá del ámbito de los varones blancos propietarios.

De manera retórica, Pettit (1999) se pregunta cómo debería esperarse que en este nuevo contexto el Estado garantice el disfrute de un estatus no dominado, por ejemplo, a los empleados, “cuando la noción de empleo prevalente entrañaba una sujeción a la voluntad del patrono (p. 72). Algo semejante ocurría con las mujeres: ¿cómo se podía esperar que el Estado les asegurara “el disfrute de un estatus no dominado [si] la idea recibida era que las mujeres estaban sujetas al arbitrio [del] padre o del esposo? (p. 72). No resulta extraño, por tanto, que la concepción republicana de la libertad, entendida como no dominación, fuera desplazada por la concepción (menos exigente) de libertad como no interferencia (pp. 13 y 71-75).

La idea de discriminación estructural y la idea de libertad como no dominación (que Pettit se propone recuperar) tienen algo en común: comparten la preocupación por la experiencia de subordinación que enfrentan las personas. Dice Pettit:

“[p]uesto que la experiencia de la subordinación está tan extendida, espero que los lectores compartan conmigo la intuición de que tiene que haber algo atractivo en el tipo de libertad que, exigiendo que no seas dominado por otro, te capacita para mirar de frente a los demás. Me anima en esa esperanza la convicción de que esa es en realidad la forma en que los republicanos tradicionales concibieron la libertad cuando arguyeron que su antónimo era la esclavitud o la sumisión, y cuando dibujaron como el gran mal a evitar la exposición a la voluntad arbitraria de otro” (pp. 12-13).

La conexión entre la libertad como no dominación y la discriminación estructural se pone especialmente de manifiesto si se tiene en cuenta que esta última “tiene la virtualidad de presentar como una opción [y,] por tanto, como algo voluntario y de responsabilidad puramente individual”, decisiones que están fuertemente condicionadas “por la forma en que la sociedad está organizada” (Barrère y Morondo, 2005, p. 157). Como señala Anón Roig: “[e]l problema decisivo derivado de la subordinación es presentar como una opción

libre y voluntaria lo que son decisiones fuertemente condicionadas” —y agrega— “[l]a nueva ‘ciudadanía estratificada’ oculta la aparición del viejo concepto de súbdito: alguien que está sometido a las reglas, pero no decide sobre ellas” (2010a, pp. 137-138). Esta crítica también está presente en la noción de libertad entendida como no dominación (Pettit, 1999).

Si bien la libertad entendida como no dominación no necesariamente es la única concepción de la libertad compatible con la noción de discriminación estructural, lo que se ha buscado poner de manifiesto en este punto es que entre ambas existe una congruencia teórica. Esta cuestión resulta de interés, pues sobre la relación entre la igualdad y la libertad se ha escrito profusamente; y las implicaciones de esta relación forman parte de un debate aún inacabado.

### **La crítica a la idea de imparcialidad o neutralidad y la incorporación a la noción de discriminación de los conceptos de opresión, dominación y/o subordinación**

La visión formal de la igualdad pretende ser imparcial, neutral, libre de prejuicios y “ciega” a las diferencias, lo que podría ser su mayor virtud; pero es también fuente de dificultades. Este último aspecto puede verse reflejado en el siguiente ejemplo, que es relatado por Roberto Saba (2016, p. 38).

El autor recuerda que, en los Estados Unidos de América, en la década de 1970, a “fin de evitar prácticas discriminatorias en la conformación de las orquestas, las audiciones se realizaban con paneles opacos que separaban al candidato [o candidata de] los miembros del jurado examinador (p. 38). Incluso se ponían alfombras para que no fuera posible deducir el sexo de la persona por el sonido de sus pasos (p. 38). De este modo, se buscaba garantizar que el proceso de selección no se viera influenciado por consideraciones ajenas al talento de la persona, como el sexo, la raza u origen étnico, la religión, el origen nacional, la apariencia externa, etc. (p. 38).

Si bien esta estrategia —en apariencia neutral, imparcial y desprejuiciada— podía evitar algún tipo de trato discriminatorio, los resultados seguían siendo adversos para determinados grupos sociales. Por ejemplo, las mujeres seguían estando infrarrepresentadas. Esto se debía a que las mujeres no se presentaban como aspirantes (o se presentaban en menor medida), lo que si bien puede ser percibido como una decisión personal (como una autoexclusión), en realidad responde a un determinado contexto social. A esto se refiere Saba cuando, siguiendo con el ejemplo, señala que:

... algunas sociedades asignan informalmente a las mujeres un rol social limitado, por ejemplo, a las actividades domésticas. Si damos por sentado que —hasta el momento de la selección bajo análisis— la mayoría de las orquestas no contaba con mujeres, estas podrían haber supuesto que, incluso de ser aceptadas, su situación no sería sencilla, ya que deberían enfrentar prejuicios y maltratos cotidianos en el ejercicio de sus obligaciones. Ahora, supongamos que las cosas suceden de este modo y que los postulantes para la orquesta, cuyos rostros son invisibles para los jurados del otro lado de la mampara opaca, son todos varones. ¿Podríamos afirmar sin algún grado de duda que esa selección ha sido totalmente neutral? (pp. 46-47).

La opacidad de la mampara, que constituye una metáfora sobre la pretendida neutralidad e imparcialidad de las leyes, no parece una estrategia adecuada para enfrentar aquellas

situaciones en las que existen ciertas condiciones y prácticas sociales que perjudican a los miembros de determinados grupos sociales. Así, “la idea según la cual solo las aptitudes y capacidades personales deben determinar las diferencias en la asignación y participación de los bienes sociales” termina reforzando el *statu quo* al no tomar en cuenta la existencia de grupos sociales subordinados (Nash y David, 2010, p. 174).

Por este motivo, autoras como María Ángeles Barrère y Dolores Morondo (2011) han buscado que la prohibición de la discriminación tome en cuenta este contexto e incorpore nociones como la de opresión, dominación y/o subordinación. En ese sentido, la propuesta de estas dos autoras se inscribe en el discurso “sobre el poder tal y como este es teorizado por buena parte del pensamiento crítico, esto es, en términos de opresión y/o dominación” (p. 18)<sup>17</sup>.

Un autor cuyo pensamiento ha ejercido una importante influencia en esta materia es Owen Fiss. Algunas piezas de su pensamiento pueden encontrarse en los textos de autores como Saba y Torbisco quienes, al reflexionar sobre la desigualdad estructural, se han referido a los diferentes estatus que se crean y reproducen a partir de la pertenencia de las personas a determinados grupos, conduciendo a relaciones de subordinación difíciles de superar (Fiss, 1999, pp. 137-167; Torbisco, 2005, p. 46; Saba, 2016, p. 46).

Otra autora que constituye un referente obligado es, sin duda, Iris Marion Young, quien en el año 1990 publicó un libro titulado *Justice and the Politics of Difference*, en el que sostiene que “una concepción de la justicia debería comenzar por los conceptos de dominación y opresión” (Young, 2000, p. 12).

Para Young (2000), la opresión se concibe como un concepto estructural en la medida que no es “el resultado de las intenciones de un tirano”, ni tampoco “de las elecciones o políticas de unas pocas personas” (p. 74), sino el resultado de prácticas cotidianas de un amplísimo número de personas que no tienen malas intenciones (porque consideran que “están haciendo simplemente su trabajo o viviendo su vida) y [que, por tanto,] no se conciben a sí mismas como agentes de opresión” (p. 75). Para la autora, [s]us causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas” (pp. 74-75). De ahí que difícilmente la opresión pueda eliminarse sustituyendo a un gobernante por otro, o modificando algunas leyes, pues “las opresiones son sistemáticamente reproducidas en las más importantes instituciones económicas, políticas y culturales” (p. 75). La dominación también tendría un componente estructural, porque las limitaciones que las personas experimentan a causa de ella son generalmente “el producto intencionado o no de las acciones de mucha gente” (pp. 58-59).

Se hace necesario, por tanto, precisar qué entiende Young por opresión y por dominación. Respecto del primer concepto, la autora reconoce que “en su uso tradicional ‘opresión’ significa el ejercicio de la tiranía por un grupo gobernante”; y, en ese sentido, se trata de un término que conlleva una fuerte connotación de conquista y dominación colonial (p. 74). Sin embargo, refiriéndose al contexto de la sociedad norteamericana, la autora señala que el significado de la opresión ha ido cambiando a partir de las reivindicaciones de los grupos sociales de izquierda de las décadas de los años sesenta y setenta. “En su nuevo uso” —explica— “la opresión

---

17 Para la formulación de su propuesta, se remiten a los textos de autoras feministas norteamericanas: Iris Marion Young, Catharine MacKinnon y Kimberlé W. Crenshaw. La primera de ellas es filósofa política y las dos últimas, juristas.

designa las desventajas e injusticias que sufre alguna gente no porque un poder tiránico la coaccione, sino por las prácticas cotidianas de una bien intencionada sociedad liberal” (p. 74). De esta manera, la tiranía de un grupo gobernante sobre otro grupo social puede considerarse, sin duda, opresivo; pero también —y aquí reside la novedad— los impedimentos sistemáticos que sufren determinados grupos sociales (p. 74).

De otro lado, con relación a la dominación, Young explica que:

La dominación consiste en la presencia de condiciones institucionales que impiden a la gente participar en la determinación de sus acciones o de las condiciones de sus acciones. Las personas viven dentro de estructuras de dominación si otras personas o grupos pueden determinar, sin relación de reciprocidad, las condiciones de sus acciones, sea directamente o en virtud de las consecuencias estructurales de sus acciones. La democracia social y política en su expresión más completa es el polo opuesto de la dominación (p. 68).

Si bien Young considera que existen razones para establecer diferencias entre estos dos conceptos —opresión y dominación—, también reconoce que ambos pueden superponerse. En ese sentido señala que “la opresión normalmente incluye o implica dominación, es decir, “obliga a la gente oprimida a seguir reglas fijadas por otras personas” (p. 68). Sin embargo, no ocurre lo mismo a la inversa, pues “no toda persona sujeta a dominación está también oprimida” (p. 69). Respecto de esta última afirmación, la autora explica que las estructuras jerárquicas de toma de decisiones que existen en la sociedad hacen que la mayor parte de las personas estén sujetas a la dominación en algún aspecto importante de sus vidas; no obstante, muchas de esas personas disfrutan de un significativo apoyo institucional que hace posible que puedan desarrollar y ejercer sus capacidades, así como su habilidad para expresarse y ser oídas. No se encontrarían, por tanto, en situación de opresión<sup>18</sup> (p. 69).

### **La Discriminación como Estructura y como Proceso**

En general, cuando se apela al calificativo estructural en el ámbito de la filosofía, la teoría social y la política, se hace con el propósito de establecer una diferencia con aquellos patrones o relaciones que tienen un carácter transitorio, accidental o son socialmente superficiales (Young, 2001, p. 2).

Siguiendo a Young (2001), el calificativo estructural puede entenderse referido a un conjunto de procesos que se refuerzan unos con otros, ya sea habilitando o construyendo las acciones individuales en múltiples formas. Con relación a las causas de estos procesos, cabe destacar que estas no son atribuibles a las preferencias o elecciones individuales de las personas, tampoco a la mala suerte o a un accidente. Por el contrario, sus causas descansan en las instituciones sociales, sus reglas y relaciones; así como en las decisiones de terceras personas (p. 8).

---

18 Para Young, la opresión es un término que designa una familia de conceptos y condiciones que pueden ser divididas en cinco categorías a las que denomina “las cinco caras de la opresión”. Estas son: la explotación, la marginación, la carencia de poder, el imperialismo cultural y la violencia. Estas cinco formas de opresión son presentadas por la autora a manera de criterios para determinar si un grupo social está oprimido o no, y en qué medida. Según la autora, cualquiera de ellas es suficiente para afirmar que un grupo está oprimido; aunque, ciertamente, es posible que algunos grupos sociales enfrenten más de una forma de opresión o incluso todas ellas (p. 112).

El término estructural, por tanto, pone énfasis en la forma en que se relacionan un conjunto de estereotipos, normas, pautas, roles, así como las acciones individuales de una gran cantidad de gente, lo que genera consecuencias colectivas no intencionadas. Se trataría, por tanto, del resultado de procesos sociales difusos y sistémicos; de ahí que también se emplee la expresión “discriminación sistémica” para hacer referencia a la discriminación así entendida (Courtis, 2010, p. 111; Añón, 2013a, p. 662). Estos rasgos se ponen especialmente de manifiesto cuando se constata que las estructuras sociales no limitan a las personas de manera directa, sino indirecta y acumulativa, como limitarían a un ave los alambres de una jaula: “Considerados uno por uno, ningún alambre es capaz de evitar que un pájaro vuele. Es la relación conjunta de los alambres lo que impide el vuelo” (Young, 2011, p. 76)<sup>19</sup>.

Además, se dice que las consecuencias no son intencionadas porque las personas persiguen sus propias finalidades, a menudo de forma descoordinada, generando resultados que pueden ser opuestos a los esperados. Young hace un símil con lo que sucede con el tráfico, pues aun si cada persona condujera siguiendo las reglas de tránsito, el número de vehículos, el tamaño de las calles y las obstrucciones del camino podrían motivar grandes atascados. Así, “al intentar cumplir sus objetivos legítimos [los individuos] se pueden ver envueltos en consecuencias no intencionadas e indeseables si se contempla desde un punto de vista estructural” (2011, p. 84).

Un elemento que conviene destacar es que, desde esta perspectiva, la discriminación no se concibe como un acto individual sino como un proceso. Esta manera de entender la discriminación puede ser ilustrada a partir de dos ejemplos propuestos por Young (2001). El primer ejemplo guarda relación con una serie de políticas en materia de vivienda, que unidas a prácticas discriminatorias individuales (fundadas en estereotipos raciales) han dado lugar a un alto nivel de segregación residencial en los Estados Unidos de América. Esto quiere decir que, en la práctica, las personas afroamericanas y latinas han quedado confinadas en aquellos barrios que las personas blancas prefieren evitar, convirtiéndolos en una suerte de guetos. Esto ha motivado que resulte difícil atraer nuevas inversiones, pues los inmuebles han perdido valor y los propietarios no tienen incentivos para realizar un mantenimiento adecuado.

Los políticos suelen ser poco receptivos ante sus demandas y, dado que la pobreza está más focalizada, los efectos de una recesión económica son más graves, con lo cual los negocios quiebran o se trasladan a lugares más prósperos. A partir de la confluencia de los factores descritos, la educación escolar, la seguridad, la limpieza pública, etc., se brindan de manera deficiente y las personas que viven en estos barrios tienen pocas posibilidades de acceder a una educación de calidad y conseguir un buen empleo (p. 11).

El segundo ejemplo guarda relación con las expectativas que existen socialmente en torno a quiénes deben hacerse cargo del cuidado del hogar y del cuidado de otras personas. Hasta el día de hoy estas labores se siguen asignando fundamentalmente a las mujeres, quienes en muchos casos las realizan sin recibir compensación formal alguna. Paralelamente, en el ámbito del mercado laboral se tiene la expectativa de contar con personas disponibles para trabajar cuarenta horas a la semana (o más) durante todo el año. Esta expectativa y la anterior modelan un escenario que es poco favorable para que las mujeres asuman trabajos a tiempo completo.

La alternativa en el mercado laboral consiste en asumir trabajos a tiempo parcial o por horas, lo que supone menores ingresos y menores expectativas de ascenso. Cuanto menor es

19 Young (2011, p. 76) toma la analogía del “pájaro y la jaula” de Marilyn Frye.

la remuneración, mayor es la dependencia económica de las mujeres respecto del salario de su cónyuge o compañero, lo que puede generar un desequilibrio de poder en la relación. Además, si la pareja llegara a separarse, el sistema de justicia —permeable a las expectativas sociales acerca de las labores de cuidado— posiblemente encargue a la madre el cuidado de los hijos e hijas. No es difícil imaginar, atendiendo a la confluencia de los factores descritos, que en estas circunstancias la mujer y su familia puedan llegar a enfrentar una situación de vulnerabilidad frente a la pobreza (pp. 10-11).

Los ejemplos propuestos constituyen una muestra de la forma en que los diferentes “agentes sociales [...] actúan desde posiciones constituidas relacionalmente, de acuerdo con las reglas y expectativas” profundamente arraigadas en la sociedad (Torrisco, 2005, p. 46). El problema radica en que actuando de esta manera se reproducen relaciones de poder que tienden a institucionalizarse, puesto que están presentes en normas, símbolos culturales, procesos de toma de decisión, etc. Además, como se ha señalado, los individuos que “actúan dentro de este marco (incluyendo los miembros de los grupos oprimidos) contribuyen a reforzar y perpetuar” estas relaciones de poder, “a menudo de forma no intencionada” (p. 46).

En suma, los elementos que caracterizan el concepto “discriminación estructural” podrían sintetizarse de la siguiente manera: en primer lugar, desde esta perspectiva, la discriminación se configura como un proceso, no como un acto individual. En segundo lugar, este proceso tiene un carácter difuso pues está conformado por una serie de estereotipos, normas, pautas, roles, actos individuales de mucha gente, etc., que atraviesan todas las esferas de la sociedad y que consolidan relaciones de poder de carácter intergrupal (estas relaciones de poder han sido teorizadas en términos de opresión, dominación o subordinación). En tercer lugar, si bien existen determinados grupos sociales que obtienen ventajas de estos procesos sociales, no necesariamente existe un elemento intencional; y, por lo general, las personas que participan en estos procesos consideran que simplemente están viviendo sus vidas o haciendo su trabajo (con lo cual “no se conciben a sí mismas como agentes de opresión” (Young, 2000, p. 75). Finalmente, dichos procesos sociales pueden condicionar severamente las decisiones individuales de las personas, en cuyo caso no se puede decir que estas decisiones sean auténticamente libres (Barrère y Morondo, 2011, p. 14; Añón, 2013a, pp. 663-664).

### Conclusión

El origen de la noción “discriminación estructural” hunde sus raíces en una mirada crítica de la concepción liberal tradicional de la igualdad y de la no discriminación. Una de las críticas guarda relación con aquello que se ha denominado “falso universalismo”, expresión con la que se recuerda que el titular abstracto de derechos sobre el que se construyó la igualdad liberal coincidía en el imaginario colectivo con los hombres, blancos y propietarios (aunque esto no se explicitara abiertamente). La idea de igualdad dominante en aquel momento, y predominante hasta el día de hoy, es la idea de igualdad de trato y no la de igualdad de estatus.

Si bien en sus orígenes esta concepción liberal de la igualdad representó un avance frente a la situación anterior (caracterizada por los privilegios de nacimiento y estatus propios de las sociedades jerárquicas feudales), también presenta dificultades pues ha permitido que se pase por alto el dato de que en la sociedad no todos los grupos sociales se encuentran en pie de igualdad en lo que respecta a oportunidades, recursos, ocupaciones, posiciones y poder.

En las raíces de este concepto puede encontrarse, por tanto, una crítica a la visión liberal tradicional en al menos tres aspectos: en primer lugar, se ha cuestionado que el derecho siga anclado en categorías jurídicas individuales; en segundo lugar, se ha criticado la noción de libertad política entendida como no interferencia, y, en tercer lugar, se ha discutido la pretendida neutralidad y objetividad de las normas jurídicas relativas a la igualdad y a la no discriminación.

Con relación al primer cuestionamiento, este nuevo concepto destaca la dimensión colectiva o grupal de la discriminación, poniendo especial énfasis en los estereotipos sociales que se encuentran en la base del problema. Con relación al segundo cuestionamiento, el concepto discriminación estructural se muestra más compatible con la idea de libertad entendida como no dominación, que con la idea de libertad entendida en un sentido negativo o como no interferencia. Finalmente, frente a la pretendida objetividad y neutralidad del derecho, el concepto “discriminación estructural” busca tomar en cuenta las relaciones de poder que existen entre los diferentes grupos sociales. Estas relaciones de poder han sido teorizadas en términos de opresión, dominación o subordinación.

Este concepto permite visibilizar la magnitud de la discriminación que pesa sobre determinados grupos sociales; discriminación que muchas veces ha sido tolerada e incluso convalidada a través de normas, políticas y prácticas estatales. En esta medida, su incorporación en el campo del derecho tiene la potencialidad de contribuir al fortalecimiento de la respuesta jurídica frente a la discriminación, permitiendo reconocer y enfrentar el problema de la discriminación de una manera más contextualizada.



## REFERENCIAS

- Abberley, P. (1987). The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability. *Disability, Handicap and Society*, 2(1), 5-19.
- Añón, M. J. (2008). Prólogo. En R. Mestre e I Mestre (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanía* (pp. 11-15). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Añón, M. J. (2010a). Autonomía de las mujeres: Una utopía paradójica. En M. Ramiro y P. Cuenca (ed.), *Los derechos humanos: La utopía de los excluidos* (pp. 127-162). Madrid: Dykinson.
- Añón, M. J. (2010b). El acceso de las mujeres migrantes a los derechos humanos: la igualdad inacabada. *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 17(2), 241-271.
- Añón, M. J. (2013a). Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio. En A. Iglesias (coord.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX. Cultura de paz y grupos vulnerables* (pp. 609-671). Madrid: Dykinson.
- Añón, M. J. (2013b). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, (39), 127-157.
- Añón, M. J. (2016). Discriminación racial: El racismo institucional desvelado. En F. Arcos (ed.), *La justicia y los derechos en un mundo globalizado* (pp. 133-165). Madrid: Dykinson.
- Barranco, M. C. (2000). Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (5), 65-92.
- Barranco, M. C. (2005). Libertad. En J. J. Tamayo, *Diez palabras clave sobre derechos humanos* (pp. 77-120). Navarra: Editorial Verbo Divino.
- Barranco, M. C. (2011). *Diversidad de situaciones y universalidad de derechos*. Madrid: Dykinson.
- Barranco, M. C. (2014). Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo. En M. C. Barranco y C. Churrua (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos* (pp. 17-44). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barranco, M. C. (2016). *Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*. Madrid: Dykinson.

- Barrère, M. A. (1997). *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid: Civitas.
- Barrère, M. A. (2003a). Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (9), 1-27.
- Barrère, M. A. (2003b). Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (9), 1-26.
- Barrère, M. A. y Morondo, D. (2005). La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto *Gruber* del TJCE. En M. A. Barrère y A. Campos (coord.), *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate* (pp. 143-160). Madrid: Dykinson.
- Barrère, M. A. y Morondo, D. (2005). (2011). Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (45), 15-42.
- Berlin, I. (2001). *Dos conceptos de libertad y otros escritos* (A. Rivero, trad.). Madrid: Alianza Editorial.
- Cook, R. J. y Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales* (A. Parra, trad.). Bogotá: Profamilia.
- Courtis, C. (2010). Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. *Revista Derecho del Estado*, (24), 105-141.
- Cuenca, P. (2014). Discapacidad, normalidad y derechos humanos. En M. C. Barranco y C. Churrua (eds.). *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos* (pp. 71-99). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz, I., Rodríguez, J., Valega, C. (2019). *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento Académico de Derecho, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (P. A. Ibáñez y A. Greppi, trad.). (7a ed.). Madrid: Trotta.
- Fiss, O. (1999). Grupos y la cláusula de igual protección (R. Gargarella y G. Maurino, trad.). En R. Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados* (pp. 137-167). Barcelona: Gedisa.
- Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"* (M. Holguín e I. C. Jaramillo, trad.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.

- González, J. (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Laporta, F. (1983). Sobre el uso del término “libertad” en el lenguaje político. *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, (52), 23-43.
- Nash, C. y David V. (2010). Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. En C. Nash e I. Mujica (eds.), *Derechos humanos y juicio justo* (pp. 159-186). Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas (COLAM), Organización Interamericana Universitaria.
- Palacios, A. (2013). Personas con discapacidad y derechos humanos. En A. Iglesias (coord.), *Historia de los derechos fundamentales*. Siglo XX. Tomo IV, vol. V, libro II (pp. 927-983). Madrid: Dykinson.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (T. Domènech, trad.). Barcelona: Paidós.
- Saba, R. (2016), *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores (Ebook).
- Squires, J. (2009). Intersecting Inequalities. *International Feminist Journal of Politics*, 11(4), 496-512.
- Torbisco, N. (2005). La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia. *Los límites de la democracia* (pp. 35-56). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Young, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia* (S. Álvarez, trad.). Madrid: Cátedra.
- Young, I. M. (2001). Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice. *The Journal of Political Philosophy*, 9(1), 1-18.
- Young, I. M. (2011). *Responsabilidad por la justicia*. Madrid: Morata.



**TERCERA SECCIÓN**

**DIÁLOGO CON EL SISTEMA INTERAMERICANO  
DE DERECHOS HUMANOS**



## LA FUERZA VINCULANTE DE LOS ESTÁNDARES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS SOBRE LA VINCULACIÓN DE LOS ESTADOS A LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS<sup>1</sup>

Juan Carlos Díaz Colchado<sup>2</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), además de su función consultiva, se hace cargo de resolver controversias vinculadas con las violaciones a los derechos humanos en la región, específicamente en aquellos Estados que integran la Organización de Estados Americanos (OEA), los cuales han aceptado su competencia para lidiar con casos contenciosos. Respecto de dichos casos, la Corte IDH emite sentencias que el Estado condenado está obligado a cumplir en virtud del artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

Adicionalmente, la Corte IDH (según el control de convencionalidad) y la doctrina especializada han señalado que los estándares contenidos en las sentencias sobre casos contenciosos también tendrían fuerza vinculante para los Estados no condenados. Así, aun si no han sido parte del caso, sus jueces estarían obligados a incorporar dichos estándares en sus resoluciones<sup>3</sup>. En dicho escenario, el presente trabajo tiene como objetivo analizar las líneas de argumentación elaboradas por la Corte IDH (“Posición de la Corte IDH respecto de la Fuerza Vinculante...”) y la doctrina especializada (“Posición de la Doctrina en torno a la

---

1 El presente trabajo se elaboró sobre la base del segundo capítulo de la tesis titulada *La Fuerza Vinculante de los Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Alcances y Límites*, que sustenté el 11 de diciembre de 2018 ante un jurado conformado por David Lovatón, César Landa y Jorge León, con lo cual obtuve el grado académico de magíster en Investigación Jurídica. El texto ha sido adaptado a las exigencias editoriales de la publicación que desde el Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la PUCP se realiza en homenaje por sus 100 años de vida institucional.

Si bien mi formación en pregrado se dio en otra casa de estudios, durante los años que llevo vinculado a la PUCP y a su Facultad de Derecho, tanto a partir de mi formación en posgrado como en la docencia universitaria, no solo he podido enriquecer mis conocimientos en la especialidad en la que me desempeño, sino también crecer como persona y ser humano, así como integrar un grupo de primerísimo nivel donde mes a mes compartimos los avances de nuestras investigaciones, y nos apoyamos mutuamente para seguir creciendo dentro y fuera de la universidad. Por ello me permito afirmar que en la Facultad de Derecho de la PUCP se vive dentro de una comunidad de aprendizaje que no se cierra ni acaba en los muros del fundo Pando, sino que se extiende a la comunidad y al Estado, con una clara proyección internacional, todo lo cual la hace, sin lugar a dudas, la mejor universidad del Perú. El presente trabajo no es sino un pequeño homenaje que consiste en ofrecer lo mejor que tengo: la investigación.

2 Abogado por la Universidad San Pedro de Chimbote, magíster en Derecho Constitucional y en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales. Contacto: jdiazc@pucp.pe

3 El presente artículo no abordará la cuestión relativa a los efectos de las opiniones consultivas de la Corte IDH, dado que tal aspecto amerita una investigación propia que excede los límites del presente trabajo.

Fuerza Vinculante...”), para luego efectuar un análisis crítico de los mismos (“Análisis de las Posiciones Asumidas por la Corte IDH...”). Finalmente, a modo de conclusión, alcanzaremos algunas reflexiones finales sobre los resultados de dicho análisis (“A modo de conclusión”).

### **Posición de la Corte IDH respecto de la Fuerza Vinculante de sus Estándares: Argumentos a Partir del Control de Convencionalidad**

La Corte IDH no ha señalado de manera directa y expresa que sus estándares tengan fuerza vinculante para todos los Estados que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). No obstante, en la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006a, párr. 124), señaló que mediante el control de convencionalidad los jueces nacionales tienen el deber de confrontar las disposiciones del derecho interno con el parámetro interamericano para determinar su compatibilidad. Este parámetro, en palabras de la Corte IDH (2006a), está compuesto por los instrumentos del SIDH y su jurisprudencia.

La singularidad de la aplicación de los estándares contenidos en la jurisprudencia de la Corte IDH vía el control de convencionalidad tendría el efecto de hacerlos vinculantes para los Estados que no han sido parte en el caso de referencia. Al respecto, Bandeira señala lo siguiente:

La obligación de que las autoridades internas realicen el control de convencionalidad posee una tercera implicación aún más importante. Tal fórmula, especialmente cuando se asocia la idea de obligación a la necesidad de que el juez del tribunal interno tenga en cuenta la interpretación que hace la Corte Interamericana de la Convención Americana de Derechos Humanos, saca a la luz la difícil cuestión de los efectos *erga omnes* de las decisiones de un tribunal internacional. Aunque el lenguaje no sea del todo claro, los casos sugieren que los efectos de las decisiones, incluso en sus fundamentos, se extienden a todos los Estados que aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, independientemente de que sean partes o interesados directamente en el caso. (2015, p. 243)

En la misma línea, Aguilar afirma que debido al control de convencionalidad “aparecería la eficacia interpretativa objetiva indirecta de la norma convencional (*res interpretata*) hacia todos los Estados partes de la Convención Americana”, por lo que la relación de ambos produciría que los Estados apliquen “la jurisprudencia interamericana derivada de aquellos casos en que no han sido partes” (2016, pp. 140-141).

Somos conscientes que, desde su surgimiento en el lenguaje y la práctica de la Corte IDH, el control de convencionalidad ha sido objeto de múltiples estudios y controversias, lo cual ha dado origen a una muy amplia literatura sobre sus fundamentos (Torres, 2012; Ferrer & Queralt, 2017), implicancias y riesgos (Dulitzky, 2014; Lovatón, 2017). No obstante, este trabajo no requiere realizar un estudio profundo de tales implicancias. A efectos del presente trabajo, solo interesa abordar algunos de sus elementos, a partir del cual se construye la línea de argumentación que justifica la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH para los Estados no partes de un caso contencioso. De ahí que solo se aborden algunos de sus aspectos generales, vinculados principalmente con los propios desarrollos de la Corte IDH.

El concepto de control de convencionalidad fue incorporado primero mediante los votos del Juez Sergio García Ramírez (Corte IDH, 2003, párr. 27) y ha sido afinado por la Corte



IDH en diferentes casos luego de la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.

El control de convencionalidad, un concepto que se ha incorporado en el lenguaje de la Corte IDH, permite comprender la práctica de control de este organismo cuando aplica la CADH y otros instrumentos del SIDH, e incluso otros que no fueron aprobados en su seno –como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales–, al determinar si un Estado ha violado o no los derechos protegidos por los referidos instrumentos, sobre los que tiene competencia material.

En torno a cómo se activa su uso y quiénes pueden ejercerlo, se ha señalado que debe ser realizado de oficio por las autoridades estatales, en el marco de las competencias y regulaciones procesales que correspondan a cada derecho interno (Corte IDH, 2006b). Asimismo, se ha indicado que corresponde aplicarlo a los jueces y órganos vinculados a los sistemas de administración de justicia (Corte IDH, 2010), criterio que luego fue ampliado al señalar que debe aplicarse a todas las autoridades del Estado (Corte IDH, 2011).

Por otro lado, en lo que respecta a cómo deben ejercer el control los Estados, se ha señalado que desde la CADH no se impone un determinado modelo de control de convencionalidad (Corte IDH, 2014a, párr. 124), por lo que este debe integrarse al control de constitucionalidad, de acuerdo al diseño adoptado por el derecho constitucional de los Estados, de modo tal que ambos sean “ejercidos de forma complementaria” (Corte IDH, 2013a, párr. 88).

En cuanto a su estructura, el control de convencionalidad supone la presencia de dos elementos: un objeto y un parámetro de control (Torres, 2013, pp. 12-16). El objeto de control está constituido por las normas y actos del Estado (constituciones, leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias judiciales, etc.) que son juzgados por la Corte IDH como actos que constituyen presuntas violaciones a los derechos humanos protegidos por la CADH.

El parámetro de control, por su parte, está constituido por la CADH y otros instrumentos sobre los que la Corte IDH (2012b) tiene competencia material, tanto del SIDH como de otros ordenamientos ratificados por los Estados que han reconocido su competencia contenciosa (el Convenio 169 de la OIT es paradigmático en dicho sentido). También se incluyen en el parámetro las opiniones consultivas de la propia Corte IDH (Corte IDH, 2014b).

En la misma sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH (2006a) señaló que en el ejercicio del control de convencionalidad no solo debe tenerse en cuenta “el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (2006a, párr. 124)<sup>4</sup>. Ello quiere decir que si las interpretaciones que efectúa la Corte IDH de la CADH se integran al parámetro del control de convencionalidad y este debe ser efectuado de oficio por los jueces nacionales, los estándares de la Corte IDH resultarían vinculantes para dichos jueces (Mondragón, 2009; Ferrer, 2013; Zamorano, 2016).

A partir de los desarrollos de la Corte IDH se construye una afirmación indirecta de la fuerza vinculante de sus estándares, debido a que el control de convencionalidad debe ser aplicado por todos los Estados y no solo por el que fue condenado en el marco de un caso concreto, y para efectuar tal aplicación debe emplearse los estándares desarrollados por dicha instancia judicial. En ese sentido, en la resolución de supervisión del caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH (2013a) señala lo siguiente:

4 Reiterado en Corte IDH, 2006c, párr. 173.

Se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus **fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal** [énfasis añadido]. (párr. 65)

Por lo tanto, no aplicar los estándares interamericanos implicaría no realizar de modo leal el control de convencionalidad y, en buena cuenta, incumplir la CADH, dado que sus disposiciones deben leerse teniendo en cuenta “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana” (2006a, párr. 124)<sup>5</sup>.

De ahí que el control de convencionalidad englobe dos elementos interrelacionados: el control propiamente dicho, cuyo objetivo es dotar de eficacia normativa al DIDH en la jurisdicción internacional e interna; y, por otro lado, el otorgamiento del carácter de fuente de derecho a la jurisprudencia de la Corte IDH, lo cual la hace “obligatoria más allá del caso en el cual la sentencia ha sido dictada” (Vítolo, 2013, p. 359).

El tribunal interamericano, en la citada Resolución de Supervisión del caso *Gelman vs. Uruguay* (Corte IDH, 2013a), señaló que el control de convencionalidad puede ser realizado de dos maneras, las cuales se aplican dependiendo de si el Estado ha sido o no parte en un caso contencioso. Sobre la primera dimensión, respecto del Estado condenado la sentencia tiene carácter de cosa juzgada y vincula a todos sus órganos; por ende,

Están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. (párr. 68)

Cuando un Estado no ha sido parte, la Corte IDH considera que por el solo hecho de tomar parte de la CADH, aquel y todos sus órganos “están obligados por el tratado” a ejercer el control de convencionalidad aplicando la CADH, así como sus “precedentes o lineamientos jurisprudenciales” (2013a, párr. 69). De esta manera, indirectamente la Corte IDH le otorga fuerza vinculante a sus estándares, a los que llama precedentes o lineamientos jurisprudenciales.

Por ello, debido a la integración de la jurisprudencia interamericana dentro del parámetro del control de convencionalidad, la justificación de esta fuerza vinculante, según los desarrollos de la propia Corte, estribarían en cuatro argumentos: a) el rol de la Corte IDH como intérprete último de la CADH, b) el efecto útil de la CADH, c) el valor de la cosa interpretada, y d) el seguimiento de la jurisprudencia interamericana por las cortes nacionales (2006a, párr. 124; 2013a, párrs. 69-90).

En relación con el primer argumento, la Corte IDH (2006a), en *Almonacid Arellano vs. Chile*, sostuvo que el control de convencionalidad supone la confrontación del derecho interno con las disposiciones de la CADH, por lo que en esta tarea los jueces nacionales no solo deben

5 Reiterado en Corte IDH, 2006c, párr. 173.

tomar en cuenta las disposiciones de la CADH sino también su interpretación efectuada por la Corte IDH en su condición de “intérprete última de la Convención Americana” (2006a, párr. 124)<sup>6</sup>.

Este estatus de la Corte derivaría de la interpretación conjunta de las disposiciones de la CADH que establecen que “tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de [sus] disposiciones (art. 62.3)”, y que “sus fallos son definitivos e inapelables (art. 67)” (Aguilar, 2017, p. 183).

Con el argumento del efecto útil, la Corte IDH ha resaltado que, cuando un Estado ratifica un tratado como la CADH, “sus jueces también están sometidos a ella lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin” (2006b, párr. 128). Por ello, en el marco del artículo 2 de la CADH (1969), que establece el deber de adecuar el derecho interno, tienen el deber de aplicar el control de convencionalidad, que incluye sus estándares, con la finalidad de ratificar el carácter normativo de la CADH frente a los actos de los Estados.

El valor de cosa interpretada de la jurisprudencia interamericana se derivaría del carácter de cosa juzgada de la sentencia. Esta tendría dos efectos: uno subjetivo y directo que recae sobre el Estado condenado, y otro objetivo e indirecto que se aplicaría a los Estados que integran el SIDH y que no han sido condenados. Este segundo efecto

Produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del artículo 69 del Pacto de San José. (Corte IDH, 2013b, párr. 33)

Finalmente, la Corte IDH ha señalado que las cortes supremas y tribunales constitucionales de los Estados con diferente intensidad “se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta” (2013a, párr. 74).

Con ello, la fuerza vinculante de sus estándares se derivaría no solo del deber que tienen los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales, sino también del seguimiento que efectúan las cortes nacionales. De ello se sigue que “la jurisprudencia internacional [de la Corte IDH] es fuente de derecho, si bien con distintos alcances [pues las cortes nacionales], han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones” (2013a, párr. 86).

6 Reiterado en Corte IDH, 2007, párr. 78; 2010, párr. 225; 2011, párr. 193; etc.

### **Posición de la Doctrina en torno a la Fuerza Vinculante de los Estándares de la Corte IDH: Argumentos Justificatorios, Replicantes y Críticos**

En la doctrina es posible ubicar hasta tres posturas en torno a la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH para Estados no condenados. De un lado, están quienes postulan argumentos para justificarla, empleando argumentos distintos a los de la Corte. Otros, también a favor, de alguna manera replican los argumentos de la Corte IDH a partir del control de convencionalidad. Por último, existen algunas posiciones críticas que niegan que los estándares de la Corte tengan fuerza vinculante para aquellos Estados que no han sido parte del caso contencioso.

En cuanto a la primera postura, se han formulado diversas estrategias argumentativas para sostener que las sentencias de la Corte IDH vinculan a todos los Estados que han aceptado su competencia contenciosa. En dicho sentido, se recurre a la posición institucional de la Corte, a su estatus, para señalar que sus interpretaciones constituyen argumentos de autoridad que sientan las bases generales en materia de derechos humanos a nivel regional, por lo que estas se tornan en obligatorias para los Estados, aun cuando no han sido parte en un caso contencioso, pues han aceptado su competencia contenciosa (Mondragón, 2009, p. 148).

También se ha recurrido a los principios del derecho internacional, tales como el de la buena fe, para sostener que corresponde al Estado realizar su mayor esfuerzo para acatar los compromisos internacionales, los cuales incluirían el acatamiento de las decisiones de sus órganos de control. En esa medida se señala que la jurisprudencia sería vinculante, a modo de guía o pauta interpretativa, pero no obligatoria, porque el Estado no habría sido condenado (Gozaíni, 2006, p. 354).

Landa (2002) ha señalado que la interpretación de los derechos contenidos en las constituciones nacionales debe realizarse según los tratados y la jurisprudencia internacional, pues con ello se cumplen los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe que rigen en el ámbito de los tratados internacionales. De igual manera, Hitters señala que, a partir del postulado de la buena fe que rige en el derecho internacional, es posible predicar una “*vincularidad moral y también jurídica de acatamiento* ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José)” (2008, p. 148). Finalmente, el acatamiento y seguimiento de los estándares de la Corte IDH tendría su fundamento en evitar la responsabilidad internacional del Estado (argumento consecuencialista), pues, de no seguir el estándar, bastaría acudir a las instancias interamericanas para que la misma resulte aplicable al caso (Trucco, 2013, p. 14).

Desde una perspectiva analítica, se ha afirmado que las interpretaciones de la CADH efectuadas por la Corte se constituyen como normas convencionales adscritas a las disposiciones de la Convención. Por ello, la interpretación convencional gozaría de la misma fuerza vinculante que se predica de la CADH. En razón de lo indicado, los estándares de la Corte IDH resultarían vinculantes para todos los Estados que han aceptado su competencia contenciosa:

En este punto conviene plantear la pregunta del alcance de la vinculación de las interpretaciones convencionales que elabore la Corte IDH. No cabe duda, por lo que se acaba de manifestar, que la vinculación ocurre respecto del Estado denunciado. Pero la vinculación se extiende también a todos los demás Estados firmantes de la CADH, hayan o no reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. La justificación es la siguiente: las interpretaciones que de la CADH formule la mencionada Corte, se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, de manera que a partir de ese momento, las disposiciones de la CADH se han de entender según tales interpretaciones; así, los Estados vinculados a la CADH, se hallan vinculados también a las interpretaciones de sus disposiciones. (Castillo, 2013, pp. 19-20)

Desde una posición institucional, Landa (2016) sostiene que los estándares de la Corte IDH vincularían en grados diferentes a los distintos países que han ratificado la CADH. Los estándares tendrían una vinculación fuerte (efectos normativos) cuando la Corte hubiese señalado directamente que las normas de autoamnistía de los Estados carecerían de efectos jurídicos. Tendría lugar una vinculación intermedia (efectos normativos/interpretativos) cuando la Corte deja a los Estados un margen de acción para que adecúen su legislación interna a la CADH. Finalmente, los estándares vincularían en un grado menor (efectos interpretativos) cuando los Estados siguen la interpretación efectuada por la Corte en sus sentencias.

De acuerdo a una segunda postura, la doctrina replica en cierta forma los argumentos elaborados por la Corte para sostener la fuerza vinculante de sus estándares a partir del control de convencionalidad (Nogueira, 2013; Hitters, 2013). Humberto Nogueira es quién sigue de cerca dichos argumentos, al señalar lo siguiente:

En el caso de la CADH, además se obligan los Estados partes a adecuar su ordenamiento jurídico y la conducta de sus autoridades a tales derechos, a través de medidas normativas y de otro carácter, con el objeto de dotar de eficacia a tales derechos (artículo 2 de la CADH), todo ello conforme a la jurisprudencia de su intérprete auténtico y final que es la corte IDH, como lo establece con claridad meridiana el artículo 62.3 de la CADH. (2017, p. 275)

En el argumento de Nogueira puede advertirse la influencia de la tesis del estatus postulado por la Corte IDH, lo cual resulta más notorio cuando afirma lo siguiente:

La posición de la Corte IDH está plenamente justificada, ya que dichas sentencias emanan del intérprete auténtico y final de la CADH conforme al artículo 62.3 de la CADH. No hay razón que justifique que un estado miembro diferencie la intensidad de su vinculación a la jurisprudencia según haya sido o no parte del conflicto jurídico específico. En esta perspectiva es necesario tener presente que el artículo 69 de la CADH determina que el fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes de la Convención. (2017, p. 277)

Esta misma línea de argumentación la sigue Gonzalo Aguilar, al señalar que La Corte IDH es la intérprete auténtica y final de la CADH en la medida que establezca principios y estándares más favorables para el individuo, las comunidades y los pueblos que aquellos que podrían derivar de la interpretación efectuada por un juez estatal, cualquier juez

estatal, actuando como juez común de derechos humanos. La interpretación que efectúa la Corte IDH forma parte de la norma convencional objeto de la interpretación, ya que esta representa el entendimiento de la norma convencional que desarrolla el órgano autorizado. En este sentido, la interpretación forma un todo con la norma interpretada, la cual una vez ratificada, es vinculante para los Estados partes. Esta obligatoriedad no solo se extiende por mandato convencional a la sentencia de condena, sino que además se refiere a todo Estado que haya aceptado la jurisdicción de la Corte IDH para aplicar e interpretar la CADH. En este ámbito, se aprecia la función pedagógica y también preventiva de la Corte IDH con efectos *erga omnes*. (2017, p. 183)

De igual manera, siguiendo el caso *Gelman vs. Uruguay*, se ha empleado el concepto de cosa interpretada para sostener, sin matices, que los estándares de la Corte son vinculantes:

Podemos elegir “cosa interpretada” y, como sinónimo, “interpretación vinculante” para denotar que los Estados miembros deben cumplir las obligaciones derivadas del sistema del convenio según resultan de la interpretación del TEDH o la Corte IDH, y asegurarse de su cumplimiento por todos los poderes públicos. Esta interpretación vinculante en el concreto caso latinoamericano viene impuesto por el control de convencionalidad que exige seguir la interpretación de la Corte IDH. (García & Nogueira, 2017, p. 101)

Finalmente, las voces críticas a la tesis de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH señalan cuatro tipos de argumentos:

- a) Desde el derecho internacional público, se señala que la fuente de las obligaciones en el derecho internacional es el consentimiento de los Estados y que su alcance se reduce al ámbito de los compromisos expresamente asumidos. De ahí que se señale que “el único fundamento plausible que se puede señalar para el derecho internacional es el consenso y el consentimiento” (Benavides-Casal, 2016, p. 28). Por ello, un tratado como la CADH debe interpretarse conforme a su propio tenor, en el cual no existe disposición que establezca que los estándares de la Corte IDH tengan fuerza vinculante más allá del caso puntual y del Estado que ha sido condenado. Por ello, atribuir a los criterios de la Corte una fuerza vinculante *erga omnes* supone un error conceptual, ya que una cosa son esos criterios (como el principio *pro homine*, de progresividad o de proporcionalidad), que como tales son transversales y utilizados por cualquier operador del derecho, y otra muy diferente afirmar que los resultados de la aplicación de esos criterios tengan fuerza vinculante. Ello se debe a que “tanto la Corte como el Estado a través de sus órganos son intérpretes auténticos de la Convención” (Benavides-Casal, 2015, p. 157). Por lo tanto, para sostener que los estándares de la Corte vinculan a Estados que no fueron parte en el caso contencioso, se requeriría una fuente jurídica –una disposición en la Convención– en dicho sentido (Benavides-Casals, 2015, p. 160).
- b) De las disposiciones de la CADH no se sigue que exista la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH (Malarino, 2011, p. 438). Esta fuerza vinculante tampoco puede fundarse en la propia jurisprudencia interamericana en la medida en que ello llevaría a una falacia argumentativa, la petición de principio:

No puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permita concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia. (Malarino, 2011, p. 438-439)

Tampoco podría derivarse la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH de su estatus, ya que si bien dicho tribunal es la autoridad final en el caso, de ello no se sigue que su jurisprudencia deba ser seguida por todos los Estados que han aceptado su competencia contenciosa:

Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso. (Malarino, 2011, p. 439)

- c) Desde una perspectiva analítica, se ha respondido a los argumentos que emplea la Corte IDH para sostener la fuerza vinculante *erga omnes* de su jurisprudencia, indicando que la Corte no puede irrogarse la posición de intérprete última de la CADH porque no existe disposición en ella que le atribuya tal estatus y, por lo tanto, su interpretación no puede ser catalogada como única, exclusiva o final. Asimismo, el no acatamiento o seguimiento de sus estándares en modo impacta el efecto útil de la CADH, pues el no seguimiento de los estándares no menoscaba la efectividad de sus disposiciones. En tercer lugar, otorgar carácter *erga omnes* a los estándares lesionaría el principio democrático, en tanto los jueces de la Corte no han sido elegidos ni están sujetos a contralor alguno. Finalmente, el seguimiento de los estándares de la Corte IDH por parte de las cortes nacionales per se no los convertiría en vinculantes, en la medida en que la práctica de las cortes nacionales evidencia que tal seguimiento no es uniforme ni tiene el mismo grado de recepción (Vítolo, 2013).
- d) Desde la perspectiva de los modelos de integración entre el derecho interno e internacional, se ha señalado que apuntalar hacia un modelo donde los Estados deben acatar las sentencias de la Corte IDH, aun cuando no han sido parte en el caso de referencia, se asienta en un modelo jerárquico de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno (tesis monista), que no resultaría viable porque genera resistencia y paradojas que pueden generar que su propia autoridad se vea debilitada (Bandeira, 2015).

### **Análisis de las Posiciones Asumidas por la Corte IDH y la Doctrina en torno a la Fuerza Vinculante de los Estándares Interamericanos**

Para efectos del balance que se realizará en este capítulo, se subdividirá las apreciaciones sobre los argumentos de la Corte IDH y las posiciones de la doctrina, con la finalidad de evidenciar las fortalezas y debilidades de cada postura, y así arribar a una propia respecto de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH.

#### **Posición en torno a los argumentos de la Corte IDH en torno a la fuerza vinculante de sus estándares**

Las razones de la Corte IDH, desarrolladas en la sección correspondiente del presente trabajo, pueden reformularse en cuatro argumentos (ver Tabla 1), que tienen carácter justificatorio, dado que están orientados a responder la cuestión de por qué deben seguirse sus estándares.

Tabla1. Argumentos sobre la obligatoriedad de los estándares de la Corte IDH

<b>Argumento</b>	<b>Formulación</b>
Argumento del estatus	Los estándares de la Corte IDH deben seguirse porque contienen la última palabra sobre la interpretación de la CADH y otros instrumentos sobre los que tiene competencia.
Argumento del efecto útil (eficacia)	Los estándares deben seguirse porque de esa manera la CADH y otros instrumentos tendrán un efecto útil; es decir, serán efectivamente aplicados por los Estados, especialmente por sus jueces.
Argumento de la cosa interpretada	Los estándares deben seguirse porque están contenidos en sentencias definitivas de la Corte que tienen autoridad de cosa interpretada.
Argumento del seguimiento	Los estándares deben seguirse porque los tribunales supremos o constitucionales de la región los siguen.

Elaboración propia, 2019

**Réplica al argumento del estatus.** En cuanto al argumento del estatus, este es débil por dos razones, una de índole formal y otra de carácter material. Formalmente, la CADH no le otorga a las decisiones de la Corte IDH un efecto más amplio que el resolver las controversias sobre la aplicación e interpretación de sus disposiciones en el marco de un caso concreto o solicitud de interpretación. De igual manera, la CADH no le atribuye el estatus de “intérprete último y definitivo” del sistema, aunque dicha condición sí es alcanzada por la Corte IDH cuando resuelve un caso.



En el marco de una controversia contenciosa sobre la violación de los derechos protegidos por la CADH, si bien la interpretación de la Corte IDH formalmente se constituye en la última palabra al respecto, esta condición materialmente se circunscribe a ese caso concreto, por lo que su decisión será vinculante, de modo pleno, para el Estado condenado, pero no para los demás. Por ello, sus estándares no podrían ser exigibles a partir del argumento del estatus a los Estados que no han sido parte en el caso.

Desde una perspectiva material, este argumento lleva a un equívoco que desnaturaliza la interrelación entre sistemas, puesto que asumir que la Corte IDH tiene la última palabra presupondría que esta se encuentra jerárquicamente por encima de las cortes y tribunales de los Estados, lo cual no se condice con la verdadera forma de interrelación entre el SIDH y los sistemas nacionales, regidos por los principios de subsidiariedad y complementariedad. De acuerdo con estos, no existen relaciones de jerarquía entre la Corte IDH, y las cortes y tribunales nacionales, sino complementariedad para optimizar la protección de los derechos humanos en la región sobre la base del principio *pro persona*.

Por otro lado, la tesis del estatus lleva a una petición de principio, pues la fórmula de la última palabra puede derivar en formalismos interpretativos. Si se asume que la Corte IDH tiene la última palabra, porque es el órgano de cierre del sistema, las demás cortes y tribunales deberían estar sujetos a sus interpretaciones, pues estas deberían ser asumidas como correctas e infalibles, dado que son la última palabra en cuanto a la interpretación de la CADH y los demás instrumentos que se aplican en el SIDH. Esta postura es errada por dos razones.

En primer lugar, porque si bien la Corte IDH es la última intérprete de la CADH en un caso dado, no es su única intérprete. Las cortes y tribunales de los Estados también lo son, e incluso pueden adoptar posiciones más favorables a la protección de los derechos humanos en la región. Al respecto, puede citarse el reconocimiento de la obligación de los Estados de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en el marco de la consulta previa (en circunstancias excepcionales, claro está) por parte de la Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional de Colombia, 2008), exigencia que la Corte IDH aún no reconoce (Corte IDH, 2012a).

En segundo lugar, porque no todos los casos de violación de derechos humanos llegan a la Corte IDH, y cuando llegan suele haber pasado mucho tiempo desde que dichas vulneraciones han ocurrido. Debido a ello, muchas veces no se desprende del expediente la totalidad del contexto social y político en que los sucesos ocurrieron. Por lo tanto, puede ser que sus interpretaciones y decisiones fallen en tomarlo en cuenta, lo cual no es baladí, pues la Corte IDH, como órgano jurisdiccional, no debería ser ajeno al contexto social y político en el que los hechos tuvieron lugar.

Esto no quiere decir que las decisiones de la Corte deban satisfacer a todos los actores del SIDH, especialmente a los Estados condenados, pues la defensa de los derechos humanos puede y debe ser incómoda; sin embargo, sí es necesario que la Corte IDH, sin dejar de asumir su rol como protectora de los derechos humanos, considere esos contextos, dado que no se encuentra en una torre de marfil.

**Réplica al argumento del efecto útil (eficacia).** Según este argumento, es crucial que las disposiciones de un tratado o instrumento internacional no sean mera letra en el papel.

Es decir, se pretende que los compromisos asumidos por los Estados en virtud a tratados y convenios internacionales sean eficaces en la práctica. Como señala Fabián Novak,

cuando se analizan las disposiciones de un tratado, se debe escoger aquella interpretación que le brinda un sentido, efectos prácticos o utilidad a las mismas; por el contrario, se deben descartar aquellas interpretaciones que conviertan el acuerdo en inejecutable o inútil. Las disposiciones de un tratado, por tanto, deben cumplir una función práctica. (2013, p. 82)

Como ha señalado Vítolo (2013), el efecto útil está dirigido a dotar de eficacia a las disposiciones de un tratado, no a las interpretaciones que se han realizado sobre ese tratado. En ese sentido, la tesis del efecto útil está dirigida al aplicador del tratado, a su intérprete, la Corte IDH y los jueces nacionales, a fin de que entre las múltiples interpretaciones posibles adopte aquella que mejor se ajuste a su objeto y fin, según lo establecido en el artículo 31.1 de la Convención de Viena<sup>7</sup>.

En el caso de los tratados de derechos humanos, su objeto y fin es la protección de estos, por lo que la interpretación que efectúa la Corte IDH de las disposiciones de la CADH será una de las posibles opciones interpretativas que los jueces nacionales podrían adoptar, pues, como ya se mencionó, estos pueden optar por interpretaciones que optimicen el ejercicio de los derechos en función del principio pro persona.

**Réplica al argumento de la cosa interpretada.** La Corte IDH señala que sus sentencias tienen dos tipos de efectos: cosa juzgada (*res judicata*) y de “norma convencional interpretada” (*res interpretata*) (2013a, párrs. 67-69). El primero es un efecto que resulta oponible al Estado condenado; sobre la base del segundo, las interpretaciones de la CADH efectuadas por la Corte IDH, sus estándares, vincularían a los demás Estados que forman parte del sistema de la CADH y que no fueron parte del caso de referencia.

El concepto de norma convencional interpretada alude directamente a la interpretación asumida por la Corte IDH sobre una disposición de la CADH. Este argumento lleva a una petición de principio, ya que a falta de fuente positiva se asume que la norma convencional interpretada debe seguirse simplemente por haber sido establecida por la propia Corte IDH. Esto significa regresar al argumento del estatus, por lo que basta remitirse al análisis efectuado en la sección “Posición de la Corte IDH respecto de la Fuerza Vinculante de sus Estándares: Argumentos a Partir del Control de Convencionalidad”.

Sin perjuicio de lo señalado, para apoyar dicha posición se ha argumentado que el artículo 69 de la CADH establece que el fallo de la Corte IDH se notifica a las partes del caso y se transmite a los Estados partes, los que, al conocer el fallo, deberían adecuar su derecho interno a las normas convencionales interpretadas, porque la transmisión de la sentencia “produce una eficacia erga omnes hacia todos los Estados Parte de la Convención” (Corte IDH, 2013b, párr. 33).

Este no es un buen argumento para sustentar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte, pues la disposición citada alude a la *transmisión* de la sentencia, la cual consideramos tiene un efecto cognoscitivo, informativo y comunicativo, más no jurídico. Por ello, al referirse

7 “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” (ONU, 1969, art. 31.1)

a las partes del caso, se emplea el término *notificación* que sí lo tiene. No se debe olvidar que los Estados no condenados por el fallo –aquellos que no fueron parte en el caso– no tienen nada que cumplir, incluso si conocen el mismo.

**Réplica al argumento del seguimiento.** El argumento del seguimiento fue expresado en la Resolución de Supervisión de la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* (Corte IDH, 2011). Lo que en aquella ocasión se afirmó, mediante un razonamiento circular, fue que los lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH deben ser seguidos porque los tribunales y cortes de los Estados los siguen. Para sustentarlo, se citó una serie de enunciados de diferentes sentencias de los tribunales y cortes nacionales.

Consideramos que este argumento no justifica la fuerza vinculante *per se* de los estándares de la Corte IDH por al menos dos razones. En primer lugar, lo señalado solo demuestra que el seguimiento de dichos estándares depende de la decisión de los propios tribunales y cortes nacionales, y no que los estándares tengan una fuerza vinculante *per se*. En segundo lugar, porque, como ha señalado Vítolo

En algunos de los casos citados [por la Corte IDH], por ejemplo, el tribunal nacional adopta la doctrina de la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana sólo porque esta lo ha dispuesto. En otros casos, la sentencia referenciada simplemente reconoce el valor de norma relevante (pero no necesariamente obligatoria) de la jurisprudencia de la Corte, o su valor obligatorio deriva de normas del ordenamiento interno. Por último, en otros casos, la declaración realizada por el estado se refiere a la obligatoriedad de cumplimiento de sentencias en casos en los que el Estado había sido parte, de donde la obligatoriedad deviene expresa de la propia Convención. (2013, p. 376)

Por lo tanto, en algunos de los extractos tomados de las sentencias nacionales citadas por la Corte IDH, estas consideraciones tendrían carácter de *obiter dictum*.

Por nuestra parte, consideramos que para efectos de determinar si un estándar de la Corte IDH tiene fuerza vinculante, tal carácter depende de su reconocimiento y seguimiento por parte de tribunal o corte nacional. En ese sentido, estos deberían emplear el estándar no solo como *obiter dictum* (razón accesoria), sino fundamentalmente como *ratio decidendi* (razón fundamental) de su decisión. Uso que además debe ser leal y guardar coherencia con el caso en el que se estableció, pues, como ha sucedido en el caso peruano o boliviano, se ha manipulado ciertos estándares para justificar decisiones que no se condicen con lo establecido por la Corte IDH.

En el caso peruano, en materia de justicia militar, puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (TC) contenida en el Exp. 0001-2009-PI/TC. El entonces magistrado César Landa, en su voto singular, demostró que la mayoría hizo uso fragmentario de sentencias de la Corte IDH para justificar que los militares en actividad podían ser jueces y no lesionar el principio de independencia judicial:

De la cita completa de las partes pertinentes de las decisiones de los mencionados organismo internacionales de derechos humanos, no se desprende aquello que la decisión en mayoría de este Tribunal ha interpretado, sino antes bien que: a) en el caso de la Corte Interamericana, sí ha existido un pronunciamiento expreso incluso contra el Estado peruano respecto de la incompatibilidad entre el rol de juez y la condición de oficial en actividad de las fuerzas

armadas; b) en el caso de la Comisión Interamericana, de la interpretación en conjunto de las decisiones antes citadas, se desprende que el sistema de justicia militar sometido a control en su respectiva oportunidad, poseía ciertas características particulares que impedían a un tribunal independiente e imparcial y que tal sistema judicial militar no podía ser considerado como un verdadero sistema judicial pues dependía del Poder Ejecutivo, entre otros aspectos; y e) en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no es vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, resulta interesante lo afirmado en el sentido de que “para poder establecer si un tribunal puede ser considerado ‘independiente’ debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones externas y la cuestión relativa a la apariencia de independencia que presenta el colegiado” requisitos que como ya lo han reflejado la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no reunían los modelos anteriores de justicia militar peruana y que como vamos viendo tampoco asegura del todo el actual modelo objeto de control. (2009, párr. 17)

En cuanto al caso boliviano, recientemente se ha apelado al control de convencionalidad, al carácter preferente de la CADH en materia de derechos humanos, así como al estándar del caso *Castañeda Gutman vs. México* (Corte IDH, 2008), según el cual las reglas de los sistemas electorales nacionales no deben ser discriminatorias, para justificar que, debido a que su Constitución Plurinacional establece un límite para las reelecciones de autoridades –en estricto la posibilidad de que el presidente en funciones, Evo Morales, pueda ser nuevamente reelegido–, existiría una antinomia entre dicha prohibición, y el derecho a ser elegido reconocido en su carta constitucional y, de manera amplia, en el artículo 23 de la CADH:

Resulta indudable que el art. 23 de la CADH, consigna derechos políticos de la manera más amplia, sin ningún tipo de limitaciones o restricciones, autorizando únicamente al legislador la regulación de su ejercicio por causales taxativas en la forma anteriormente señalada; sin que ninguna de ellas en particular, tenga que ver en lo absoluto, con eventuales restricciones a la posibilidad de ser reelecto o reelecta y menos que ésta se limite a una sola vez de manera continua. En otros términos, la Convención, entre las causales por las que se autoriza al legislador reglamentar el ejercicio de los derechos políticos, estableciendo restricciones y limitaciones, no señala concretamente la prohibición de ser reelecto y/o el número de veces en que ello sería posible, puesto que las únicas razones por las que eventualmente podrían imponerse restricciones o limitaciones al ejercicio de estos derechos, tendrían que sustentarse “exclusivamente” en la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, por juez competente, en proceso penal y cumpliendo tres condiciones necesarias desarrolladas por la Comisión. . . . En ese sentido, es posible afirmar que el art. 23 de la CADH, en relación a los arts. 156, 168, 285.II Y 288 de la CPE, declara derechos más favorables, puesto que aquél respeto de éstos, restringe en menor medida los derechos de participación política; fundamentalmente, en cuanto a concurrir como elegible a la formación del poder público, puesto que no limita en lo absoluto su ejercicio, al señalar que todos los ciudadanos gozan del derecho a “...ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...”, sin que al respecto establezca ninguna exclusión, limitación, impedimento o prohibición y menos alguna que esté relacionada propiamente, con la posibilidad o imposibilidad de reelección del titular del derecho y la limitación del número de veces que podría hacerla; por el contrario, conforme

se anotó reiteradamente, simplemente detalla las razones por las que se faculta al legislador la reglamentación de estos derechos, causales que por lo demás, tienen carácter “*numerus clausus*”. Por el contrario, las disposiciones constitucionales indicadas, en la parte de su texto cuya inaplicabilidad se demanda, al señalar respecto a la posibilidad de que las autoridades que indican puedan ser reelectas o reelectos “por una sola vez de manera continua” (arts. 156 y 168) o “de manera continua por una sola vez” (arts. 285 y 288), establecen una clara restricción o limitación a los indicados derechos consagrados por la Convención, los cuales resultan disminuidos o mermados por la aplicación de disposiciones de la Constitución Política del Estado señaladas, ya que anulan toda posibilidad de ejercicio del derecho a la participación política y a ser elegido en elecciones periódicas y auténticas que proclama la CADH en su art. 23, cuyas normas sobre el particular resultan ser más favorables, puesto que no establece ninguna prohibición o restricción frente a la eventualidad de una nueva postulación. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2017, pp. 67-68)

No obstante, el estándar del caso *Castañeda Gutman vs. México* (Corte IDH, 2008), además de establecer que los sistemas electorales no deben ser discriminatorios, no limita la posibilidad de que los Estados puedan establecer limitaciones adicionales a las contempladas en el segundo párrafo del artículo 23 de la CADH, siempre y cuando las mismas superen el test de proporcionalidad. Así, en la sentencia citada se indicó lo siguiente:

La Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana. Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención. (2008, párr. 161)

Lo anotado evidencia el claro riesgo de que los estándares sean manipulados. Para evitarlo, los actores del SIDH y las comunidades nacionales deben estar atentos al uso que las autoridades judiciales (y otras autoridades estatales) hacen de los estándares en sede nacional.

### **Posición en torno a lo señalado por la doctrina sobre la fuerza vinculante de los estándares**

Los argumentos esbozados por la doctrina, como ya indicamos, se pueden agrupar en torno a tres posiciones, que pueden identificarse como argumentos justificatorios, replicadores y críticos respecto de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte (ver Tabla 2).

Tabla 2. Tipos de argumentos sobre la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH

Tipos de argumento	Postulado
Justificatorios	Desarrollan razones para justificar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH para Estados que no han sido parte en el caso de referencia en el que se estableció el estándar.
Replicadores	En mayor o menor medida, siguen los argumentos de la Corte IDH a partir del control de convencionalidad para justificar la fuerza vinculante de sus estándares para Estados que no han sido parte en el caso de referencia en el que se estableció el estándar.
Tipos de argumento	Postulado
Críticos	Niegan que los estándares de la Corte IDH tengan fuerza vinculante para Estados que no fueron parte en el caso de referencia en el que se estableció el estándar.

Elaboración propia, 2019

**Sobre los argumentos justificatorios.** En relación a este tipo de argumentos, entre los que nos adscribimos, consideramos que debe descartarse la posición asumida por Mondragón (2009, p. 148), en la medida en que recae en el argumento del estatus de la Corte IDH como intérprete último de las disposiciones de la CADH y de otros instrumentos sobre los que tiene competencia, por las razones ya aludidas en la sección “Posición de la Corte IDH respecto de la Fuerza Vinculante de sus Estándares: Argumentos a Partir del Control de Convencionalidad”.

De igual manera, consideramos que deben descartarse los argumentos consecuencialistas (los Estados siguen los estándares de la Corte IDH porque no quieren incurrir en responsabilidad internacional), porque los Estados siguen incurriendo en violaciones a derechos humanos, quizás ya no por aquellos casos de la primera hora (desapariciones forzadas, asesinatos), pero sí por nuevas circunstancias motivadas por el surgimiento de nuevos tipos de relaciones y conflictos sociales dentro de los Estados (discriminación por identidad de género, pueblos indígenas, protección del medio ambiente, protección de derechos sociales). Como las respuestas de la Corte IDH son dinámicas y no estáticas, no se puede asumir un argumento consecuencialista en tanto el conjunto de sus estándares no es un cuerpo rígido, pues a partir de uno o pocos casos no se puede prever todas las consecuencias posibles.

No obstante, sí nos parecen razonables aquellos argumentos para justificar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte construidos a partir de los principios del derecho internacional. No debe perderse de vista que el DIDH, a pesar de sus especiales características, no deja de ser derecho internacional. Indudablemente, los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* en el cumplimiento de las obligaciones internacionales son argumentos fuertes en ese sentido.

Asimismo, consideramos que las especiales características del DIDH juegan un rol importante, especialmente los principios que lo informan como principio el *pro persona*, de progresividad, entre otros. En ese sentido, los principios de subsidiariedad y complementariedad

que informan las relaciones que deben desarrollarse entre los sistemas nacionales y regionales de protección de los derechos humanos.

**Sobre los argumentos replicadores.** Ciertamente, el argumento de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH a partir del control de convencionalidad es un argumento persuasivo, dado que, por su intermedio, su estándar se integraría en el bloque de constitucionalidad y serviría como parámetro para evaluar la constitucionalidad (y, por extensión, la convencionalidad) de los actos del Estado dentro de su propia jurisdicción.

No obstante, esta tesis es débil. Por un lado, no hay disposición expresa en la CADH que establezca la obligatoriedad del control de convencionalidad por parte de los tribunales y cortes nacionales. Por ello, su incorporación como parámetro en el control de constitucionalidad dependerá de la fórmula de incorporación del DIDH según lo establecido en el derecho interno (las constituciones), así como de los propios tribunales y cortes nacionales, que podrían seguir o no los estándares de la Corte, o incluso falsearlos, como cierta práctica parece demostrarlo.

Ahora, pretender –como lo hace la Corte IDH– que el control de convencionalidad sea una obligación que las cortes y tribunales nacionales (y los demás operadores estatales) debe ejercer (incluso de oficio), conlleva caer nuevamente en la tesis del estatus, según la cual se deben aplicar los estándares de la Corte IDH a través del control de convencionalidad porque la propia Corte IDH así lo establece. Por lo tanto, basta remitirse a las críticas ya esbozadas sobre el particular.

**Sobre los argumentos críticos.** Los dos primeros argumentos críticos parten de consideraciones del derecho internacional público, y el tercero apunta hacia la falta de legitimidad democrática de la Corte IDH para sostener que sus estándares no tienen fuerza vinculante.

El primer tipo de argumento parte de una tesis de las fuentes formales del derecho internacional, en virtud de la cual los estándares de la Corte solo podrían ser vinculantes si existiera una disposición expresa en el texto de la CADH que así lo estableciera y que le diera a la Corte IDH el estatus correspondiente de supremo interprete de la CADH. En relación a esto, se ha señalado que un principio basilar del derecho internacional público es el consentimiento de los Estados, por lo que, al no haber disposición expresa respecto de si los estándares de la Corte son vinculantes, los Estados no están obligados a su cumplimiento o seguimiento (Benavides-Casal, 2015).

Consecuencia de asumir esta posición es que la CADH como instrumento del derecho internacional público deba leerse conforme a sus propios términos (interpretación literal). De estos no se desprende ni la obligación de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH ni que ello deba hacerse debido a su condición de autoridad final en los casos que resuelve (Malarino, 2011).

Un segundo argumento, también desde el derecho internacional público, señala que predicar la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH lleva al problema de la integración del derecho internacional y del derecho nacional, y que pretender la prevalencia del primero sobre el segundo conlleva asumir un modelo monista y jerárquico que puede comprometer su propia autoridad (Bandeira, 2015).

Estos argumentos, si bien pueden ser consistentes, parten del derecho internacional público, en el cual el DIDH ciertamente se inserta; sin embargo, no debe perderse de vista



que este tiene características especiales que lo apartan del primero, siendo esencial en esta diferenciación tomar en cuenta la finalidad que cada uno persigue: en general, la ordenación de las relaciones e intereses de los Estados en el primero, y la protección de la persona y sus derechos en el caso del segundo. Ello tiene importantes consecuencias para los principios que los informan y su configuración normativa. Asimismo, un tratado de derechos humanos no solo debe leerse en función a sus propias disposiciones (interpretación literal), sino también en función a los otros principios del derecho internacional público, como el de la buena fe o el *pacta sunt servanda*, así como sus propios principios (*pro persona*, progresividad) y su finalidad: la protección de la persona y sus derechos (Castañeda 2012).

En el DIDH el principio del consentimiento estatal se relativiza, aunque todavía es indispensable para que los Estados asuman compromisos ratificando los tratados de derechos humanos. Los instrumentos de *soft law* (actos unilaterales de los Estados, documentos generados por organismos internacionales de derechos humanos) adquieren gradualmente un mayor protagonismo; igualmente, la interpretación de los tratados de derechos humanos ya no busca en estricto la voluntad estatal común contenida en ellos, sino optimizar el ejercicio de los derechos protegidos por dichos instrumentos. En ese sentido, las normas de *ius cogens* que incorporan “valores esenciales de la comunidad internacional” y serían inderogables por dicha razón, conllevan que frente a ellas no puedan admitirse “acuerdo en contrario y no operan circunstancias excluyentes de responsabilidad respecto a su violación” (Céspedes 2016, pp. 6-7), por lo que se constituyen en un verdadero límite a la voluntad de los Estados.

En el mismo sentido, los principios de subsidiariedad y complementariedad que rigen los sistemas de protección de los derechos humanos conllevan que la interrelación entre estos y los sistemas nacionales no sea estática ni jerarquizada, sino que permanentemente interactúen y se complementen. Por ello, la relación e integración de los estándares de la Corte IDH, y su seguimiento por las cortes y tribunales nacionales no puede ser comprendido a partir de argumentos formalistas (no hay disposición de la CADH que establezca su fuerza vinculante) ni de jerarquía estática (como son establecidas por la Corte IDH, los estándares deben ser seguidos), sino de elementos dinámicos, que conllevan la superación de las tesis monistas y dualistas sobre la integración del DIDH y el Derecho Constitucional.

Desde la perspectiva de la tesis de la falta de legitimidad democrática, se apunta al hecho de que los jueces que integran la Corte IDH no son elegidos por la población, y que no estarían sujetos a ningún tipo de control (Vítolo 2013, p. 374). Esta posición traslada los argumentos que en sede nacional se dirigen contra los tribunales nacionales o cortes supremas que ejercen el control judicial de la ley.

Frente a esta crítica no debe perderse de vista que los jueces de la Corte IDH son elegidos por la Asamblea General de la OEA, por lo que tendrían una legitimidad democrática indirecta. Ahora, en cuanto a la falta de control, consideramos que si bien no existe un control jurídico sobre las decisiones de la Corte, pues sus fallos son definitivos e inapelables, sí existe un control de legitimidad social y también político, dado que existen amplios sectores de la población que consideran acertadas las decisiones de la Corte IDH y aquellos que no, finalmente, pueden someterlas a crítica severa. Finalmente, este tipo de control, al que también están sometidos los jueces nacionales, radica más en el campo de la sociología que en el del derecho propiamente dicho.



## Conclusiones

La Corte IDH desarrolla una función de especial importancia: tutela los derechos humanos protegidos por la CADH –y otros instrumentos sobre los que tiene competencia–, en tanto su último guardián en la región. Por ello, el estudio de los efectos que los estándares contenidos sus sentencias sobre casos contenciosos tienen respecto de Estados no condenados resulta de suma importancia para lograr mayores y mejores niveles de protección de los derechos humanos dentro de los Estados por parte de sus jueces<sup>8</sup>.

En el presente trabajo se ha abordado uno de los aspectos de dichos efectos mediante el análisis de las líneas argumentativas que se han formulado desde la Corte IDH y la doctrina para justificar o cuestionar los efectos vinculantes de dichos estándares sobre Estados no condenados.

Conforme a lo desarrollado, no existe un claro consenso en torno a la fuerza vinculante de los estándares interamericanos. Se identifican diversas estrategias argumentativas, que parten de ciertas premisas aisladas del Derecho Internacional Público (el consentimiento de los Estados), el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (estatus de la Corte IDH, principio de subsidiariedad, efecto útil de los tratados de derechos humanos) y el Derecho Constitucional (integración del Derecho Internacional con el derecho interno, rango constitucional de los tratados de derechos humanos), aproximaciones, algunas claramente favorables y otras más bien críticas, que también se combinan entre sí.

Por nuestra parte, con miras a un desarrollo mayor en próximos trabajos, consideramos que una línea argumentativa que sea favorable a la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH debe construirse a partir de la integración de las diversas perspectivas involucradas, esto es, los principios del Derecho Internacional Público (buena fe, *pacta sunt servanda*), el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*pro persona*, progresividad, subsidiariedad y complementariedad) e incluso la Filosofía del Derecho (en torno al rol y legitimidad de los jueces en la creación de derecho y el principio democrático), así como lo confrontación práctica sobre la forma de recepción y, especialmente, el uso que le dan los jueces nacionales a los estándares de la Corte IDH.

---

8 Este estudio debe complementarse con otros referidos a la efectividad o grado de cumplimiento de las sentencias y de las medidas provisionales por parte de los Estados condenados, así como sobre los efectos de las opiniones consultivas para todos los Estados que integran el SIDH, aspectos que esperamos abordar en próximos trabajos.



## REFERENCIAS

- Aguilar, G. (2016). Constitucionalismo global, control de convencionalidad y derecho a huelga en Chile. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 9, 113-166.
- Aguilar, G. (2017). La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano y su impacto en el derecho nacional. En H. Nogueira & G. Aguilar (Coords.), *Control de convencionalidad corpus iuris y ius commune interamericano* (pp. 158-191). Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Bandeira, G. R. (2015). El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En L. López & A. Sainz (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva de diálogo entre tribunales* (pp. 231-254). Lima, Perú: Palestra.
- Benavides-Casal, M. A. (2015). El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *International Law. Revista Colombiana de derecho Internacional*, (27), 141-166.
- Benavides-Casal, M. A. (2016). La constitución del derecho internacional, el sueño de un reducto jurídico occidental. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (28), 9-48.
- Carmona, E. (2017). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 71-132). Navarra, España: Instituto de Derecho Parlamentario.
- Castañeda, M. (2012). *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*. Ciudad de México, México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Castillo, L. (2013). La relación entre el ámbito jurisdiccional interno e internacional sobre derechos humanos. Repositorio Institucional de la Universidad de Piura. Recuperado el 30 de junio de 2018 de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2137/Relacion\\_entre\\_ambito\\_jurisprudencial\\_internacional\\_nacional\\_sobre\\_derechos\\_humanos.pdf?sequence=1](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2137/Relacion_entre_ambito_jurisprudencial_internacional_nacional_sobre_derechos_humanos.pdf?sequence=1)
- Céspedes, E. (2016). Interrelación entre el *ius cogens* y el derecho blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional. *Revista de Derecho Público*, (36), 1-26.

- Corte Constitucional de Colombia. (2008, 6 de agosto). *Sentencia T-129/2011. Expediente T-2451120.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003, 25 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez (Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006a, 26 de setiembre). *Sentencia de la Corte IDH (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006b, 24 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006c, 29 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (Caso La Cantuta vs. Perú).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007, 20 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (Caso Boycé y otros vs. Barbados).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008, 6 de agosto). *Sentencia de la Corte IDH (Caso Castañeda Gutman vs. México).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010, 26 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011, 24 de febrero). *Sentencia de Corte IDH (Caso Gelman vs. Uruguay).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012a, 27 de junio). *Sentencia de la Corte IDH. (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012b, 20 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH. (Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013a, 20 de marzo). *Supervisión de cumplimiento de sentencia (Caso Gelman vs. Uruguay).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013b, 20 de marzo). *Supervisión de cumplimiento de sentencia. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Caso Gelman vs. Uruguay).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014a, 30 de enero). *Sentencia de la Corte IDH (Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam).*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014b, 19 de agosto). *Opinión Consultiva OC-21/14. (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional).*

- Dulitzky, A. (2014). El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? En J. C. Rivera (Ed.), *Tratado de los derechos constitucionales* (pp. 533-569). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Ferrer, E. & Queralt, A. (2017). El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? En J. García & E. Carmona (2017). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 133-168). Navarra, España: Instituto de Derecho Parlamentario.
- Ferrer, E. (2013). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid, España: Marcial Pons.
- García, J. & Nogueira, H. (2017). El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante. En J. García & E. Carmona (2017). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 71-132). Navarra, España: Instituto de Derecho Parlamentario.
- Gozaíni, O. (2006). Incidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, 12(1), 329-364.
- Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (10), 131-156.
- Hitters, J. C. (2013). Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana. *Pensamiento Constitucional*, (18), 315-329.
- Landa, C. (2002). La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En R. Méndez Silva (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (pp. 319-340). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Landa, C. (2016). *Convencionalización del derecho peruano*. Lima, Perú: Palestra.
- Lovatón, D. (2017). *La gestación del Estado constitucional interamericano*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Mondragón, S. (2009). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (29), 135-149.

- Nogueira, H. (2013). El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (19), 221-270.
- Nogueira, H. (2017). La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados Partes de la CADH. En H. Nogueira Alcalá & G. Aguilar Cavallo (Coords.), *Control de convencionalidad corpus iuris y ius commune interamericano* (pp. 270-293). Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Novak, F. (2013). Los criterios para la interpretación de los tratados. *Themis - Revista de Derecho*, (68), 71-88.
- Organización de las Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.
- Torres, N. (2013). *El control de convencionalidad: Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Saarbrücken, Alemania: Editorial Académica Española.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2009, 4 de diciembre). *Sentencia del Pleno. Voto Singular del Magistrado Landa Arroyo. Expediente 00001-2009-PiiffC*. Lima, Perú.
- Tribunal Constitucional Plurinacional. (2017, 28 de noviembre). *Sentencia Constitucional Plurinacional 0084/2017*. Sucre, Bolivia.
- Trucco, M. F. (2013). *El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales*. Recuperado el 01 de enero de 2019 de [https://www.uai.edu.ar/media/42514/ganadores-2013\\_el-control-de-convencionalidad-en-la-interpretaci%C3%B3n-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos.pdf](https://www.uai.edu.ar/media/42514/ganadores-2013_el-control-de-convencionalidad-en-la-interpretaci%C3%B3n-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos.pdf)
- Vítolo, A. M. (2013). Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del <control de convencionalidad>. *Pensamiento Constitucional*, (18), 357-380.
- Zamorano, P. (2016). El efecto *erga omnes* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho y Justicia*, (7), 79-96.

## **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA LEY QUE PROHIBIÓ LA PUBLICIDAD ESTATAL EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN PRIVADOS. EN TORNO AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 30793**

*Luis Huerta Guerrero<sup>1</sup>*

El respeto y garantía de los derechos fundamentales requiere de mecanismos idóneos y efectivos para concretar los denominados controles de constitucionalidad y de convencionalidad. El primero se deriva de la Constitución; el segundo, de las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar tratados sobre derechos humanos. Las vías internas, las autoridades competentes, la oportunidad para llevar a cabo ambos controles y sus efectos varían según el ordenamiento jurídico de cada país.

En el Perú, cuando en un proceso de inconstitucionalidad se cuestiona una norma por afectar un derecho reconocido en la Constitución y en un tratado sobre derechos humanos, corresponde al Tribunal Constitucional realizar ambos controles.

El presente artículo tiene por objetivo analizar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad realizado por el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, el Tribunal), respecto a la Ley 30793<sup>2</sup>, Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano (en adelante, la Ley), a partir del proceso de inconstitucionalidad en su contra iniciado por congresistas de la República y el Poder Ejecutivo, que culminó con un pronunciamiento en mayoría a favor de su expulsión del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.

Para evaluar el control de constitucionalidad, tanto por el fondo como por la forma, se tomará en cuenta la aplicación, por parte del Tribunal, de las normas y principios constitucionales.

Para realizar el análisis del control de convencionalidad se tomará en cuenta la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en particular el uso por parte del tribunal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y las decisiones de la Comisión

---

1 Abogado, magíster en Derecho Constitucional y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 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.

3 Publicada en el diario oficial El Peruano el lunes 18 de junio de 2018.

4 La sentencia fue publicada en el diario oficial El Peruano el miércoles 24 de octubre de 2018, y fue suscrita por los magistrados Blume Fortini (presidente), Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa. La magistrada Ledesma Narváez emitió un voto singular. El ponente fue Ramos Núñez, según lo informó el presidente del tribunal en conferencia de prensa realizada el 11 de octubre de 2018.

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Este análisis se realizará solo respecto a la inconstitucionalidad por el fondo.

En ambos casos, se tomará como punto de partida lo invocado por la parte demandante (congresistas y Poder Ejecutivo) y la parte demandada (Congreso de la República)<sup>4</sup>, así como lo resuelto finalmente por el Tribunal.

## **Norma Impugnada y Argumentos Centrales de las Partes**

### **Norma impugnada**

El proyecto que dio lugar a la Ley (Proyecto de Ley 2133/2017-CR) fue presentado el 15 de noviembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Célula Parlamentaria Aprista. Constaba de una página, donde el argumento central de la propuesta normativa era que se evitaría el uso indebido de los recursos públicos<sup>5</sup>.

Sobre la base de esta finalidad, la Ley estableció la prohibición al Estado de contratar publicidad en medios de comunicación privados (art. 3), así como dispuso que solo se podía difundir información sobre las “tareas de gestión” del Estado a través de los medios de comunicación estatal (art. 1) y las redes sociales (art. 2). Señaló algunas excepciones a la prohibición.

Dicha ley fue objeto de dos demandas de inconstitucionalidad. En ambas se invocó la inconstitucionalidad de la Ley por razones de forma, así como la inconstitucionalidad e inconveniencia por razones de fondo, sustentadas en la violación de normas constitucionales y la CADH, así como en pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Las demandas fueron acumuladas por el Tribunal<sup>6</sup>.

### **Demanda interpuesta por congresistas**

Conforme al artículo 203 de la Constitución Política del Perú (1993), una demanda de inconstitucionalidad puede ser presentada por el 25 % del número legal de congresistas. Por lo general, la iniciativa surge de congresistas de un mismo grupo parlamentario, a la cual se adhieren otros para alcanzar el número exigido por la Constitución. En estos casos, quienes acuden al Tribunal suelen ser las agrupaciones políticas o congresistas que mostraron su discrepancia, durante el debate parlamentario, con la ley finalmente aprobada por el Congreso.

En el caso aquí analizado, integrantes del grupo parlamentario Peruanos por el Cambio tomaron la iniciativa para presentar una demanda contra la Ley, la cual fue finalmente interpuesta por 33 congresistas el 20 de junio de 2018. Conforme al respectivo auto de admisibilidad del Tribunal, de fecha 21 de junio de 2018, en esta demanda se invocó la violación de los artículos 2, incisos 4, 5 y 17, y 105 de la Constitución, así como de los artículos 13, incisos 1 y 3, y 23, inciso 1, literal a), de la CADH.

4 Si bien el Tribunal dedica una sección de sus sentencias a exponer los argumentos de las partes, se trata de una fuente indirecta para acceder al contenido de las demandas y contestaciones presentadas, por lo que lo más adecuado es acudir a las fuentes directas que obran en el expediente.

5 Diversos políticos y medios de comunicación se refirieron a la Ley como Ley mordaza o Ley Mulder, esto último en atención al autor de la propuesta.

6 Acumulación decretada mediante Auto del Tribunal de fecha 2 de julio de 2018.



### **Demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo**

La Constitución reconoce al presidente de la República la facultad para interponer demandas de inconstitucionalidad, para lo cual se requiere un acuerdo del Consejo de Ministros<sup>7</sup>.

La demanda del Poder Ejecutivo tuvo como eje central de su argumentación la protección del derecho de toda persona a recibir información por parte del Estado y la obligación de este de hacer efectivo y garantizar el referido derecho. Fue presentada el 21 de junio de 2018<sup>8</sup>, es decir, al día siguiente de la interpuesta por los congresistas de la República. En el respectivo auto de admisibilidad del Tribunal, de fecha 27 de junio de 2018, se indica lo siguiente:

[E]n la demanda se señalan los fundamentos en virtud de los cuales la norma impugnada vulneraría, por la forma, el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en tanto el procedimiento parlamentario que se siguió para su aprobación y promulgación no respetó las garantías mínimas. Asimismo, en cuanto al fondo se alega la violación del artículo 2, incisos 2, 4, 14, 24, literal “d”, y los artículos 44, 62, 118, inciso 19, de la Constitución; así como los artículos 1, 2, 9, [sic] 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2018a, fundamento 7)

El Poder Ejecutivo solicitó de forma expresa al Tribunal que lleve a cabo no solo un control de constitucionalidad de la Ley, sino también un control de convencionalidad, tomando en consideración los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: 48. En la presente demanda se formulan diversos alegatos sobre la inconstitucionalidad de la Ley 30793, por ser contraria a las libertades de expresión e información reconocidas en el artículo 2, inciso 4, la Constitución de 1993, que deben ser interpretadas en cuanto a su contenido de forma concordante con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

49. Por ello, corresponde al Tribunal Constitucional realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma objeto de impugnación; siendo importante adelantar que de los fundamentos del proyecto de ley que le dio origen no se aprecia que se haya tomado en cuenta las normas y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, omisión que fuera advertida en su debida oportunidad por el Poder Ejecutivo a través de sus observaciones a la Autógrafa de Ley. (2018, p. 13)

### **Contestaciones de demanda**

Las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley fueron remitidas al Congreso de la República para que proceda a contestarlas, acto procesal que no recae en los congresistas que promovieron la ley o argumentaron a su favor. La defensa jurídica de las leyes recae en la Oficina de Defensa de las Leyes.

Al contestar las demandas, el Congreso se pronunció sobre el control que corresponde ejercer al Tribunal en los procesos de inconstitucionalidad:

7 En su sesión del 20 de junio de 2018, el Consejo de Ministros aprobó la interposición de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley.

8 El ministro de Justicia y Derechos Humanos, Salvador Heresi Chicoma, acudió al Tribunal Constitucional para estar presente en el momento de la presentación de la demanda y brindó declaraciones a los medios de comunicación sobre su contenido.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no supone la continuación del procedimiento legislativo mediante un simple cambio de roles, destinado a ratificar o no lo decidido por el Congreso de la República con idénticos poderes de valoración, sino que configura sólo un control secundario a cargo de la jurisdicción, cuyo único parámetro es la Constitución y, por extensión, el bloque de constitucionalidad. Corresponde destacar que la acción de inconstitucionalidad no fue consagrada por el constituyente para dotar a las minorías parlamentarias de los votos que el electorado libérrimamente les negó en las ánforas, sino para contener los desbordes de las mayorías cuando estos [sic] tienden a romper o corromper el orden constitucional. (Congreso de la República, 2018, p. 8)

Las contestaciones se sustentaron en la interpretación de las normas invocadas como afectadas y en referencias sustantivas a fallos de la Corte IDH, así como a decisiones de la CIDH, incluso de su Relatoría para la Libertad de Expresión, a fin de concluir –entre otros aspectos– que el contenido de las libertades de expresión e información

No incluye el derecho de los medios de comunicación a recibir recursos estatales por publicidad. . . y titula al Estado para negar publicidad oficial a todos los medios de comunicación, vedándole únicamente la posibilidad de privar de ésta a algunos en base a criterios discriminatorios. (Congreso de la República, 2018, p. 16)

### **Intervención de la CIDH**

La CIDH forma parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Su labor no se limita a presentar demandas contra los Estados ante la Corte IDH, sino que también interviene, de diversas formas, en cualquier situación relacionada con el respeto y garantía de los derechos fundamentales en la región. Cuenta con una Relatoría para la Libertad de Expresión, que en el marco de sus atribuciones se pronuncia sobre la situación de este derecho en diferentes países.

La CIDH tuvo oportunidad de participar en el proceso de inconstitucionalidad a través de la *Nota Técnica en relación con la Ley 30.793 que regula el gasto de publicidad oficial en el Estado de la República del Perú*, elaborada por el relator para la Libertad de Expresión, Edison Lanza, sobre la base de la información que le fuera proporcionada por el Estado peruano. Esta nota se puso en conocimiento del Tribunal por las vías respectivas<sup>9</sup>, y en ella la Relatoría afirmó lo siguiente:

La Ley aprobada por el Congreso peruano no tiene precedentes en la región por tratarse del primer caso de retiro de la publicidad oficial a todo un sector de los medios de comunicación, en razón de la naturaleza privada de la propiedad, y presenta serios problemas a la luz del marco jurídico interamericano que prohíbe tanto la censura previa, así como los mecanismos o medidas que puedan constituir restricciones indirectas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 10)

9 Toda comunicación de la CIDH y sus órganos es cursada al Estado peruano a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. En el presente caso, el informe elaborado por el relator fue remitido a la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, que lo puso en conocimiento del Tribunal el 15 de agosto de 2018.

Esta modalidad de intervención de la CIDH en un proceso de inconstitucionalidad fue una situación singular; en la parte de la sentencia denominada “Antecedentes”, el Tribunal hizo una reseña de la *Nota Técnica*. De esta forma, tuvo a su alcance un análisis sobre la inconventionalidad de la Ley (o sobre “serios problemas a la luz del marco jurídico interamericano” (2018, p. 10) en palabras del relator), elaborado por una instancia especializada en la materia, que se esperaba que fuera tomado como referencia para resolver el fondo de la controversia.

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal no se tomó en consideración el contenido de la *Nota Técnica* de la CIDH al momento de pronunciarse sobre la restricción prevista en la Ley a la libertad de información, aspecto central de la controversia. En la sección sobre la vulneración de la prohibición de establecer medios indirectos contra la libertad de expresión, prevista en el artículo 13, inciso 3 de la CADH, solo se cita la nota de la CIDH para indicar que lo alegado por esta fue analizado en una sección previa sobre la restricción a la libertad de información.

En el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez, quien se pronunció declarando infundada la demanda, existe toda una sección dedicada a presentar lo que a su consideración son los alcances del artículo 13, inciso 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero en lugar de tomar en cuenta los argumentos del relator para interpretar dicho artículo, procede a desvirtuarlos.

En consecuencia, el Tribunal no tomó en cuenta para la resolución del caso el análisis efectuado por la CIDH respecto a la Ley, con lo que dejó de lado una fuente de suma importancia para el control de convencionalidad de la norma impugnada.

### **Audiencia Pública**

La audiencia pública del proceso se realizó el viernes 24 de agosto de 2018 en la sede del Tribunal en la ciudad de Arequipa<sup>10</sup>, y duró aproximadamente una hora y media<sup>11</sup>.

En su intervención, el representante del Poder Ejecutivo<sup>12</sup> enfatizó que los argumentos contra la Ley se centraban en la protección del derecho de toda persona a recibir información y de la obligación del Estado de garantizarlo, y solicitó al Tribunal la realización de un control de constitucionalidad y de convencionalidad. Hizo referencia a la *Nota Técnica* elaborada por la CIDH. Asimismo, sobre la base de información proporcionada por diversos sectores del Poder Ejecutivo, ejemplificó de qué manera la Ley había impedido informar a la población sobre determinados aspectos de interés público.

La intervención de los congresistas demandantes<sup>13</sup> se centró en la coyuntura política que dio lugar a la Ley y el procedimiento parlamentario seguido para su aprobación, por lo que

---

10 Desde hace varios años, el Tribunal programa las audiencias públicas relacionadas con procesos de inconstitucionalidad en la ciudad de Arequipa. Esto implica que los representantes de ambas partes del proceso, así como todos los magistrados, deban desplazarse a esta ciudad para participar en la audiencia.

11 El vídeo de la audiencia se encuentra disponible en la cuenta del Tribunal Constitucional en YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=uAsbNxlPMfE>. Fecha de consulta: 17 de enero de 2019.

12 En el caso del Poder Ejecutivo, su representación en los procesos de inconstitucionalidad está a cargo del procurador público especializado en Materia Constitucional.

13 Cuando la demanda es interpuesta por congresistas de la República, estos mismos acuden a sustentar la inconstitucionalidad de la ley impugnada. Ello ocurrió en el presente caso, en donde intervinieron los congresistas Gilbert Violeta López y Patricia Donayre Pasquel.

se hizo referencia a la confrontación política existente entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, y se indicó que la Ley consistía en un mecanismo de censura hacia los medios de comunicación y una violación a la libertad de información.

La representación del Congreso de la República, en tanto parte demandada, recayó en el congresista Mauricio Mulder, autor del proyecto que dio lugar a la Ley<sup>14</sup>. Por ello, el intercambio de opiniones que se llevó a cabo para la aprobación de la Ley en el Congreso, órgano esencialmente político, se replicó en parte ante el Tribunal, que es un órgano esencialmente jurisdiccional. El congresista Mulder explicó el debate realizado en comisiones respecto al proyecto de ley, refutó que la intención de la norma fuera afectar el trabajo de los medios de comunicación y enfatizó que la misma buscaba garantizar el uso adecuado de los recursos públicos. Hizo referencia a informes de la CIDH relacionados con la publicidad estatal, a fin de enfatizar que no existe un derecho de los medios a recibir este tipo de publicidad. Asimismo, señaló la importancia de los medios de comunicación digitales para la difusión de información estatal.

Solo tres de los seis magistrados del Tribunal presentes en la audiencia formularon preguntas a las partes<sup>15</sup>. Ramos Núñez consultó a los congresistas de ambas partes si durante el debate parlamentario hubo deliberación suficiente en torno al contenido de la Ley, y al congresista Mulder sobre las excepciones a la prohibición de contratar publicidad previstas en el artículo 4 de la misma. Sardón de Taboada consultó al representante del Poder Ejecutivo sobre la vigencia de la Ley, y la relación entre el derecho a recibir información y la publicidad estatal<sup>16</sup>, mientras que Ledesma Narváz solicitó a la misma parte precisiones adicionales con relación a lo último. No hubo preguntas relacionadas con el control de convencionalidad de la Ley.

### **Inconstitucionalidad de la Ley por la Forma**

La inconstitucionalidad de una ley por la forma se presenta cuando en su procedimiento de elaboración no se siguen las reglas establecidas en la Constitución y el Reglamento del Congreso. A través de su jurisprudencia, el Tribunal ha precisado diversos alcances sobre esta materia<sup>17</sup>.

En las dos demandas interpuestas contra la Ley se argumentó que resultaba inconstitucional por razones de forma. En la interpuesta por congresistas de la República, se invocó la violación de los artículos 105 de la Constitución y 78 del Reglamento del Congreso de la República, así como del principio de interdicción de la arbitrariedad. En la demanda del Poder Ejecutivo no se invocó la vulneración de una norma en particular, pues se cuestionó que el procedimiento parlamentario no observara reglas mínimas para aprobar leyes que restringen derechos fundamentales, lo cual afecta el principio de interdicción de la arbitrariedad.

14 Según lo indicado en la audiencia por el relator y el presidente del Tribunal, lo hizo en calidad de abogado.

15 Estuvo ausente el magistrado Miranda Canales.

16 El magistrado Sardón de Taboada formuló también una pregunta al Defensor del Pueblo, Walter Gutiérrez Camacho, que intervino en el proceso en calidad de *amicus curiae*.

17 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0015-2012-PI/TC, de fecha 1 de marzo de 2017 y publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de febrero de 2018. El proceso giró en torno a la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones.

### **Ausencia de reglas específicas en el procedimiento parlamentario respecto a leyes que restringen derechos fundamentales**

El respeto y la garantía de los derechos fundamentales constituyen la base de un Estado constitucional; sin embargo, la *Constitución Política de 1993* y el Reglamento del Congreso no establecen reglas específicas respecto a las leyes por medio de las que se establecen restricciones a su ejercicio, las cuales se aprueban como cualquier otra ley. En el ordenamiento jurídico peruano, los procesos constitucionales previstos para la tutela de derechos deben ser regulados por ley orgánica<sup>18</sup>, pero los derechos que protege no.

Por ello, el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley, que implicaba una restricción a las libertades informativas, resultaba una oportunidad para que el Tribunal establezca reglas relacionadas con el procedimiento parlamentario respecto a leyes que establezcan restricciones o limiten el ejercicio de derechos fundamentales, o, en todo caso, que respecto al caso concreto precise que determinadas omisiones o acciones llevadas a cabo por el Congreso no debieron darse en el ámbito de la aprobación de la Ley, en atención a su contenido. En la demanda del Poder Ejecutivo se expuso este tema de la siguiente manera:

59. Se trata, por lo tanto, de analizar la constitucionalidad del procedimiento parlamentario más allá del formalismo jurídico de revisar las reglas previstas en el Reglamento del Congreso para identificar si se han seguido o no. Corresponde identificar cómo debe darse un procedimiento parlamentario en un Estado Constitucional y Democrático para debatir y aprobar una norma que limita o restringe las libertades de expresión e información. En este sentido, respecto al trámite de los proyectos de ley sobre esta materia deberían observarse las siguientes reglas:

- i. Deben ser analizados por las comisiones ordinarias del Congreso de la República especializadas en materia Constitucional y Derechos Humanos.
- ii. No pueden ser exonerados de debate en comisiones por la Junta de Portavoces.
- iii. Deben ser debatidos y aprobados por el Pleno del Congreso.
- iv. Si el Poder Ejecutivo realiza observaciones de índole constitucional respecto a la Autógrafa de Ley, deben ser analizadas de forma previa por la Comisión de Constitución y Reglamento antes de que el Pleno decida sobre la insistencia o allanamiento. . . .

61. . . . *en tanto el procedimiento parlamentario que se siguió para [la] aprobación y promulgación [de la Ley] no respetó las garantías mínimas que deben ser exigidas en el ámbito parlamentario respecto a las propuestas normativas relacionadas con restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, en particular las libertades de expresión e información, que se derivan de su importancia en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, [se] vulner[ó] de esta forma el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad. (Poder Ejecutivo, 2018, pp. 16-17)*

Sin embargo, nada de lo planteado por el Poder Ejecutivo fue evaluado por el Tribunal Constitucional, que se limitó únicamente a analizar si las decisiones del Congreso de la República que dieron lugar a la aprobación de la Ley resultaban contrarias al procedimiento parlamentario previsto en la Constitución y el Reglamento del Congreso<sup>19</sup>.

18 Conforme al artículo 200 de la Constitución (1993), “Una ley orgánica regula el ejercicio de [los procesos constitucionales] y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas”.

19 En su fundamento de voto, Espinosa-Saldaña Barrera señaló que la demanda debió declararse fundada respecto

### **Las libertades de expresión e información como una materia ausente al analizar el procedimiento parlamentario por el cual se aprobó la Ley**

La Ley establecía una restricción al derecho de toda persona a recibir información de parte del Estado, por lo que correspondía al Tribunal tomar en cuenta el contenido de la norma y el impacto que generaba en el ejercicio de este derecho, a fin de evaluar el procedimiento parlamentario que concluyó con su aprobación. Sin embargo, ello no ocurrió, pues el Tribunal analizó dicho procedimiento sin considerar la materia a tratar, es decir, analizó la inconstitucionalidad por la forma de la Ley, como si se tratara de cualquier norma ordinaria, sin tomar en cuenta que por medio de la misma se establecía restricciones a derechos fundamentales esenciales para la vigencia de un Estado constitucional y democrático<sup>20</sup>.

Lo ocurrido en este proceso contrasta de manera significativa con la decisión adoptada en otro, en el cual se alegó la inconstitucionalidad por la forma de una modificación al Reglamento del Congreso mediante la cual se limitaban las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo respecto a la cuestión de confianza y la disolución del Congreso de la República. En dicho caso, conocido y resuelto por los mismos magistrados, para analizar la exoneración de dictamen de comisiones y el déficit de deliberación a nivel parlamentario, el Tribunal hizo referencia de forma expresa al contenido de la norma impugnada, a fin de realizar una valoración sobre su importancia y, a partir de ello, analizar si el procedimiento parlamentario seguido para su aprobación afectaba al artículo 105 de la Constitución. En este sentido, señaló lo siguiente<sup>21</sup>:

El significado de esta disposición constitucional [se refiere al artículo 105 de la Constitución] es aún más relevante cuando lo que es objeto de debate es un asunto de tanta entidad como las relaciones Ejecutivo-Legislativo. En efecto, cuestiones técnicas como la cuestión de confianza, la crisis total del gabinete o la facultad presidencial de disolución del Congreso de la República no se caracterizan únicamente por su complejidad, sino además por su marcada incidencia en la naturaleza de nuestro régimen político al tener un importante impacto en el esquema de los mecanismos para el control del poder.

Ahora bien, es importante recordar que en la jurisprudencia de este Tribunal en distintas oportunidades se han validado distintos acuerdos de la Junta de Portavoces para exonerar del dictamen de la comisión respectiva, y ello ha sido así por el importante margen de deferencia que, en un Estado constitucional, debe gozar el Congreso de la República (Sentencia 00015-2012-PI; Sentencia 00012-2018-PI y 00013-2018-PI, entre otras). Sin embargo, cuando este mecanismo es empleado con el propósito de efectuar trascendentales reformas que inciden en la esencia misma de nuestra Constitución, debe demandarse un importante nivel de deliberación, aspecto que no se ha advertido en este caso.

Es por ello que, al haberse exonerado al proyecto de resolución legislativa del trámite ante

---

a los vicios de forma. Al respecto indicó: “18. . . visto en contexto el conjunto de exoneraciones y prisas en el trámite de aprobación del proyecto de ley, tratándose además de un proyecto que tenía una gran repercusión en la difusión de información valiosa, relacionada a la realización de políticas y derechos sociales, lleva a que en el presente caso se constate la existencia de un claro déficit de deliberación, por lo cual la Ley. . . debe ser declarada inconstitucional también en este extremo, y disponerse que se subsane la omisión” (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67798).

20 La excepción a esta posición mayoritaria fue la asumida por Espinosa-Saldaña Barrera, como se aprecia en su fundamento de voto.

21 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0006-2018-PI/TC, de fecha 6 de noviembre de 2018, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de noviembre de 2018. El proceso fue denominado por el Tribunal caso Cuestión de confianza y crisis total del gabinete.

la Comisión de Constitución y Reglamento, se advierte un vicio de inconstitucionalidad radicado en el empleo de un mecanismo de excepción cuando no correspondía en razón de la materia involucrada, lo cual resulta contrario a la finalidad del artículo 105 de la Constitución. (2018c, fundamentos 24-26)

En este fallo, para declarar que la modificación al Reglamento del Congreso resultaba contraria al artículo 105 de la Constitución, el Tribunal valoró la importancia de la materia regulada a través de la norma impugnada y su relevancia en el ámbito del Estado Constitucional, en lo relativo al principio de separación de poderes. Por el contrario, en el caso del proceso contra la Ley, al momento de analizar el mismo asunto no se hizo referencia alguna a la importancia de las libertades de expresión e información como derechos fundamentales en el ámbito de un Estado Constitucional, para el fortalecimiento de la democracia.

### **Determinación de la comisión del Congreso que debió analizar el Proyecto de Ley**

Los proyectos de ley que se presentan en el Congreso de la República son derivados a las comisiones ordinarias para su revisión y análisis. La Constitución de 1993 no contiene regla alguna sobre a qué comisiones deben ser derivados. El artículo 77 del Reglamento del Congreso establece que al respecto debe observarse el criterio de la especialización. En la práctica parlamentaria, a partir del contenido del proyecto se determina a qué comisión o comisiones estos son derivados. Sobre la base de estas premisas, cuando un proyecto de ley presenta un contenido que podría implicar un límite al ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, este debería ser enviado a la Comisión de Constitución y Reglamento, para que se analice si la propuesta es compatible con las normas constitucionales y los tratados sobre derechos humanos.

En la demanda del Poder Ejecutivo se invocó, como un caso de inconstitucionalidad por razones de forma, que el proyecto de ley debió ser conocido por la Comisión de Constitución y Reglamento, en tanto la propuesta legislativa establecía una restricción a derechos fundamentales como las libertades de expresión e información. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó este argumento y consideró compatible con el ordenamiento constitucional que la propuesta legislativa fuera derivada a la Comisión de Transporte y Comunicaciones. En este sentido señaló lo siguiente:

43. Al respecto, este Tribunal considera que no resulta arbitrario ni irrazonable que el proyecto de la ley cuestionado haya sido derivado a la Comisión de Transportes y Comunicaciones, en tanto la publicidad estatal se desarrolla a través de medios de comunicación masivos, y dicha comisión recoge iniciativas legislativas que contribuyan a la formación, mejoramiento y modernización del servicio de comunicaciones (a nivel nacional), en salvaguarda de las condiciones de seguridad y salud, protección del medio ambiente y de la sociedad en su conjunto, conforme lo establece su Plan de Trabajo para el período 2017-2018. (2018, p. 67783)

Se evidencia, en consecuencia, que al analizar este tema el Tribunal no consideró a la Ley como una norma que restringía derechos fundamentales, sino como una medida que regulaba la publicidad estatal a través de medios que brindan el servicio de comunicaciones. De haber asumido el enfoque aquí propuesto, otra podría haber sido su respuesta.

### **Exoneraciones aprobadas por la Junta de Portavoces**

La Junta de Portavoces es un órgano del Congreso de la República que, como su nombre lo indica, se encuentra conformado por los portavoces de los grupos parlamentarios. Su labor consiste en agilizar el trabajo parlamentario mediante la toma de una serie de decisiones. Sus atribuciones se encuentran previstas en el Reglamento del Congreso. Sobre este órgano, Delgado-Guembes afirma lo siguiente:

Recibe el nombre de Junta de Portavoces un órgano. . . cuya misión fundamental es agilizar el funcionamiento del Pleno. . . .

El modo específico en que la agilización se lleva a cabo es mediante la coordinación de los consensos entre los voceros representantes de los grupos parlamentarios. No siendo una instancia de paso obligado, como sí lo es el Consejo Directivo, su papel es expeditar o facilitar la celeridad de los procesos parlamentarios mediante la interconsulta que se produce entre quienes tienen capacidad de vincular colectivamente a los grupos parlamentarios de los que son voceros. . . .

El origen de la Junta de Portavoces en el régimen parlamentario peruano es consecuencia de una serie de ensayos inconclusos y poco sistemáticos, en los que se busca el punto de coordinación plural de todas las fuerzas políticas que faciliten la programación de la actividad parlamentaria, simplificando a su vez los mecanismos de toma de decisiones a cargo del Pleno. (2012, p. 124)

De acuerdo con el artículo 78 del Reglamento del Congreso, la Junta de Portavoces puede acordar exonerar un proyecto de ley del dictamen de comisiones, así como determinar que un dictamen pueda ser visto por el Pleno del Congreso sin observar el requisito de su publicación en el portal institucional siete días antes. En la práctica parlamentaria se aplican estas excepciones por acuerdo de la Junta de Portavoces respecto a diversos proyectos de ley y dictámenes de comisiones.

En la demanda planteada por congresistas de la República se alegó que la Junta de Portavoces no puede aprobar estas excepciones de manera discrecional, sino que estas deben estar debidamente justificadas, y concordar con el principio de interdicción de la arbitrariedad y de democracia deliberativa. En el caso del Poder Ejecutivo, se cuestionó que la Junta de Portavoces pudiera aprobar dichas excepciones respecto a proyectos que establecen restricciones a las libertades de expresión e información. En su sentencia, el Tribunal se pronunció sobre el tema, pero considerando lo invocado por los congresistas, es decir, analizando solo si la decisión de la Junta afectó el proceso deliberativo:

36. Ahora bien, el Tribunal considera que, en este caso, no corresponde declarar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en la aprobación de las exoneraciones a las que se recurrió en el procedimiento que llevó a la aprobación de la ley cuestionada, ya que no se advierte algún déficit deliberativo que sea manifiesto y grave en el proceso interno del Congreso que amerite la declaración de invalidez, lo cual se evidencia en el hecho que muchas de las actuaciones que aquí se impugnan fueron acordadas con altos índices de consenso. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en este punto. (Tribunal Constitucional, 2018, pp. 67782-67783)



En ese sentido, el Tribunal no se pronunció sobre si una norma que establece restricciones a derechos fundamentales puede ser exonerada del dictamen de comisiones. De haberlo hecho, podría haber establecido una garantía a su favor.

### **Ausencia de debate y aprobación por el Pleno del Congreso**

En la demanda del Poder Ejecutivo se planteó que el proyecto que dio lugar a la Ley debió ser debatido en el Pleno del Congreso y no en la Comisión Permanente, en atención a su contenido, relacionado con restricciones a derechos fundamentales como las libertades de expresión e información. El objetivo de este planteamiento era que el Tribunal estableciera como regla que las normas que limitan derechos fundamentales deben ser debatidas y aprobadas siempre por el Pleno del Congreso. Al pronunciarse sobre este tema, el Tribunal acudió a la norma constitucional que señala las competencias de la Comisión Permanente, en particular la disposición sobre las materias que no pueden ser de su conocimiento a nivel legislativo<sup>22</sup>. Luego de invocar tales normas, concluyó lo siguiente:

18. De esta manera, la aprobación de la Ley 30793 podía debatirse en el seno de la Comisión Permanente, en tanto la materia de la misma no se encuentra expresamente señalada por la Constitución como indelegable, ni se deriva de alguno de los supuestos en los que procedería la exclusión de la competencia de dicha comisión. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67781)

Nuevamente aquí se aprecia que el Tribunal no hace referencia a la importancia de la materia a tratar como un elemento a considerar para el análisis sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, pues se limita a verificar lo que dicta la Constitución respecto a los proyectos de ley sobre los cuales puede pronunciarse la Comisión Permanente.

Luego de dar esta breve respuesta al planteamiento del Poder Ejecutivo sobre la necesidad de que el proyecto fuera debatido por el Pleno del Congreso, el Tribunal procedió a analizar una materia que no fue planteada por los demandantes, relacionada con el tiempo de intervención de los congresistas (plazo del debate), tanto en la Comisión Permanente, respecto al proyecto de ley, como en el Pleno, respecto a las observaciones formuladas por el presidente de la República. Con relación a este punto, consideró que “al no existir un vicio en el debate que afecte la constitucionalidad de la ley impugnada, y por ende [sic] deben desestimarse las demandas en este aspecto” (fundamento jurídico 26). La parte final llama la atención, pues como se indicó, el tema del vicio en el debate no fue formulado en ninguna de las demandas<sup>23</sup>.

---

22 En la Constitución Política de 1993 se establece que la Comisión Permanente ejerce la delegación de facultades que el Congreso le otorgue, y se señala que no pueden serle delegadas “materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República” (art. 101, inciso 4).

23 En el fundamento jurídico 14 de la sentencia, al resumir los argumentos de las demandas por vicios de forma, el Tribunal señala que en estas se invocó que la ley “i) Debió ser debatida ampliamente en el Pleno del Congreso y no en la Comisión Permanente, en atención a la materia, en tanto implica una limitación a un derecho fundamental” (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67781). Aquí se evidenciaría el error del Tribunal, por cuanto la objeción no era que la norma debió ser debatida ampliamente en el Pleno, sino que debió ser debatida en este órgano y no en la Comisión Permanente. Esta referencia al “debate amplio” es lo que tal vez explica por qué el Tribunal procedió a analizar el tiempo de debate y de las intervenciones de los congresistas.

### **Observaciones del Poder Ejecutivo sobre la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la autógrafa de Ley aprobada por el Congreso**

En el procedimiento de elaboración de las leyes, también interviene el Poder Ejecutivo. Conforme al artículo 108 de la Constitución, la autógrafa de ley aprobada por el Congreso es remitida al presidente de la República, que puede decidir promulgar la ley o formular observaciones. También puede dejar pasar el plazo de 15 días sin tomar una decisión al respecto, caso en el cual la promulgación la realiza el presidente del Congreso o, de ser el caso, el de la Comisión Permanente.

Respecto a la autógrafa de la Ley, el presidente de la República formuló observaciones sobre su inconstitucionalidad e inconvencionalidad, en particular algunas relacionadas con la afectación de derechos fundamentales. En atención al contenido de tales observaciones, en la demanda ante el Tribunal se alegó que debieron ser remitidas a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, y no por la Comisión de Transportes y Comunicaciones, a la cual fueron derivadas las observaciones, por cuanto fue la comisión que originalmente debatió el proyecto de ley (aunque finalmente no emitió dictamen alguno, pues el proyecto fue exonerado del mismo por acuerdo de la Junta de Portavoces).

Este tema fue analizado por el Tribunal en un solo párrafo de la sentencia, sin hacer referencia al contenido de las observaciones del Poder Ejecutivo ni a la materia que regulaba la ley:

44. Del mismo modo, se advierte que las observaciones que, en su momento, planteó el Poder Ejecutivo fueron objeto de debate en el seno de la misma comisión [de Transportes y Comunicaciones], la cual decidió insistir en la aprobación de la ley, aspecto que se encuentra dentro de las prerrogativas con las que cuenta el Congreso de la República. Lo anterior también permite advertir que los eventuales argumentos en contra de la aprobación de la ley impugnada fueron conocidas [sic] por los congresistas, quienes, pese a las objeciones, decidieron insistir en su propuesta. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67783)

Llama la atención que el Tribunal haya abordado este tema en la sección de su fallo sobre “la determinación de las comisiones que deben dictaminar un proyecto de ley” (2018, p. 67783). Esto refleja que se abordó el tema del procedimiento de dictamen de los proyectos de ley sin distinguirlo del trámite de las observaciones presidenciales por razones de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, lo que permite entender el poco análisis que se dedicó a estas últimas, a las cuales aplicó su análisis sobre los dictámenes de los proyectos de ley.

En ese sentido, se perdió la oportunidad de que el Tribunal establezca que las observaciones del Poder Ejecutivo sobre la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las normas que limitan derechos fundamentales, como las libertades de expresión e información, deben ser conocidas por la comisión del Congreso especializada en materia constitucional y de derechos fundamentales, la Comisión de Constitución y Reglamento, y no por cualquier otra comisión ordinaria. Se trata de una materia que, al igual que las anteriores, debería en todo caso precisarse en el Reglamento del Congreso de la República como una medida que garantiza los derechos fundamentales en el ámbito del procedimiento parlamentario de elaboración de las leyes.

## Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad por el Fondo

### Restricciones a la libertad de información

Las demandas interpuestas contra la Ley se sustentaban en que, al prohibir la contratación de publicidad estatal en medios de comunicación privados, se establecía una restricción a la libertad de información. La diferencia estuvo en que la demanda presentada por congresistas planteaba para la resolución de la controversia la aplicación del test de proporcionalidad, afirmando que no superaba el test o examen de necesidad<sup>24</sup>. En la demanda del Poder Ejecutivo, se invocó que la Ley era contraria a la libertad de información “al haberse establecido una restricción sin sustento o justificación de índole constitucional o convencional” (2018, p. 18), tomando como referencia principalmente el artículo 13, inciso 2, de la CADH, que establece los supuestos en los cuales se puede sustentar una restricción a dicho derecho<sup>25</sup>.

Sin embargo, el Tribunal no optó por acudir a la CADH para a partir de sus disposiciones realizar el análisis sobre si existía una restricción legal contraria al ejercicio del derecho a recibir información por parte de las entidades estatales. Su opción fue más bien aplicar el test de proporcionalidad, lo cual lo llevó, en primer lugar, a determinar el contenido del derecho restringido, para luego analizar la idoneidad y necesidad de la medida restrictiva. Al analizar la idoneidad, concluyó que el objetivo de la norma era reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad:

119. De lo expuesto por las partes, y de lo debatido y advertido en la audiencia pública, resulta claro para este Tribunal que el objeto que persigue la ley impugnada es reducir la arbitrariedad en el gasto público en publicidad. Y si bien la finalidad constitucional no ha sido especificada claramente por las partes, este Tribunal entiende que el principio constitucional que se pretende optimizar se encuentra comprendido dentro del ámbito del artículo 77 de la Constitución. Esto es, optimizar los criterios de ejecución eficiente para atender las necesidades sociales básicas del presupuesto de la república. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67787)

Al respecto, debe observarse que en los casos de restricciones a derechos fundamentales, corresponde al órgano emisor de la norma que los restringe argumentar cuáles son el objetivo de la restricción y su sustento constitucional. Como lo indica el Tribunal, ello no ocurrió, lo cual hubiera sido suficiente para declarar fundada la demanda y expulsar la norma del ordenamiento jurídico. Pero el Tribunal sustituyó al Congreso en esta labor e identificó que el fundamento constitucional de la Ley se encontraba en el artículo 77 de la Constitución vigente. A partir de ello procedió a evaluar la relación entre la medida restrictiva del derecho y su finalidad constitucional:

24 En la contestación de la demanda presentada por congresistas, el Congreso indicó que en el caso concreto no correspondía aplicar el test de proporcionalidad, dado que ninguno de los derechos invocados había sido afectado por la Ley en su contenido “constitucional y convencionalmente protegido” (Congreso de la República, 2018, p. 41).

25 Esta norma de la CADH señala lo siguiente: “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

120. Queda por determinar si es que existe una relación entre el medio y la finalidad perseguida. Es decir, se debe responder a la pregunta de si las medidas propuestas en la ley cuestionada realmente pueden cumplir con tal finalidad. Este Tribunal entiende que sí, pues con la prohibición absoluta de contratación por parte del Estado en medios de comunicación privados se ha reducido la posibilidad de arbitrariedad, discrecionalidad e ineficiencia en el gasto público en publicidad. Por lo tanto se verifica una relación de medio-fin en la medida normativa impugnada. (Tribunal Constitucional, 2018b, p. 67787)

Luego de verificar la idoneidad de la medida, el Tribunal continuó con los pasos del test de proporcionalidad para analizar la necesidad de la misma, es decir, si para alcanzar el objetivo constitucional identificado por el propio Tribunal era posible aplicar otra medida, que no implicase la prohibición establecida en la Ley. El Tribunal concluyó en sentido afirmativo:

131. De esta manera, el Tribunal nota que los inconvenientes que generan el uso desmedido del gasto público en publicidad, y que generan una legítima preocupación por parte de la entidad emplazada [el Congreso], pueden ser combatidos sin necesidad de acudir a la prohibición absoluta y la criminalización como respuesta general. En efecto, como se precisó, es posible enfrentar dicho flagelo con medidas de fiscalización y con la introducción de límites al financiamiento, lo cual demanda adoptar todas aquellas medidas necesarias que permitan reglamentar y precisar las formas en las que se hará uso de la potestad de controlar el gasto público. (Tribunal Constitucional, 2018b, p. 67788)

En este sentido, el Tribunal consideró que la prohibición prevista en la Ley no era necesaria para alcanzar su objetivo constitucional, por lo que concluyó su análisis sobre la base del test de proporcionalidad y declaró inconstitucionales sus artículos 1 y 3<sup>26</sup>.

### **Derecho a la igualdad**

En la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo se planteó que la Ley afectaba el derecho a la igualdad, respecto al derecho de recibir información, por cuanto ante la prohibición de contratación de publicidad estatal en medios de comunicación privados (art. 3), disponía que el Estado debía difundir información sobre sus actividades por medio de las redes sociales (art. 2), lo que implicaba que “quienes no puedan acceder a estos medios, por diversas razones, se encuentren en una situación diferente y de desventaja en comparación con aquellas personas que sí pueden acceder a tales medios de difusión de información” (Poder Ejecutivo, 2018, p. 20). Para sustentar esta afirmación se hizo referencia a información estadística sobre el acceso de la población a Internet.

El Tribunal no analizó este planteamiento. Los límites del alcance de las redes sociales fueron tomados en cuenta, así como los de los medios de comunicación del Estado, al momento de analizar si la Ley implicaba una intervención en el contenido del derecho a recibir información, como paso previo a la aplicación del test de proporcionalidad. Sin perjuicio de advertirse esta omisión, debe indicarse que el Tribunal reconoció que ambas vías presentaban

26 En su fundamento de voto, Sardón de Taboada señaló que “la ley es inconstitucional no tanto porque vulnere la libertad de información –un derecho de conceptualización elusiva–, sino porque compromete el cumplimiento eficaz de las responsabilidades que [el artículo 44 de] la Constitución le asigna al Estado” (Tribunal Constitucional, 2018).

alcance limitado para informar a la población sobre temas de interés público (fundamento jurídico 104).

### **Medios indirectos que limitan la circulación de información**

Sobre la base de las decisiones emitidas por la Corte IDH y la CIDH, en las demandas se planteó que la Ley vulneraba el siguiente artículo de la CADH:

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (1969, art. 3)

Se trataba de otra oportunidad para que a través del proceso de inconstitucionalidad el Tribunal realizara un control de convencionalidad de la prohibición de publicidad estatal en medios de comunicación privados, a partir del análisis de los fundamentos expuestos por los autores de la propuesta legislativa que dio lugar a la Ley. En este sentido, en la demanda del Poder Ejecutivo se indicó lo siguiente:

81. . . . la libertad de expresión se ve afectada cuando por medios o vías indirectos se impide la circulación de información, por lo que toda norma u otro tipo de medida relacionada con este derecho debe ser analizada desde esta perspectiva, a fin de identificar si genera dicho efecto.

82. Como se ha indicado, de los fundamentos del proyecto de ley y la defensa del mismo durante el debate parlamentario, se aprecia que el objetivo de la Ley es establecer una medida contraria a los medios de comunicación privados, por la manera en que informan sobre las actividades estatales, mediante la prohibición de destinar fondos públicos para que el Estado pueda contratar con ellos la difusión de publicidad estatal. Por ello, el artículo 3 de la Ley constituye una manera indirecta de restringir la libertad de expresión, prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Poder Ejecutivo, 2018, p. 21)

Con relación a dicho tema, el Tribunal desestimó la demanda, por cuanto consideró que si “no existe un derecho fundamental a obtener un financiamiento por parte del Estado, no se podría afirmar que la decisión de no otorgarlo suponga un mecanismo de censura” (fundamento jurídico 174).

Al respecto, debe observarse que el artículo 13, inciso 3, de la CADH no se relaciona con derechos de los medios de comunicación, sino con las libertades de expresión e información reconocidas en el artículo 13, inciso 1 del mismo documento. En este sentido, la premisa del Tribunal para resolver esta controversia –la no existencia de un derecho de los medios a financiamiento estatal– no fue la correcta. Parte de este error se evidencia en el hecho que el Tribunal no centra el marco de control convencional en el artículo 13, inciso 3, sino en la libertad de expresión en general, a pesar de tratarse de un derecho que tiene garantías específicas con un contenido propio, que han sido desarrolladas ampliamente por los órganos del sistema interamericano, a los cuales tampoco hace referencia<sup>27</sup>.

27 El Tribunal cita el texto completo del artículo 13 de la CADH (fundamento jurídico 170), sin detenerse de

En el caso concreto, correspondía al Tribunal analizar la convencionalidad de la Ley, a efectos de evaluar si podía ser considerada como un mecanismo indirecto para la circulación de información, que es a lo que se refiere el artículo 13, inciso 3, de la CADH. A pesar de esta omisión concluyó –de forma general y sin citar fuentes– que “no nota este Tribunal que, con ocasión de la ley, se haya adoptado medidas para silenciar [a los medios de comunicación]” (fundamento jurídico 174). Para el Tribunal,

175. . . . los riesgos de censura podrán hacerse presentes si es que no se adoptan los mecanismos de fiscalización y control por parte de los órganos responsables de vigilar la forma en que se ejecuta el gasto público. El Tribunal advierte que esta situación de latente inconstitucionalidad se presentará, tanto con una ley que impida la difusión de publicidad estatal en medios de comunicación privados como en aquella que la permita. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67790)

Si bien el Tribunal reconoce que una situación de latente inconstitucionalidad se puede presentar en el caso de una ley que prohíba la publicidad estatal en medios privados, que era lo que establecía la Ley, no aplica esta premisa al caso, por cuanto no advierte que la misma, analizada en abstracto, sea “generadora de una eventual censura a los medios de comunicación” (fundamento jurídico 176).

En conclusión, el Tribunal no realizó un control de convencionalidad sobre la compatibilidad de la Ley con el artículo 13, inciso 3, de la CADH. Analizando el tema como si se hubiera invocado la defensa de un derecho de los medios de comunicación a recibir financiamiento estatal, desestimó este extremo de la demanda, a la vez que indicó que la Ley no generaba una censura hacia los medios de comunicación, sin tomar en cuenta la coyuntura política que dio origen a la norma, ampliamente expuesta por las partes y los propios medios de comunicación durante el desarrollo del proceso.

### **Libertad de contratación**

En la demanda del Poder Ejecutivo se alegó que la prohibición de contratar publicidad estatal en los medios de comunicación privados, conducta a su vez calificada por la misma Ley como un delito, vulneraba el artículo 2, inciso 14, de la Constitución vigente, que reconoce el derecho de toda persona a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Luego de exponer los alcances de su jurisprudencia sobre la libertad de contratar, el Tribunal acogió el planteamiento formulado en la demanda y señaló que “la ley impugnada prohíbe una acción necesaria e indispensable para el funcionamiento de un Estado constitucional, de manera que el objeto de los contratos celebrados con el Estado sobre publicidad estatal no puede ser considerado ilícito” (fundamento jurídico 192). Después de mencionar alcances legales sobre la “obligación de los medios de comunicación privados de informar a la población de asuntos de interés público sin que exista, necesariamente, un contrato de publicidad”

---

modo particular a analizar el alcance del inciso 3, que fue el invocado en la demanda. Asimismo, hace referencia a la Nota Técnica elaborada sobre la Ley por la CIDH (fundamento jurídico 173), pero indica que lo planteado por este órgano fue analizado en la sección previa sobre si la Ley establecía una restricción compatible con los derechos fundamentales. Finalmente, cita en el fundamento jurídico 177 uno de los principios de la CIDH en materia de publicidad estatal.

(fundamento jurídico 193) –tema ajeno a la controversia–, el Tribunal volvió al asunto de fondo para señalar lo siguiente:

contratar publicidad con el Estado no puede ser considerado ilícito, por cuanto tal acción es necesaria para tutelar otros derechos fundamentales, [por lo que] el artículo 3 de la ley impugnada constituye una limitación injustificada al derecho a la libertad de contratación. (fundamento jurídico 199)

A pesar de referirse a la medida establecida en la Ley como un límite a un derecho fundamental, no aplica el test de proporcionalidad, por lo que resuelve la controversia respecto a la libertad de contratar de una manera más directa.

### **Principio de legalidad en materia penal**

El artículo 3 de la Ley establecía que la conducta de los funcionarios de contratar publicidad estatal en medios privados de comunicación debía ser considerada delito de malversación. En la demanda del Poder Ejecutivo se señaló que esta norma vulneraba el principio de legalidad reconocido por la Constitución y la CADH, de acuerdo con el contenido amplio de dicho principio que se deriva de la jurisprudencia de la Corte IDH, en el sentido de que no puede sancionarse penalmente aquellas conductas que constituyen una manifestación de las obligaciones del Estado a favor del ejercicio de los derechos fundamentales<sup>28</sup>. En este sentido, en la demanda se indicó lo siguiente:

87. A través de su jurisprudencia, la Corte IDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre leyes que sancionaban penalmente determinadas conductas, que lejos de constituir actos contrarios a bienes jurídicos penales, son la manifestación de actos promovidos por el ordenamiento jurídico, razón por la cual no pueden ser tipificadas como delitos. . . .

89. Sobre la base de estas premisas jurisprudenciales, queda claro que el Estado no puede establecer como un delito una conducta que al mismo tiempo ordena o fomenta. En este sentido. . . la contratación de publicidad estatal en medios privados forma parte de las obligaciones del Estado para garantizar el derecho de las personas a recibir información. Por lo tanto, al ser una conducta por medio de la cual los funcionarios concretan las obligaciones relacionadas con este derecho, no puede la misma ser considerada como un delito, por lo que el artículo 3 de la Ley, en el extremo que califica como “delito de malversación” la conducta de los funcionarios de contratar publicidad estatal en medios privados, resulta contraria al principio de legalidad reconocido en la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Poder Ejecutivo, 2018, pp. 22-23)

---

28 En la demanda se citó la sentencia de la Corte IDH emitida en el caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, de fecha 21 de octubre de 2016. En dicho fallo, el tribunal supranacional se pronunció sobre un caso en que se sancionó penalmente a una persona por haber realizado actos propios de su profesión médica. El Estado peruano fue sancionado por haber vulnerado el principio de legalidad. En el fundamento 256 de la sentencia, la Corte IDH señaló lo siguiente: “La actividad médica terapéutica o curativa es fomentada y promovida por el derecho, e incluso en ciertas circunstancias ordenada, de modo que no puede estar prohibida, en función de la no contradicción del orden jurídico impuesta por la racionalidad de los actos de poder en todo Estado de derecho. Por ende, el orden jurídico no puede incurrir en la contradicción de prohibir una acción que al mismo tiempo ordena o fomenta [énfasis añadido]. De lo expuesto se desprende que jamás puede considerarse incurso en una asociación ilícita quien acuerda únicamente practicar actos de curación que, como tales, el propio derecho los deja fuera del ámbito de prohibición de cualquiera otra norma del orden jurídico”.

El objetivo de este planteamiento era que el Tribunal recogiera la jurisprudencia de la Corte IDH a fin de ampliar el contenido del principio de legalidad. Lo hizo parcialmente, aunque sin mencionarla.

En su sentencia, el Tribunal señaló lo siguiente:

213. ... La penalización de conductas que puedan relacionarse con el reconocimiento o el ejercicio de derechos o bienes que se desprenden de la Constitución no implica, per se, una vulneración del principio de legalidad, sino de aquel derecho o bien que la sanción impide que se realice. (2018, p. 67792)

Para concluir que en la presente controversia existió una vulneración al principio de legalidad, el Tribunal estimó que era necesario, además, examinar el contenido de lo prohibido por la Ley, el cual fue calificado como indeterminado. A partir del análisis conjunto de ambos aspectos, se pronunció por la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley:

217. El Tribunal advierte que la expresión “tareas de gestión”, que en definitiva permite identificar los alcances de la prohibición contenida en la ley, contiene un elevado nivel de indeterminación, que, agregado a la contradicción fundada en la sanción de una conducta jurídicamente permitida, supone una vulneración del principio de legalidad. (Tribunal Constitucional, 2018, p. 67792)

El Tribunal pudo llegar a determinar la violación del principio de legalidad sin necesidad de acudir al análisis sobre la indeterminación de la conducta prevista en la Ley y sancionada penalmente, siguiendo la tendencia de la Corte IDH, cuyos fallos sobre la materia, por lo demás, no los mencionan, a pesar de haber sido expuestos en la demanda. El siguiente fundamento de la sentencia hubiera sido suficiente para resolver la controversia de forma más directa:

218. Efectivamente, la prohibición de realizar tal actividad vulnera, entre otros, el derecho a la libertad de información de las personas. En tal sentido, este Tribunal considera que si no resulta válido ni constitucional prohibir la contratación de publicidad estatal en medios privados, con mayor razón resultará ilegítimo criminalizar dicha conducta. (Tribunal Constitucional, 2018, pp. 67792-67793)

En atención a lo expuesto, se aprecia la ausencia de un control de convencionalidad adecuado por parte del Tribunal.

### **Contenido de los Decretos de Urgencia**

En la Ley se establecía excepciones respecto a la prohibición de contratar publicidad estatal en medios de comunicación privados. En este sentido, disponía que “se exceptúan de la prohibición los casos de desastres o emergencias nacionales declaradas por decretos de urgencia” (2018, art. 4).

En la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo se alegó que esta norma resultaba inconstitucional “no solo por su relación, en la modalidad de excepción, con la prohibición prevista en el artículo 3 [de la Ley], sino también porque establece que los decretos de urgencia



puedan ser empleados con una finalidad diferente a la prevista en la Constitución de 1993” (Poder Ejecutivo, 2018, pp. 23-24). El planteamiento del Gobierno implicaba una defensa de su competencia constitucional para emitir decretos de urgencia únicamente en materia económica y financiera, y no para decretar desastres o emergencias nacionales.

El Tribunal Constitucional estimó los argumentos expuestos por el Poder Ejecutivo, al considerar lo siguiente:

236. . . . [l]os decretos de urgencia no pueden ser utilizados para la declaratoria del estado de emergencia o de desastre, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, pues conforme a la legislación que desarrolla el artículo 137 de la Constitución se infiere que las emergencias y desastres se declaran vía decreto supremo. (2018, p. 67793)

### **Acceso a la información pública**

El derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, y consiste en la facultad de toda persona para acceder a la información que se encuentre en las entidades estatales, salvo las excepciones previstas por ley. Sobre este derecho existe amplia jurisprudencia del Tribunal en cuanto a sus alcances y el Código Procesal Constitucional lo delimita de manera clara que comprende el derecho de toda persona a

Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material. (2004, art. 61, inciso 1)

En la demanda formulada por congresistas de la República se invocó que la Ley resultaba contraria al derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, su contenido no guardaba relación con este derecho. Así también lo entendió el Tribunal, que desestimó este planteamiento en los fundamentos jurídicos 144 a 153 de la sentencia. Según se deduce del fallo (fundamento jurídico 152), los congresistas habrían expuesto argumentos relacionados con la libertad de información invocando también el derecho de acceso a la información pública.

### **Derecho a la participación**

En la demanda presentada por congresistas de la República se invocó que la Ley vulneraba el derecho a la participación política. Luego de citar normas constitucionales y legales sobre este derecho, el Tribunal desestimó los alegatos sobre este tema:

164. . . . [a]unque en muchas oportunidades el derecho a la información y a la participación política se activan y complementan conjuntamente, . . . no se ha presentado algún acto o conducta en particular que incida de manera directa y manifiesta en el derecho a la participación política que no sean aquellos ya analizados en el caso del derecho a la información. (2018, p. 67789)

### Conclusiones

A partir de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional desde el año 2001, la revisión de sus fallos 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, pues solo de esa manera se podrá comprender los alcances de la norma impugnada y las diversas posiciones en torno a su inconstitucionalidad e inconventionalidad, 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 al resolverla.

En el caso de la Ley 30793, que prohibió la publicidad estatal en los medios de comunicación privados, su origen se relaciona con las críticas al Poder Ejecutivo por la forma en que se usaban los recursos públicos en materia de publicidad, y fue emitida en una situación de tensiones políticas con el Congreso de la República.

La norma fue aprobada sin haberse analizado su compatibilidad con el derecho de toda persona a recibir información por parte del Estado, es decir, sin haberse realizado un control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre su contenido. Por ello, las demandas interpuestas contra la Ley centraron sus argumentos de forma y fondo en la necesidad de analizarla a partir de las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos fundamentales.

En las demandas interpuestas por congresistas de la República y el Poder Ejecutivo, en los alegatos de defensa de la norma por parte del Congreso, así como en la audiencia pública, se hizo referencia a la necesidad de realizar, en cuanto al contenido de la Ley, un control de convencionalidad, invocándose para tal efecto la CADH, y diversos pronunciamientos de la Corte IDH y la CIDH. Esta última, incluso, participó mediante la *Nota Técnica en relación con la Ley 30.793 que regula el gasto de publicidad oficial en el Estado de la República del Perú*. A pesar de ello, el Tribunal no realizó un control de convencionalidad, y optó por otros métodos –como el test de proporcionalidad– para resolver la controversia. La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución no fue aplicada por el Tribunal.

En cuanto a la inconstitucionalidad por razones de forma, el Tribunal desestimó las demandas, con lo que dejó de lado la oportunidad para establecer reglas a observar en el procedimiento parlamentario respecto a la emisión de leyes que establezcan límites irrazonables o desproporcionados al ejercicio de los derechos fundamentales, en particular de las libertades de expresión e información, considerados como esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de un Estado Constitucional y Democrático.

## REFERENCIAS

- Código Procesal Constitucional*. (2004). Lima, Perú.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Nota Técnica en relación con la Ley 30.793 que regula el gasto de publicidad oficial en el Estado de la República del Perú*. r. *Constitución política del Perú*. (1993, 29 de diciembre). Lima, Perú.
- Convención americana sobre derechos humanos*. (1969). San José, Costa Rica.
- Congreso de la República. (2018). *Contestación de demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30793. Expediente 0012-2018-PI/TC*. Lima, Perú.
- Delgado-Guembes, C. (2012). *Manual del Parlamento: Introducción al estudio del Congreso peruano*. Lima, Perú: Congreso de la República.
- Ley 30793, Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano. (2018, 18 de junio). *El Peruano*. Lima, Perú.
- Poder Ejecutivo. (2018). *Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30793*. Lima, Perú.
- Proyecto de Ley 2133/2017-CR, Proyecto de Ley que Regula el Gasto de Publicidad del Estado Peruano*. (2017). Lima, Perú.
- Tribunal Constitucional. (2018a, 27 de junio). *Proceso de inconstitucionalidad. Expediente 0013-2018-PI/TC. Auto del Tribunal Constitucional. Caso de la Ley que Regula el Gasto de Publicidad Estatal*. Poder Ejecutivo y Congreso de la República.
- Tribunal Constitucional. (2018b, 24 de octubre). Proceso de inconstitucionalidad. Pleno Jurisdiccional. Expedientes 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC (Acumulados). Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2018. Caso de la Ley que Regula el Gasto de Publicidad Estatal. Poder Ejecutivo y Congresistas c. Congreso de la República. *El Peruano* (separata Procesos Constitucionales), 67775-67806.
- Tribunal Constitucional. (2018c, 19 de noviembre). Expediente 0006-2018-PI/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de noviembre de 2018. Caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete. Congresistas de la República. *El Peruano* (separata Procesos Constitucionales), 68279-68302.



**CUARTA SECCIÓN**  
**ENSAYOS Y COMENTARIOS**



## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE NACIONAL QUE DEJÓ SIN EFECTO EL “INDULTO HUMANITARIO” OTORGADO AL EXPRESIDENTE PERUANO ALBERTO FUJIMORI<sup>1</sup>

*David Lovatón Palacios<sup>2</sup>*

El expresidente del Perú, Alberto Fujimori, condenado a 25 años de pena privativa de libertad por graves violaciones de derechos humanos y delitos de corrupción, fue beneficiado el 24 de diciembre de 2017 con un “indulto humanitario” otorgado por el entonces Presidente peruano, Pedro Pablo Kuczynski, supuestamente por padecer enfermedades no terminales graves, en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable. Dos de los casos de violación de derechos humanos por los que el exmandatario fue condenado son Barrios Altos y La Cantuta, que cuentan con sentencias de fondo de parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Por ello, en clave de supervisión del cumplimiento de tales sentencias, las víctimas y los familiares de ambos casos acudieron a la Corte para que se pronuncie respecto de si dicho indulto resultaba compatible –o no– con las obligaciones internacionales del Estado peruano.

En ese marco, la Corte IDH emitió la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencias en ambos casos, con fecha 30 de mayo de 2018, y dispuso que el control de convencionalidad sobre el indulto humanitario a favor del expresidente sea ejercido por los jueces y tribunales nacionales. Consideró que había antecedentes judiciales de control de constitucionalidad y de convencionalidad a nivel nacional para ello. De esta manera, el 3 de octubre de 2018 el juzgado supremo de investigación preparatoria de la Corte Suprema del Perú decidió aplicar control de convencionalidad sobre este indulto humanitario: lo dejó sin efecto jurídico alguno y ordenó que Fujimori vuelva a prisión. Esta decisión fue confirmada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 13 de febrero de 2019.

Este control de convencionalidad en sede nacional sobre el indulto humanitario otorgado al expresidente Fujimori presenta diversas aristas de gran interés académico y, por ello, es motivo de análisis en el presente artículo. El foco estará en el control de convencionalidad y la aplicación del examen de proporcionalidad en sede nacional, no en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para el otorgamiento del indulto humanitario, también dispuestos por la Corte IDH.

- 
- 1 Una versión anterior del presente artículo fue enviada al Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca (Chile), para su publicación como ponencia en las V Jornadas Interamericanas sobre Derechos Fundamentales, que tuvo lugar del 16 al 18 de octubre de 2018 en Santiago de Chile, en la obra colectiva *Los Derechos Sociales, Grupos Vulnerables y Procesos Políticos Latinoamericanos*, de próxima publicación. La presente es una versión actualizada.
  - 2 Director del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP. El autor del presente artículo forma parte del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF), de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). En ese sentido, el autor agradece los comentarios formulados por los integrantes de dicho grupo.

La noche de Navidad del 24 de diciembre de 2017, el entonces presidente de la República del Perú, Pedro Pablo Kuczynski, en uso de las prerrogativas que la Constitución Política le reconoce<sup>3</sup>, concedió el indulto humanitario y derecho de gracia al expresidente Alberto Fujimori por, supuestamente, padecer de “enfermedades no terminales graves, que se encuentren en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, cndo. 11). Así, en virtud de la Resolución Suprema 281-2017-JUS, publicada en una edición extraordinaria del diario oficial *El Peruano* esa misma noche, Fujimori salió de la cárcel luego de casi 12 años de venir cumpliendo una condena de 25 años.

Dos de los casos por los que fue condenado judicialmente fueron Barrios Altos y La Cantuta, los cuales cuentan con sentencias de fondo por parte de la Corte IDH. Por ello, en el marco de la supervisión del cumplimiento de tales sentencias, las víctimas y los familiares de las víctimas de ambos casos acudieron a dicha corte para que se pronuncie respecto de si dicho indulto humanitario resultaba compatible –o no– con las obligaciones internacionales del Estado peruano, en especial, la de sancionar a los responsables de tales crímenes.

No es la primera vez que las víctimas de estos casos acuden a la Corte IDH con este propósito. En 2012 lograron una resolución de supervisión de cumplimiento en el caso Barrios Altos, que dispuso que el Estado peruano dejara sin efecto una sentencia emitida por una Sala Penal de la Corte Suprema, porque resultaba incompatible con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado del Perú. Poco tiempo después, la Corte Suprema dejó sin efecto una sentencia que, entre otros aspectos, otorgaba indebidos beneficios penitenciarios a algunos de los perpetradores del Grupo Colina, grupo signado como responsable de dicho caso.

El 2 de febrero de 2018 tuvo lugar en San José de Costa Rica la audiencia pública de supervisión de cumplimiento de sentencia en los casos Barrios Altos y La Cantuta, en la que la defensa del Estado precisó que la dolencia médica que ponía en riesgo la vida de Fujimori era una afección cardíaca<sup>4</sup> que podía terminar de forma súbita con la vida del expresidente si no era atendida en un plazo máximo de 5 minutos<sup>5</sup>.

Por su parte, las víctimas, sus familiares y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), solicitaron que la Corte IDH disponga que el Estado peruano deje sin efecto tal indulto humanitario, porque a) había sido irregularmente concedido a la luz de la legislación nacional; b) no era un auténtico indulto humanitario, sino un indulto fruto de un arreglo político para salvar al presidente Pedro Pablo Kuczynski de la vacancia (destitución)

3 “Corresponde al Presidente de la República:... Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.” (“Constitución política del Perú”, 1993, art. 118.21)

4 “El Estado afirmó en reiteradas ocasiones que la ‘principal’ enfermedad es la ‘fibrilación auricular paroxística’ la cual está ‘asociada a un cuadro de hipertensión arterial’, lo cual le produce ‘insuficiencia mitral’ y ‘complicaciones’” (Corte IDH, 2018, p. 145).

5 “En la presentación que los representantes aportaron para la audiencia pública, afirmaron que la distancia entre el Establecimiento Penitenciario Barbadillo y la Clínica Centenario es de 20.7 kilómetros, con una duración de ‘53 minutos sin tráfico’, mientras que la distancia entre la ‘[r]esidencia actual’ del expresidente Fujimori y la referida Clínica Centenario es de 20.5 kilómetros, con una duración de ‘52 minutos sin tráfico’. El Estado no controvertió dicha afirmación ni tampoco señaló si ello obedece a que Alberto Fujimori en adelante dejará de ser atendido en la Clínica Centenario Japonesa Americana y será atendido en otro centro médico” (Corte IDH, 2018, p. 149)



parlamentaria; c) resultaba incompatible con sus obligaciones internacionales y violatorio de los derechos fundamentales de las víctimas; y, en todo caso –argumentaron–, iv) que la vida e integridad de Fujimori bien podía cautelarse con otras medidas menos lesivas a sus derechos.

Posteriormente, la Corte IDH publicó la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en los casos Barrios Altos y La Cantuta, el 30 de mayo de 2018. En la misma, dispone que el control de convencionalidad sobre el indulto humanitario a favor del expresidente sea ejercido por los jueces y tribunales nacionales, debido a que consideró que había las condiciones internas para ello: los antecedentes judiciales de control de constitucionalidad y de convencionalidad que documentó la propia defensa del Estado, y que no fueron controvertidos por la defensa de las víctimas. Sin embargo, la Corte se reservó la facultad de revisar y pronunciarse *ex post* en torno a lo que resuelva la jurisdicción nacional<sup>6</sup>

La Corte IDH dirigió así dos claros mensajes a la jurisdicción nacional peruana respecto al control de convencionalidad sobre tal indulto humanitario. Por un lado, dispuso que dicho control se realice tomando en cuenta los criterios de interpretación y estándares de derechos humanos que dicha resolución de supervisión de cumplimiento desarrolló; entre otros, que se lleve a cabo un examen o test de proporcionalidad entre los derechos de las víctimas y los derechos de Fujimori. Por otro lado, también dispuso que la jurisdicción nacional verifique si realmente se cumplieron –o no– los requisitos legales para el otorgamiento de dicho indulto humanitario, ante diversos indicios de graves irregularidades que se habrían cometido durante su veloz tramitación.

De esta manera, el 20 de julio de 2018 las víctimas y sus familiares solicitaron por escrito al juez supremo de instrucción de la Corte Suprema de Justicia de la República que, en cumplimiento de la resolución de la Corte IDH del 30 de mayo de 2018, ejerciera control de convencionalidad sobre la *Resolución Suprema 281-2017-JUS*, que otorgó el indulto humanitario al expresidente Fujimori, planteando que debía ser dejado sin efecto<sup>7</sup>. Cabe mencionar que Fujimori fue procesado y condenado por la Corte Suprema dada su condición de expresidente de la República y, por ende, la ejecución de la pena que le fue impuesta corresponde ser supervisada por el juez supremo de instrucción, según las normas procesales penales vigentes al momento de su juzgamiento.

Así, el 3 de octubre de 2018 el juzgado supremo de investigación preparatoria a cargo del juez supremo provisional Hugo Núñez Julca hizo pública la *Resolución 10*, en virtud de la cual resolvió lo siguiente:

DECLARAR que carece de efectos jurídicos, para la ejecución de sentencia del presente caso, la Resolución Suprema 281-2007-JUS, de 24 de diciembre de 2017, que concede entre otros, indulto por razones humanitarias al sentenciado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori.” y, en consecuencia, “MANDÓ que se continúe con la ejecución de sentencia en los términos que fue impuesta, en todos sus extremos; en consecuencia, GÍRESE las órdenes de ubicación y captura contra el sentenciado... a fin de que sea reingresado al establecimiento

6 “De ser necesario, este Tribunal podrá realizar un pronunciamiento posterior sobre si lo actuado a nivel interno es acorde o no a lo ordenado en la Sentencia o constituye un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar en los dos referidos casos por no adecuarse a los estándares indicados e impedir indebidamente la ejecución de la sanción fijada por sentencia penal.” (Corte IDH, 2018, párr. 64)

7 El autor tuvo acceso a la referida solicitud escrita gracias a que le fue proporcionada por uno de los abogados de las víctimas.

penitenciario que designe la autoridad penitenciaria.” Es decir, anuló el supuesto “indulto humanitario” y ordenó que Fujimori vuelva a prisión; para ello, aplicó tanto control de constitucional como de convencionalidad, lo que explicaremos más adelante. (2018, p. 221)

Posteriormente, la Sala Pena Especial de la Corte Suprema, mediante Resolución N° 46 del 13 de febrero de 2019, confirmó lo siguiente:

La resolución número diez, de tres de octubre de dos mil dieciocho, emitida por el señor Juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria que, entre otros, resolvió declarar que carece de efectos jurídicos, para la ejecución de sentencia, la Resolución Suprema n°. 281-2017-JUS, de veinticuatro de diciembre de dos mil diecisiete, que concedió indulto por razones humanitarias al sentenciado don Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori.

Este control de convencionalidad sobre el indulto humanitario otorgado al expresidente Fujimori, que la Corte IDH reenvió a la jurisdicción nacional, presenta diversas aristas de interés académico, por lo cual es motivo de análisis en el presente comentario. Dicho análisis se centrará en el control de convencionalidad y la aplicación del examen de proporcionalidad en sede nacional, no en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para el otorgamiento del indulto humanitario, dispuesta también por la misma Corte<sup>8</sup>.

Cabe destacar que en este caso la Corte IDH desarrolla en forma sistemática algunos estándares y criterios de interpretación en torno a la compatibilidad –o no– de un posible indulto humanitario con el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien no llega a ejercer control de convencionalidad de forma directa, sino que lo remite a la jurisdicción nacional, sienta estándares y criterios generales de interpretación que serán tomados en cuenta en futuros casos. Al respecto, Laurence Burgorgue-Larsen (2014) sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha privilegiado un enfoque evolutivo y *pro-homine*, entre otros factores, gracias a las normas de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH (1969)<sup>9</sup>.

El test o examen de proporcionalidad es uno de los criterios de interpretación que la Corte establece debe ser tomado en cuenta por la jurisdicción nacional en el presente caso, para decidir en torno a derechos fundamentales en tensión: por un lado, el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y, por el otro, los derechos a la vida e integridad de una persona condenada por graves violaciones de derechos humanos.

Al respecto, como sostiene Laura Clérico (2018), el examen de proporcionalidad es una forma de adjudicación de derechos fundamentales cuando –en un caso concreto– existen

8 “Adicionalmente, esta Corte identifica que existen serios cuestionamientos relativos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en el derecho peruano para otorgar dicho ‘indulto por razones humanitarias’. A continuación el Tribunal hace constar dichos cuestionamientos, los cuales corresponde que sean analizados por las autoridades jurisdiccionales nacionales competentes.” (Corte IDH, 2018, párr. 69)

9 “El célebre artículo 29, titulado ‘Normas de Interpretación’. Esta disposición última, que no tiene equivalente en el seno del TEDH, valoriza el principio *pro-homine*. Éste consiste en proveer una interpretación que pueda otorgar a los individuos una protección máxima, es decir, pronta a privilegiar la interpretación más favorable a los individuos. El artículo 29.b) es emblemático en este sentido. . . Si se añade a estos diferentes elementos de carácter técnico la filosofía iusnaturalista que impregna tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), como la Convención Americana (1969), todos los ingredientes están reunidos para que la Corte Interamericana privilegie un enfoque interpretativo teleológico y evolutivo.” (Burgorgue-Larsen, 2014, pp. 108-110).

normas principio enfrentadas o en tensión, las cuales, como normas abiertas, obligan a deliberar a los destinatarios y a encontrar una solución vía la proporcionalidad<sup>10</sup>.

Por otro lado, en el presente caso también resulta de interés analizar qué debe entenderse por la *jurisdicción nacional* que debe ejercer el control de convencionalidad en el ámbito interno: si solo la justicia constitucional, o también la justicia ordinaria, en concreto la justicia penal.

En ese sentido, en la primera parte se hará una breve referencia a las obligaciones internacionales del Estado peruano en cuanto al cumplimiento a las decisiones de la Corte IDH, a la herramienta del control de convencionalidad en sede nacional y su relación con el control de constitucionalidad, y al test o examen de proporcionalidad ya instalado como criterio de interpretación tanto en el derecho constitucional como interamericano. En la segunda parte se comentará la anulación del supuesto indulto humanitario otorgado al expresidente Fujimori, a la luz de las resoluciones que emitieron tanto la Corte IDH como la Corte Suprema del Perú en el presente caso.

### **Obligaciones Internacionales del Estado Peruano, Control de Convencionalidad, Control de Constitucionalidad y Examen de Proporcionalidad**

Recordemos que el Perú, como Estado parte de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH, 1969), tiene la obligación jurídica internacional de cumplir las sentencias y resoluciones de la Corte IDH. Los Estados parte de la CADH están obligados “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio”, de acuerdo con el artículo 1.1 de dicha convención. La obligación jurídica de garantía de los derechos consagrados en la CADH se puede manifestar concretamente como el deber jurídico de los Estados de aprobar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos” (1969, art. 2). Tal como señalan Andreu et al. “la jurisprudencia de la Corte IDH, este deber jurídico convencional tiene, además, dos expresiones: por un lado, el deber de suprimir toda norma o medida de cualquier naturaleza y, por otro lado, el deber de expedir normas o implementar medidas” (2018, p. 22)<sup>11</sup>.

---

10 “En las constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos la mayor parte de los derechos tienen contenidos que se aplican en parte como regla y en parte como principio. Ambos contenidos son perfectamente exigibles. Sólo difieren en su forma de adjudicación. Si se trata de evaluar una violación que cae en el contenido del derecho como regla, entonces se aplica la subsunción . . . Por el contrario, si se trata de evaluar una violación que cae en el contenido del derecho como principio, entonces se aplica, por ejemplo, el examen de proporcionalidad . . . Los principios pueden ser definidos como normas abiertas. . . los principios son mandatos de deliberación práctica, en tanto normas abiertas que invitan obligadamente a deliberar a las y los destinatarios . . . En un supuesto de colisión de ambos derechos, hay que deliberar para determinar los contornos de la norma que regulará la solución para la colisión.” (Clérico, 2018, pp. 16-18)

11 “Los Estados tienen la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo que implica, según las circunstancias de la situación concreta, la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.” (Corte IDH, 2013, párr. 60)

Por su parte, tanto sentencias como resoluciones emitidas por la Corte IDH tienen fuerza de “cosa juzgada internacional” (2013, párr. 68)<sup>12</sup>. Este intenso efecto jurídico vinculante se desprende claramente de la CADH: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable” (1969 art. 67). Ante ello, los Estados están obligados a cumplir tales sentencias y resoluciones: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (CADH, 1969, art. 68.1).

Ahora bien, también debe tomarse en cuenta lo siguiente:

Los casos *Barrios Altos vs. Perú* y *La Cantuta vs. Perú* encajan evidentemente en el supuesto de cosa juzgada internacional y, por ende, el Estado del Perú está obligado jurídicamente a cumplir ambos fallos ‘de manera pronta, íntegra y efectiva’, de conformidad con la interpretación del contenido y efectos que de los mismos haga la Corte [IDH] en el procedimiento de supervisión de cumplimiento” (Andreu et al., 2018, p. 24).

En el “caso *Barrios Altos*, cuyas sentencias de fondo y de interpretación datan del año 2001, a la fecha se han emitido (...) [ocho] resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia (-en los años 2002, 2003[b], 2004, 2005, 2008, 2009[b], 2012 [y 2018]), lo cual refleja no solo la importancia que este caso tiene para la Corte IDH, sino lo emblemático que es para todo el continente americano” (Andreu et al., 2018, p. 25).

Por su parte, “en el caso *La Cantuta vs. Perú*”, la sentencia de fondo del 2006 y la sentencia interpretativa del 2007 fueron objeto de una resolución de supervisión de cumplimiento en el año 2009” (Andreu et al., 2018, p. 25) y de otra en el año 2018. Tal como afirman Andreu et al., en la sentencia de fondo se resaltaron las acciones del Estado peruano para lograr la extradición de Fujimori:

La sentencia de fondo valoró como un avance los esfuerzos que –en su momento– desplegó el Estado peruano para lograr la extradición del ex Presidente Alberto Fujimori desde Chile y, a su vez, el Estado se comprometió a recibir y acatar lo que la Corte IDH determine respecto a la investigación, identificación y sanción no solo de los responsables materiales, sino también de aquellos culpables de emitir órdenes de cometer delitos internacionales como el perpetrado en *La Cantuta*, referencia evidente al ex Presidente Alberto Fujimori y otros. (Andreu et al., 2018, p. 25)

Adicionalmente, cabe considerar lo siguiente:

El Perú cuenta con una ley que regula el cumplimiento de las sentencias o decisiones de Tribunales internacionales. Así es, la vigente Ley N° 27775 del año 2002– parcialmente modificada por el Decreto Legislativo N° 1068–, regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por

12 “Cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces... también están sometidos al tratado a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.” (Corte IDH, 2013, párr. 68)

tribunales supranacionales y en su artículo 1 establece claramente: “Declarase de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política. (Andreu et al., 2018, pp. 28-29).

Así, el “Estado del Perú ha declarado ‘*de interés nacional*’ (de máximo interés) el cumplimiento e implementación de las sentencias que emitan –entre otros tribunales internacionales– la Corte IDH” (Andreu et al., 2018, p. 29).

En cuanto al control de convencionalidad, la Corte lo aplicó desde su primera sentencia, en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, aunque sin denominarlo aun así. Recién a partir de la sentencia en el caso Almonacid Arellano contra Chile, en el año 2006, le dio ese nombre<sup>13</sup>, comenzó a desarrollarlo jurisprudencialmente y, entre otros rasgos, dispuso su aplicación obligatoria por parte de jueces y tribunales nacionales –dentro de los límites permitidos por su competencia (2006b, párr. 124)<sup>14</sup> – y confirió efecto erga omnes a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sobre el particular, Laurence Burgorgue-Larsen (2014) sostiene que el establecimiento del control de convencionalidad está ligado al principio *pro-homine* que caracteriza al sistema interamericano, y a la necesidad de que los jueces y tribunales nacionales tomen en cuenta la jurisprudencia interamericana:

El establecimiento del control de convencionalidad... está enteramente ligado a la originalidad del sistema interamericano. Aquél se basa en la necesidad de interpretar los derechos en relación con el principio *pro-homine*; dicho de otro modo, su objetivo es garantizar la debida consideración de las sentencias de la Corte por parte de los jueces nacionales. (p. 132)

En el contexto peruano,

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) como de la Corte Suprema en materia penal desde hace varios años vienen aplicando el control de convencionalidad sobre normas que finalmente son declaradas inconstitucionales, pues se considera a los tratados de derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte interamericana como parte del bloque de constitucionalidad, parámetro a partir del cual el TC determina la constitucionalidad o no de las normas. El Tribunal Constitucional peruano mantiene así, una línea jurisprudencial que considera que todos los poderes públicos están obligados a observar el derecho internacional de los derechos humanos. (Lovatón, 2016, p. 100)

Es así que el TC ha afirmado lo siguiente:

Por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de

13 Aunque el juez de la Corte Sergio García Ramírez usó por primera vez la expresión *control de convencionalidad* en un voto concurrente razonado en el caso Myrna Mack contra Guatemala, del año 2003 (Corte IDH, 2003a, párr. 27).

14 Precisión muy importante que la Corte IDH hizo en el caso Trabajadores del Congreso contra el Perú: “Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (2006c, párr. 128).

los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte. (2006a, párr. 14)

En ese sentido, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad son herramientas complementarias, en un contexto de creciente y recíproca influencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional. Por ello, la Corte IDH (2013) ha sido muy clara al rechazar los intentos de oponer ambos controles, a los que considera ciertamente complementarios entre sí.

Al respecto, en “el Perú ya existen precedentes judiciales de control de constitucionalidad y control de convencionalidad, tanto sobre leyes de amnistía que apruebe el Parlamento nacional, sobre [el] derecho de gracia que otorgue el Presidente de la República” (Lovatón, 2016, p.27). La Ley 26479, se promulgó en 1995 y otorgó

amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde Mayo de 1980. (“Ley 26479”, 1995, art. 1)

Sin embargo, esta ley de amnistía fue “inaplicada” en el proceso judicial que en ese entonces venía tramitando la jueza Antonia Saquicuray en el caso Barrios Altos, quien consideró que

Atendiendo a la aplicación de la Ley ventiséis mil cuatrocientos setenta y nueve... es necesario advertir que esta resulta incompatible con las normas constitucionales y Tratados Internacionales ya citados, toda vez que conforme al artículo primero punto uno de la Convención Americana se establece que los Estados partes –entre ellos el Perú–, tienen la obligación de investigar las violaciones de los Derechos Humanos y de castigar a los responsables; principios y normas de las cuales el Estado Peruano no se encuentra aislado y que contravienen. . . el artículo ciento treinta y nueve de nuestra Carta Política, que consagra como garantía de la Función Jurisdiccional la observancia del debido proceso y la Tutela Jurisdiccional. . . en consecuencia el dispositivo legal In Comendo al suprimir la protección jurídica de estos derechos fundamentales viola las normas Constitucionales ya glosadas. (Landa, 2016, p. 76)

Sin duda, aunque innominado aún, este control de convencionalidad fue pionero en América Latina y constituye un mérito histórico del Poder Judicial peruano, más allá [de] que en su momento esta valiente decisión fuese revocada por un tribunal superior, (...) entre otras razones, porque el Parlamento nacional de entonces aprobó una segunda ley de amnistía (Ley N° 26492), con la que conminó a jueces y tribunales a aplicar obligatoriamente la ley de amnistía” (Lovatón, 2016, pp. 27-28).

Por su parte, la jurisprudencia del TC peruano ha establecido que en un Estado constitucional de derecho no hay zonas exentas de control constitucional y que, por ende, toda norma, acto o decisión pública o privada es pasible de control de constitucionalidad, incluyendo la potestad del presidente de la República de conceder indultos, derecho de gracia o conmutación de penas. Sobre el particular, cabe destacar la STC 4053-2007-PHC/TC, del

18 de diciembre de 2007, que resuelve un recurso de hábeas corpus interpuesto por el señor Alfredo Jalilie contra una decisión judicial que había inaplicado –por inconstitucional– la gracia presidencial que había recibido dicha persona.

En dicho caso, el TC ratificó que en un Estado de derecho no hay zonas exentas de control constitucional, y que pretender que esta prerrogativa presidencial de derecho de gracia o indulto no sea pasible de control judicial equivaldría a afirmar que “la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica” (2007, fundamento 14)<sup>15</sup>.

Por su parte, el examen o test de proporcionalidad como método de interpretación<sup>16</sup> cuenta ya con bastante aceptación en el constitucionalismo latinoamericano<sup>17</sup> y, paulatinamente, también en la jurisprudencia de la Corte IDH en dos ámbitos: a) en la determinación de si se violó –o no– un derecho fundamental que –en un caso concreto– entra en tensión con otros derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión respecto a otros derechos como la intimidad o la honra, y b) en el ámbito del cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte, cuando el Estado aduce tensión con otros derechos fundamentales en el proceso de su implementación.

En el segundo ámbito, la Corte IDH puede realizar un examen de proporcionalidad en las audiencias y resoluciones de supervisión de cumplimiento de sus sentencias, o disponer que los jueces y tribunales nacionales lleven a cabo dicho examen, tal como precisamente ha ocurrido en los casos Barrios Altos y La Cantuta contra el Perú, en torno al indulto concedido al expresidente Fujimori:

Esta Corte se ha referido a la importancia del principio de proporcionalidad, tanto en la fijación de la pena como en su ejecución. Ha sostenido que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”. Asimismo, ha indicado que, “[e]n atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución

15 “Afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular el poder. Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares. . . En este orden de ideas. . . no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales, máxime si, como se advierte de la resolución cuestionada, son también razones de orden constitucional las que motivaron la decisión de no aplicarla.” (TC, 2007, párrs. 14-15)

16 “El principio de proporcionalidad, mismo que en las últimas décadas ha recibido gran reconocimiento dentro de la teoría y práctica de la jurisprudencia constitucional, está conformado por tres sub-principios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres principios expresan en su conjunto la idea de optimización. . . Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas.” (Alexy, 2011, p. 13)

17 Aunque autores como Laura Clérico (2018) postulan la pertinencia de seguir desarrollando el examen de proporcionalidad prestando más atención a las prácticas constitucionales y de derechos humanos: “sostener la racionalidad del examen de proporcionalidad como una ‘doctrina constitucional’. . . requiere, sin embargo, seguir siendo desarrollada –prestando más atención a lo que ocurre en las prácticas constitucionales y de derechos humanos en concreto–” (p. 23).



no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado”. Adicionalmente, ha sostenido que “[e]l otorgamiento indebido de [...] beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos”. (Corte IDH, 2018, párr. 54)

Asimismo, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, del 7 de septiembre de 2012, la Corte IDH también recurrió al examen de proporcionalidad como una herramienta de interpretación necesaria para ejercer control de convencionalidad sobre una norma o decisión nacional referida, por ejemplo, a la proporción entre la pena impuesta y la gravedad de los delitos:

Aun cuando la Corte no puede, ni pretende, sustituir a las autoridades nacionales en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos pues existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos. . . . En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. (Corte IDH, 2018, párrs. 54-55)

A continuación, se comentará el examen de proporcionalidad que la Corte IDH dispone que la jurisdicción nacional lleve a cabo, en clave de control de convencionalidad sobre el indulto concedido al expresidente Fujimori. En este caso, el examen de proporcionalidad se centró en la tensión, por un lado, entre el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares y, por otro, los derechos a la vida e integridad de Fujimori.

### **Control de Convencionalidad y Examen de Proporcionalidad sobre el Indulto Humanitario Otorgado al Expresidente Peruano Alberto Fujimori**

Como se adelantó en la sección inicial de este texto, el 30 de mayo de 2018 la Corte IDH emitió una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en los casos *Barrios Altos vs. Perú* y *La Cantuta vs. Perú*, a propósito del indulto humanitario concedido al expresidente Alberto Fujimori el 24 de diciembre de 2017 por el entonces presidente de la República del Perú, Pedro Pablo Kuczynski.

En dicha resolución, la Corte sostiene que en este caso le corresponde a la jurisdicción nacional realizar un examen de proporcionalidad para determinar la convencionalidad –o no– del indulto humanitario concedido a Fujimori. Dicho examen de proporcionalidad debe realizarse –según la Corte IDH– entre los derechos fundamentales de las víctimas y sus familiares, como el derecho de acceso a la justicia y, por otro lado, los derechos fundamentales de Fujimori a la vida e integridad:



La Corte. . . valorará la posibilidad de que en el Perú se realice el control jurisdiccional del indulto concedido “por razones humanitarias”, de manera que un órgano jurisdiccional pueda verificar la proporcionalidad entre una medida otorgada por el Ejecutivo para resguardar el derecho a la vida e integridad de una persona condenada penalmente por graves violaciones a los derechos humanos y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares. (2018, párr. 58)

Al respecto, cabe mencionar que el examen de proporcionalidad pertenece a un segundo momento en la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH, y que ello se debe al cambio de patrón respecto de graves violaciones de derechos humanos en América Latina, como bien lo describe Laura Clérico:

Buena parte de los casos llegados a la Corte IDH hablan de “un patrón tradicional de violación de los derechos”. . . se trata, en fin, de desaparición forzada de personas, de ejecuciones arbitrarias, de detenciones arbitrarias, de violación al debido proceso y derecho de defensa en contextos de dictaduras militares o de gobiernos democráticos que. . . permiten ese accionar. . . Estos casos, predominantes en las décadas de los ochenta y noventa, no han dejado de llegar a la Corte IDH, sino que en todo caso ha cambiado su modalidad y contexto. . . En estos casos, el modelo de aplicación dominante fue y debe ser el de la subsunción. . . Sin embargo, emerge en la práctica de la Corte IDH un patrón nuevo porque le llegan casos que hablan de conflictos entre derechos reconocidos en la misma Convención. Ambos aspiran al mayor desarrollo posible. . . Con esto pasamos entonces a la estructura y elementos del moderno examen de razonabilidad: el examen de proporcionalidad. (2018, pp. 158-160)

De esta manera, la Corte IDH remite a la jurisdicción nacional la realización del control de convencionalidad –que supone, entre otros criterios de interpretación, un examen de proporcionalidad– sobre una medida adoptada por el Estado peruano –como el indulto humanitario otorgado a Fujimori–, en el marco del cumplimiento de sentencias ya emitidas y de los estándares establecidos en dicha la resolución del 30 de mayo de 2018:

Esta Corte considera conveniente que los órganos jurisdiccionales peruanos competentes puedan pronunciarse al respecto, para efectuar un análisis que tome en cuenta los estándares expuestos en la presente Resolución. . . y los serios cuestionamientos relativos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en el derecho peruano. (2018, párr. 64)

Al derivar la Corte IDH a los jueces y tribunales nacionales para que ejerzan control de convencionalidad sobre el indulto concedido a Fujimori en el marco de la supervisión del cumplimiento de sus sentencias de fondo en los casos Barrios Altos y La Cantuta, un aspecto controvertido fue el cauce procesal nacional que las víctimas y sus familiares debían seguir para que se llevara a cabo dicho control. Al respecto, la Corte consideró “conveniente que los órganos jurisdiccionales peruanos competentes puedan pronunciarse al respecto.” (2018, párr. 64).

El 20 de julio de 2018, las víctimas de los casos Barrios Altos y La Cantuta, y sus familiares, optaron por presentar una solicitud de control de convencionalidad ante el Juzgado Supremo de Instrucción del Poder Judicial, en razón del expediente acumulado n°. AV 19-2001, debido a que la sentencia condenatoria por la que Fujimori cumplía pena privativa de la libertad se encontraba en la etapa procesal de ejecución de sentencia bajo la supervisión de dicho órgano

jurisdiccional. El 30 de julio de 2018, el juez supremo de Instrucción de la Primera Sala Penal Transitoria resolvió admitir la solicitud, pese a que no existía un procedimiento con tales características, en virtud del principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, consagrado en el artículo 139.8 de la Constitución peruana.

Sobre la vía judicial nacional competente para ejercer tal control de constitucionalidad y de convencionalidad, la Corte IDH sostuvo que “la misma podría ser objeto de tal control en la jurisdicción penal o la constitucional, respectivamente, según si el beneficiado se encontraba imputado en un proceso penal en trámite o cumpliendo una condena penal” (2018, párr. 59).

Al respecto, se debe tomar en cuenta que jurisdicción constitucional no es sinónimo que control constitucional. La primera se refiere tanto a los órganos jurisdiccionales especializados en materia constitucional (TC, y salas y juzgados constitucionales) como a los procesos constitucionales (hábeas corpus, amparo, etc.). En cambio, el segundo concepto se refiere a la potestad/deber que tienen todos los jueces en el Perú de verificar si una norma es –o no– compatible con la Constitución y, de ser el caso, privilegiar a esta última (“Constitución Política del Perú”, art. 138, párr. 2).

En ese sentido, si bien la resolución de la Corte IDH de fecha 30 de mayo de 2018 se refirió, en principio, a la jurisdicción constitucional como la llamada a ejercer control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre el indulto otorgado a Alberto Fujimori, de dicha resolución no se desprende que prohibiera o negara la posibilidad de que otro órgano jurisdiccional lo ejerza.

Al respecto, la Corte IDH mencionó que el Estado –durante la audiencia pública de supervisión– sostuvo que los recursos que “podrían” interponerse eran el amparo o el hábeas corpus, pero no llegó a hacer suya tal afirmación:

En lo que respecta al recurso o recursos que podrían interponerse para que la jurisdicción constitucional efectúe dicho control, el Estado sostuvo en la audiencia pública de supervisión que... dicho control puede efectuarse en sede constitucional a través de la interposición de los recursos de amparo y hábeas corpus. (2018, párr. 67)

Por el contrario, puso como el antecedente más reciente de control constitucional y convencional en sede nacional la resolución de fecha 9 de febrero de 2018 emitida por el Colegiado B de la Sala Penal Nacional, que precisamente ejerció control de constitucionalidad y convencionalidad sobre la Resolución Suprema 281-2017-JUS, en el extremo del derecho de gracia otorgado a Alberto Fujimori en el caso Pativilca, y resolvió que la misma era inaplicable a dicho caso y que, en consecuencia, Alberto Fujimori debía seguir siendo procesado.

Al respecto, en la referida resolución emitida por el Colegiado B de la Sala Penal nacional se sostuvo enfáticamente que resultaba evidente que los jueces penales ordinarios tenían la potestad/deber no solo de ejercer control de constitucionalidad, sino también control de convencionalidad:

Resulta evidente, que por mandato constitucional un órgano jurisdiccional ordinario, como el que conformamos, en claro respecto a las normas y principios constitucionales puede y debe efectuar un control de constitucionalidad de la norma o disposición emanada por otro poder público, cualquiera fuera su rango, así como un control de convencionalidad, esto es, verificar que sea acorde con los estándares internacionales y la normativa internacional, que forman parte del sistema jurídico al cual estamos obligados. (Sala Penal Nacional, 2017, pp. 70-71)

En consecuencia, considero que el control de convencionalidad que la Corte Suprema ejerció sobre el indulto concedido al expresidente Fujimori, como parte del bloque de constitucionalidad, es compatible con nuestro ordenamiento constitucional, en concreto, con la potestad de control difuso reconocida a todos los jueces y tribunales nacionales en el artículo 138 de la Constitución peruana. Sin perjuicio de ello, también habría resultado legítimo que las víctimas hubiesen preferido iniciar un proceso constitucional que, eventualmente, podría haber culminado en el TC.

Volviendo al control de convencionalidad que la Corte IDH (2018) remitió al ámbito judicial interno, entre otros criterios de interpretación, esta dispuso que los tribunales nacionales realizaran un examen de proporcionalidad entre el derecho fundamental de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares, y los derechos fundamentales a la vida e integridad de Fujimori<sup>18</sup>. Para tal efecto, la Corte dispuso tomar en cuenta algunos estándares internacionales y criterios de interpretación al momento de ponderar tales derechos, con el propósito de determinar si resultaba compatible con la CADH una afectación tan intensa al derecho de las víctimas como un indulto humanitario que supone el perdón de la pena.

En primer lugar, la Corte IDH consideró que el control de convencionalidad ejercido en sede nacional debía tomar en cuenta que en anteriores resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia en ambos casos, este máximo tribunal había valorado positivamente, como un avance en el cumplimiento de sus sentencias, la condena de 25 años de cárcel contra Fujimori por graves violaciones de derechos humanos<sup>19</sup>.

En segundo lugar, la Corte recordó al Perú –en respuesta al argumento de que el Estado ya había cumplido con su obligación internacional de investigar y condenar a uno de los autores mediatos en los casos Barrios Altos y La Cantuta– que la efectiva ejecución de la pena impuesta también conforma tal obligación internacional y que, por ende, el indebido otorgamiento de beneficios podía derivar en alguna forma de impunidad<sup>20</sup>.

En tercer lugar, la Corte IDH –luego de revisar antecedentes en el sistema europeo de

---

18 “La Corte. . . valorará la posibilidad de que en el Perú se realice el control jurisdiccional del indulto concedido ‘por razones humanitarias’, de manera que un órgano jurisdiccional pueda verificar la proporcionalidad entre una medida otorgada por el Ejecutivo para resguardar el derecho a la vida e integridad de una persona condenada penalmente por graves violaciones a los derechos humanos y el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares. Además de realizar la referida ponderación (*supra* considerandos 52-57), un control jurisdiccional de dicho indulto deberá permitir la comprobación rigurosa, estricta y objetiva de la concurrencia de los aspectos fácticos y requisitos jurídicos exigidos por la normativa peruana respecto a las “razones humanitarias” del indulto”. (Corte IDH, 2018, párr. 58).

19 En lo relativo a la responsabilidad penal de Alberto Fujimori, en las resoluciones de supervisión de cumplimiento de 2009 y 2012 emitidas, respectivamente, en el caso La Cantuta y en el caso Barrios Altos, el Tribunal valoró la decisión de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú de abril de 2009, mediante la cual se condenó a Alberto Fujimori a una pena de 25 años de prisión por su participación como autor mediato, cuando era presidente de la República, en delitos cometidos en perjuicio de las víctimas de los casos Barrios Altos y La Cantuta, delitos que calificó como “crímenes contra [l]a humanidad según el Derecho Internacional Penal” (Corte IDH, 2018, párr. 9).

20 Frente a dichos argumentos estatales, si bien este Tribunal reconoce los avances que se han dado en el cumplimiento de dicha obligación en los casos Barrios Altos y La Cantuta a través de las referidas determinaciones de responsabilidad penal (*supra* Considerando 9), encuentra necesario recordar que la ejecución de la pena también forma parte de dicha obligación y que durante la misma no se deben otorgar beneficios de forma indebida que puedan conducir a una forma de impunidad (*infra* Considerandos 31 y 47). Asimismo, la ejecución de las sentencias es parte integrante del derecho al acceso a la justicia de las víctimas. (Corte IDH, 2018, párr. 30).

derechos humanos, en el sistema universal de derechos humanos y la legislación comparada de los países de América Latina—, concluyó que existe una tendencia creciente en el Derecho internacional de los derechos humanos y en el Derecho penal internacional a limitar el perdón o extinción de las penas impuestas cuando tal decisión sea discrecional y provenga del Poder Ejecutivo o Legislativo<sup>21</sup>.

Sobre este mismo punto, la Corte precisó que si bien no contaba con pronunciamientos en torno a la figura jurídica del indulto o del indulto humanitario en casos de graves violaciones de derechos humanos, sí ha señalado —en forma general— que los Estados tienen la obligación internacional de abstenerse de adoptar medidas dirigidas a suprimir los efectos de una sentencia condenatoria o a otorgar indebidamente beneficios en la ejecución de la pena<sup>22</sup>.

En cuarto lugar, la Corte ha ratificado su sostenida jurisprudencia en torno a que los Estados se encuentran en una posición de especial garante de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, sin discriminación alguna<sup>23</sup>.

En quinto lugar, en el marco de la obligación internacional señalada en el párrafo anterior, la Corte sostiene que para cautelar los derechos fundamentales a la vida e integridad de las personas privadas de libertad, el Estado debe “valorar proporcionalmente” qué medida administrativa o figura jurídica permite proteger tales derechos y que, a la vez, “no signifique únicamente dejar de asegurar la ejecución de la pena<sup>24</sup>”.

En sexto lugar y en contrapeso al criterio anterior, la Corte también reitera que tales medidas dirigidas a cautelar la vida e integridad, deben ser las que menos restrinjan el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares y, en ese sentido, dicha medida no necesariamente tiene que ser la puesta en libertad del condenado ni la extinción de la pena sino una que permita una atención médica efectiva<sup>25</sup>.

- 
- 21 Por tanto, existe una tendencia creciente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional respecto a limitar que las condenas impuestas por tribunales penales por graves violaciones a los derechos humanos sean perdonadas o extinguidas por decisiones discrecionales de los Poderes Ejecutivo o Legislativo. (Corte IDH, 2018, párr. 45).
- 22 Aun cuando la Corte Interamericana no ha examinado ningún caso en que la alegada violación consista en la aplicación de la referida figura jurídica peruana o alguna otra figura jurídica que permita que el Poder Ejecutivo extinga la pena impuesta en casos de graves violaciones a derechos humanos, sí se ha referido de forma general al deber estatal de abstenerse de recurrir a figuras “que pretendan. . . suprimir los efectos de la sentencia condenatoria” y de efectuar un “otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena”. (Corte IDH, 2018, párr. 38).
- 23 Este Tribunal ha indicado en su jurisprudencia que “el Estado se encuentra en una posición especial de garante” respecto de las personas privadas de libertad, por lo que tiene el “deber. . . de salvaguardar la salud y el bienestar [de aquellas...] y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la misma”. . . El Tribunal ha sido claro en que tales derechos deben ser protegidos a “toda persona privada de libertad”, sin discriminación (Corte IDH, 2018, párr. 49).
- 24 Por tanto, dependiendo de factores como situación de salud, riesgo a la vida, condiciones de detención y facilidades para ser atendido adecuadamente (ya sea en el centro penal o mediante traslado a un centro médico), corresponde al Estado valorar proporcionalmente cuál es la medida de carácter administrativo o figura jurídica que permita proteger la vida y la integridad del condenado, siempre que la misma se otorgue debidamente y siguiendo un fin legítimo que no signifique únicamente dejar de asegurar la ejecución de la pena. (Corte IDH, 2018, párr. 52).
- 25 En casos de graves violaciones de derechos humanos dicha medida o figura jurídica debe ser la que menos restrinja el derecho de acceso a la justicia de las víctimas... y debe ser aplicada en casos muy extremos y por una necesidad imperante. Esto no significa que la figura jurídica o medida que tenga que adoptar el Estado sea necesariamente una que ponga en libertad al condenado y, mucho menos, que implique la extinción de la pena.

En séptimo lugar, la Corte es enfática en señalar que en casos de graves violaciones de derechos humanos en los que judicialmente se condenó a los responsables, el posterior perdón de la pena por parte del Presidente de la República constituye “una mayor afectación al derecho de acceso a la justicia” de las víctimas y sus familiares<sup>26</sup>.

En octavo lugar, la Corte considera “necesario” que en este examen de proporcionalidad entre los derechos de las víctimas y de Fujimori, no solo se tome en cuenta la situación de salud del condenado, sino también otros factores, como que haya transcurrido un tiempo considerable de la pena impuesta, que el condenado haya pagado la reparación civil, que haya colaborado al esclarecimiento de los hechos, que haya reconocido la gravedad de los crímenes perpetrados, que se encuentre rehabilitado, y qué efectos tendría su liberación anticipada sobre la sociedad y las víctimas<sup>27</sup>.

En noveno lugar, la Corte menciona que si bien el Estado peruano lo negó y las víctimas no se pronunciaron sobre ello, todo parecería indicar que para la jurisprudencia del TC peruano (STC 0012-2010-PI/TC)<sup>28</sup> los indultos –en general– estarían prohibidos por el ordenamiento jurídico interno, a partir de la interpretación de la Ley 28704, que dispuso que determinados tipos agravados de violación sexual contra menores de edad no eran indultables ni conmutables<sup>29</sup>.

---

Corresponde determinar primeramente, de acuerdo con otros factores, si habría una medida que permita una atención médica efectiva (por ejemplo, asegurar que el condenado, de forma efectiva y pronta, pueda acudir a las citas o procedimientos médicos correspondientes y medidas y protocolos que permitan una atención médica de urgencia)... o si resulta necesario aplicar una institución jurídica apropiada que modifique la pena o permita una libertad anticipada. (Corte IDH, 2018, párr. 53)

26 “En casos de graves violaciones a los derechos humanos, en que mediante un proceso penal se fijó una pena proporcional a los bienes jurídicos afectados, el posterior perdón de la misma por una decisión del Presidente de la República conlleva una mayor afectación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y sus familiares en lo que respecta a la ejecución de la pena dispuesta en la sentencia penal. (Corte IDH, 2018, párr. 56).

27 “Resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares.” (Corte IDH, 2018, párr. 57).

28 STC N° 0012-2010-PI/TC, 11 de noviembre de 2011.

29 Asimismo, mediante una sentencia emitida por el pleno del Tribunal Constitucional el 11 de noviembre de 2011, dicha alta corte constitucional interna realizó un análisis relevante respecto de la exclusión de la posibilidad de aplicar “el indulto”, el “derecho de gracia” y “la conmutación de la pena” a determinados delitos. Esta sentencia se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta para cuestionar los artículos 2 y 3 de la Ley N.º 28704, que dispone que “[n]o procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A” (violación sexual de menor de edad y violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesiones graves)... En la referida decisión de 2011 pareciera que el Tribunal Constitucional consideró que no se puede aplicar el indulto o conmutación respecto de crímenes de lesa humanidad. Esta Corte nota que las figuras analizadas en dicho fallo del Tribunal Constitucional (entre estas, el indulto) son las que están estipuladas en la Constitución Política peruana, que no diferencia entre tipos de indulto (común y “por razones humanitarias”) (supra Considerando 25). Por ello, pareciera ser que lo indicado en dicha sentencia, respecto al carácter no indultable de los crímenes de lesa humanidad, se refiere a ambos tipos de indulto. Sin embargo, el Estado afirmó que dicha sentencia interna no es relevante para el presente asunto por no referirse específicamente al “indulto por razones humanitarias”, y los representantes de las víctimas omitieron cualquier tipo de explicación al respecto. (Corte IDH, 2018, párrs. 62-63).

De esta manera, la Corte IDH concluye que –luego de ejercer control de convencionalidad y aplicar un examen de proporcionalidad–, corresponderá a la jurisdicción nacional determinar si existe otra medida distinta al indulto que permita cautelar la vida e integridad de Alberto Fujimori y que, a la vez, respete el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares:

Por consiguiente, corresponderá a las autoridades nacionales analizar si el ordenamiento jurídico peruano prevé otras medidas que, sin implicar un perdón de la pena por el Ejecutivo, permitan proteger la vida e integridad de Alberto Fujimori, condenado por graves violaciones a los derechos humanos, en caso de que realmente su situación de salud y condiciones de detención pongan en peligro su vida. Se debe ponderar cuál es la medida más acorde al respeto al principio de proporcionalidad y al derecho de acceso a la justicia de las víctimas. (2018, párr. 68)

Así, a partir de este marco interpretativo establecido por la Corte IDH en su Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 30 de mayo de 2018, el juzgado supremo de investigación preparatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, a cargo del juez supremo provisional Hugo Núñez Julca, emitió la Resolución n.º 10 el 3 de octubre de 2018, en virtud de la cual aplicó control de constitucionalidad y de convencionalidad a la Resolución Suprema 281-2017-JUS que otorgó el indulto humanitario al expresidente Fujimori y la dejó sin efecto.

En consecuencia, ordenó que retorne a prisión a seguir cumpliendo la condena de 25 años de pena privativa de libertad que la Corte Suprema ya le había impuesto en 2009 por graves violaciones de derechos humanos y actos de corrupción. La anulación del indulto también se basó en las graves irregularidades en las que se incurrieron durante el proceso de otorgamiento del mismo y que no han sido materia del presente comentario. Este control de constitucionalidad y de convencionalidad en sede nacional se sustentó, entre otros argumentos, en los que se expondrán a continuación.

En primer lugar, los jueces y tribunales nacionales tienen la obligación de ejercer no solo control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, bajo el razonamiento de que la Corte así lo ha dispuesto, y porque la CADH (1969) se ha incorporado al bloque de constitucionalidad (Constitución “convencionalizada”), que la resolución bajo comentario llega denominar *bloque de convencionalidad*:

La Corte interamericana indica que los jueces locales deben realizar conjuntamente el control de constitucionalidad con el de convencionalidad... Cuando el juez nacional practica control de constitucionalidad, no debe dar prioridad jurídica a cualquier Constitución, sino a la Constitución nacional ‘convencionalizada’. . . todo ello conforma el llamado bloque de convencionalidad, que posee supremacía convencional. (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, 2018, párrs. 86, 87 y 89)

En segundo lugar, como en el Perú existe un sistema mixto de control difuso (“Constitución política del Perú”, 1993, art. 138) y concentrado (“Constitución política del Perú”, 1993, arts. 200-204 Constitución) de constitucionalidad, entonces los “jueces y tribunales [nacionales también] tienen la potestad de ejercer control difuso de convencionalidad” (Lovatón, 2016, p 115), que se considera complementario al control constitucional:

En el Perú, en el que existe un sistema mixto de control de constitucionalidad –difuso y concentrado–, todos los jueces... tienen la obligación de efectuar un control de convencionalidad, que es complementario al control constitucional. . . no existiendo duda alguna al respecto; puesto que, en el sistema de control difuso, todos los jueces están habilitados para ello y no es exclusivo del Tribunal Constitucional. (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, 2018, párrs. 88 y 111)

En tercer lugar, el juez llega a afirmar que en casos de delitos de lesa humanidad no procede la concesión de indultos en el Perú si es que ello supone una forma de impunidad:

Esta judicatura considera que uno de los tópicos más consistentes, en la decisión de la Corte interamericana de derechos humanos, es la existencia de una tendencia regional orientada a la prohibición expresa del indulto cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos... Tal como ya se hizo referencia en cuanto al indulto en el Perú, en casos de delitos de lesa humanidad, no procede su concesión... durante la ejecución de la pena, no se deben otorgar beneficios en forma indebida que puedan conducir a una forma de impunidad. (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, 2018, párrs. 130 y 287)

Para ello, el juez se sustenta también en la STC 0012-2010-PI/TC, del 11 de noviembre de 2011, y concluye que en el Perú está prohibida la concesión de “indultos en delitos de lesa humanidad”. Además, estableció que

Existen ciertos actos delictivos que alcanzan tal nivel de violación de la dignidad del ser humano, que, en abstracto, la posibilidad de adoptar medidas que impidan la efectiva sanción, se encuentra proscrita. . . el Tribunal Constitucional ha interpretado que esto excluye la posibilidad de adoptar tales medidas ante un acto que constituya un crimen de lesa humanidad. . . Ello pone en relevancia la prohibición de conceder indultos en delitos de lesa humanidad. (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, 2018, párr. 297)

El indulto concedido a Fujimori es incompatible con las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos ha asumido el Estado peruano:

El indulto concedido al sentenciado. . . es incompatible con las obligaciones internacionales que vinculan al Estado peruano. . . más aún si existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional según los que no procede el indulto en delitos de lesa humanidad como en el presente caso. (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, 2018, párr. 299)

En cuarto lugar, atendiendo uno de los principales mensajes que la Corte envió a la jurisdicción nacional, el juez consideró que el indulto concedido a Fujimori no superaba el examen de proporcionalidad, en el subprincipio de necesidad, pues a juicio del juzgador existen otras medidas –diferentes al indulto– que resultan menos lesivas al derecho de acceso a la justicia de las víctimas y familiares, y que, a la vez, pueden cautelar los derechos a la integridad y a la salud de Fujimori:

El otorgamiento del indulto por razón humanitaria al condenado. . . **no se erige como un medio estrictamente necesario** [énfasis añadido], dado que existen otras alternativas igualmente eficaces para mantener vigente el respeto a su derecho a la salud y salvaguardar su integridad física mientras cumple su condena privativa de libertad por la comisión de delitos de lesa humanidad. (Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, 2018, párr. 320)



En quinto lugar, cabe mencionar que la Corte IDH, en su resolución del 30 de mayo de 2018, se refirió a los derechos a la vida e integridad del expresidente Fujimori, mas no hizo mención a su derecho a la salud. En cambio, el juez supremo peruano –en el breve balance de proporcionalidad que realizó– sí comprendió dicho derecho, sin referirse al derecho a la vida. De ello se desprende que la Corte IDH no hizo mención al derecho a la salud porque no tiene competencia para pronunciarse sobre el mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el *Protocolo Adicional de San Salvador*. En cambio, en sede nacional, los jueces y tribunales sí tienen competencia para pronunciarse sobre todos los derechos sociales consagrados en dicho protocolo.

Finalmente, la Sala Pena Especial de la Corte Suprema, mediante Resolución 46 del 13 de febrero de 2019, confirmó (ratificó) este control de constitucionalidad y de convencionalidad en sede nacional sobre el indulto indebidamente concedido al expresidente Alberto Fujimori.

En cuanto a la vía procesal nacional adecuada, la segunda instancia precisó que la vía judicial ordinaria –en relación a la vía judicial constitucional– era para ejercer el control de convencionalidad solo cuando se tratase de revisar indultos concedidos respecto de delitos de lesa humanidad y que se encuentren en ejecución de sentencia:

Este Tribunal considera pertinente poner en claro que no se está dejando abierta la posibilidad de que cualquier decisión jurisdiccional que adquirió la calidad de cosa juzgada, pudiera ser cuestionada bajo el argumento de un “control de convencionalidad”, por cuanto la materia a la que se circunscribe es únicamente el indulto humanitario en casos de delitos que fueron objeto de juzgamiento y condena por delitos considerados como crímenes contra la humanidad... El control de convencionalidad jurisdiccional es excepcional como incidente autónomo en la etapa de ejecución de sentencia, en caso de indultos humanitarios, cuando los delitos objeto de condena fueron calificados como crímenes contra la humanidad por la Corte interamericana de derechos humanos (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 2.9).

### **Reflexión Final**

El sistema de justicia en el Perú adolece aún de los mismos problemas estructurales que la mayor parte de los sistemas judiciales de América Latina: corrupción, escasa confianza ciudadana y lentitud procesal. Sin embargo, pese a ello, un grupo aún minoritario de jueces y fiscales independientes –apoyados por la opinión pública y el periodismo de investigación–, ha logrado avances importantes en la lucha contra la impunidad, tanto frente a graves violaciones de derechos humanos del pasado, como en casos de gran corrupción del presente. En esa labor, el corpus iuris interamericano ha resultado una herramienta fundamental, tal como ha quedado demostrado con la anulación –por la jurisdicción nacional y vía control de convencionalidad– del indulto humanitario concedido al expresidente Fujimori.



## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (91), 11-29.
- Andreu, F. et al. (2018). Amicus curiae “*Estándares del derecho constitucional peruano y del derecho internacional sobre la obligación de combatir la impunidad frente a crímenes de lesa humanidad*”. Recuperado de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/111954/2018-%20Amicus%20Caso%20Barrios%20Altos%20y%20La%20Cantuta.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Burgogue-Larsen, L. (2014). El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 12(1), 105-161. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n1/art04.pdf>
- Clérico, L. (2012). Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En G. Capaldo, J. Sieckmann & L. Clérico (Eds.), *Internacionalización del derecho constitucional* (p. 199-220). Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38165.pdf>
- Constitución Política del Perú. (1993, 29 de diciembre). Recuperado de <http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucionparte1993-12-09-2017.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002, 22 de noviembre). Resolución de la Corte IDH (*Barrios Altos vs. Perú; Supervisión de cumplimiento*).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003a, 25 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (Myrna Mack Chang vs. Guatemala; Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003b, 28 de noviembre). *Resolución de la Corte IDH (Barrios Altos vs. Perú; Supervisión de cumplimiento)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004, 17 de noviembre). *Resolución de la Corte IDH (Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú; Supervisión de cumplimiento)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005, 22 de setiembre). *Resolución de la Corte IDH (Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú; Supervisión de cumplimiento)*.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006a, 7 febrero). *Sentencia de la Corte IDH (Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006b, 26 de setiembre). *Sentencia de la Corte IDH (Almonacid Arellano y otros vs. Chile; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006c, 24 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006d, 29 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (La Cantuta vs. Perú; Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007, 30 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (La Cantuta vs. Perú; Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008, 4 de agosto). *Resolución de la Corte IDH (Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú; Supervisión de cumplimiento)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009a, 20 de noviembre). *Sentencia de la Corte IDH (La Cantuta vs. Perú; Supervisión de Cumplimiento)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009b, 7 de diciembre). *Resolución de la Corte IDH (Barrios Altos vs. Perú; Supervisión de cumplimiento)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 7 de setiembre). *Resolución de la Corte IDH (Barrios Altos vs. Perú; Supervisión de cumplimiento)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, 20 de marzo). *Resolución de la Corte IDH. (Gelman vs. Uruguay (Supervisión de cumplimiento)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018, 30 de mayo). *Resolución de la Corte IDH (Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú; Supervisión de cumplimiento)*.
- García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Ius*, V(28), 123-159. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>
- Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria. (2018, 3 de octubre). *Resolución 10*.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2019, 13 de febrero). *Expediente 0006-2001-4-S001-SU-PE-01*. Recuperado de <https://cde.3.elcomercio.pe/doc/0/1/7/1/3/1713938.pdf>
- Landa, C. (2016). *Convencionalización del derecho peruano*. Lima, Perú: Palestra.
- Ley 26479, Conceden amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos. (1995, 14 de junio). *El Peruano*. Lima, Perú.

- Ley 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. (2002, 7 de julio). “Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias. El Peruano. Lima, Perú.
- Lovatón, D. (2016). *La gestación del Estado Constitucional Interamericano en el Perú*. [Tesis de doctorado]. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7996>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Resolución 46. Expediente 0006-2001-4-S001-SU-PE-01. (2019, 13 de febrero). Recuperado de <https://andina.pe/agencia/noticia-sala-penal-nacional-confirma-anulacion-indulto-alberto-fujimori-742383.aspx>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017, 24 de diciembre). Resolución Suprema 281-2017-JUS. *El Peruano*. Lima, Perú.
- Sentencia 0012-2010-PI/TC. (2011, 11 de noviembre). Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00012-2010-AI.html>
- Sentencia 2730-2006-PA/TC. (2006). Recuperado de <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.pdf>
- Sentencia 4053-2007-PHC/TC. (2007, 18 de diciembre). Recuperado de <https://cutt.ly/FeuwFEL>



# LA LIBERTAD Y NEUTRALIDAD DEL ESTADO CONSTITUCIONAL A PROPÓSITO DE KELSEN Y SCHMITT

*Milagros Revilla Izquierdo*<sup>1</sup>

## **Introducción**

En la jurisprudencia constitucional peruana se recurre al diccionario de Guillermo Cabanellas y/o al de la Real Academia Española u otros, como el *Diccionario de la legislación peruana de 1879*, para el significado y alcance de algunas palabras que forman parte de la controversia jurídica e incluso política, como se demuestran en los siguientes ejemplos: “amnistía” (Tribunal Constitucional, 1997, fundamento 2), “tránsfuga” (Tribunal Constitucional, 2017, fundamento 22), “disciplina” (Tribunal Constitucional, 2009, fundamento 18); sin embargo, hay palabras que siguen siendo antes y después del uso jurisprudencial del diccionario de la RAE, motivo de discusión y reflexión sobre su alcance en la realidad nacional e internacional.

A este respecto, Kelsen (2014), refiriéndose a la ambigüedad de algunas palabras, señala que esto favorece el malentendido, y cita para estos efectos dos de los “cuatro abusos del lenguaje”<sup>2</sup> mencionados en el Leviatán: “El primero, cuando los hombres se equivocan al dejar constancia de sus pensamientos por culpa de la inconsistencia de significado que dan a sus palabras, estimando como concebido algo que nunca concibieron, y, consecuentemente, engañándose a sí mismos. El segundo, cuando usan palabras metafóricamente, es decir, es un sentido diferente de aquel al que están ordenadas, engañando así a los otros” (Hobbes, 2004, p. 37).

En ese sentido, nos detendremos en una palabra que ha sido utilizada para calificar la actitud y aptitud del Estado frente al ejercicio de las libertades, como es el de la neutralidad; aun más, en la relación entre la democracia y las libertades en Kelsen y en Schmitt en virtud de unos textos de su amplia bibliografía.

## **1. La relación entre la libertad y el Estado democrático según Kelsen**

En la doctrina sobre los fines del Estado se afirma también, junto al derecho, la civilización y el poder, un fin y fundamento del mismo, del que se teoriza paradójicamente la negación del Estado: la libertad. Aquella libertad, propiamente que, para la opinión de algunos, el Estado constituye la muerte, y, para otros, en cambio, su realización depende más bien de la

---

1 Profesora del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Ph.D. en Estado, Persona y Servicios en el Ordenamiento Europeo e Internacional por la Universidad de Bologna. Profesora en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF). E-mail: revilla.milagros@puccp.pe

2 Traducción propia.

existencia de aquel. Aún más: sea que el Estado debiera limitarse a perseguir como propio fin solamente el “derecho”, o que a eso venga reconocida la posibilidad de perseguir ilimitados fines de civilización o de poder, es solo el Estado el que hace posible la libertad, la “verdadera” libertad (Kelsen, 2013, p. 117).

En efecto, con respecto a la verdadera libertad, esta es diferente a aquella libertad de los antiguos (sean estos griegos o romanos). Constant, mencionando a Condorcet, recuerda que los antiguos no tenían ninguna noción de los derechos individuales. El ciudadano, en un cierto sentido, estaba inmerso en la ciudad, el individuo en la “nación”: para los antiguos la libertad era que el poder social estuviera dividido entre todos aquellos ciudadanos que formaban parte de la patria. Esta separación constituía su objetivo (Constant, 2006), que consistía en ejercitar colectiva y directamente la soberanía en la deliberación sobre la plaza pública; era una libertad colectiva que sometía los actos privados a una vigilancia estricta (Constant, 2006). Bajo este esquema no se deja nada a la independencia individual y con ello a la libertad respecto a las opiniones, a la religión, al comercio, a los progresos intelectuales y morales (Constant, 2006). No había nada que las leyes no regulasen para vigilarlas. En cambio, la independencia individual es lo más importante para los modernos y por ello no se necesita pedir el sacrificio de las leyes para instituir la libertad política, que es la garantía para ejercitar los derechos (Constant, 2006).

Sin embargo, en la relación entre la “verdadera” libertad y el Estado, tomando en cuenta que es este el que hace posible aquella, Arendt, refiriéndose a los apátridas, evidencia que la desgracia de los individuos sin estatus jurídico no consiste en ser privados de la vida, de la libertad, de la igualdad frente a la ley y de la libertad de opinión, sino en no pertenecer más a alguna comunidad, en el hecho de que para ellos no existe ya ninguna ley, que ninguna pueda siquiera oprimirlos. La continuación de la vida se debe a la caridad y no al derecho, porque no existe alguna ley que constriña a la nación a alimentarlos; su libertad de opinión es la libertad de los locos, porque lo que piensan no tiene importancia para ninguno. Y es que el centro del problema está en que la privación de los derechos humanos, y el derecho de libertad, que es considerado para muchos la esencia de los derechos, se manifiesta sobre todo en la falta de un puesto en el mundo que dé a las opiniones un peso y a las acciones un efecto. El individuo puede perder todos los derechos humanos sin perder su cualidad esencial de humano, su dignidad. Solo la pérdida de una comunidad política, dispuesta y capaz de garantizar cualquier derecho, lo excluye de la humanidad (Arendt, 2009).

Así pues, actualmente, con la garantía de los derechos humanos, además del compromiso jurídico internacional asumido por los Estados, se está avanzando en la consolidación de esa relación a través del reconocimiento literal de los mismos en la Carta Fundamental u otorgando rango constitucional a las obligaciones contraídas por los Estados, sobre todo en aquellos que se declaran democráticos, lo que de este modo confirma, por un lado, que la libertad es la esencia de la democracia y, por el otro, la necesidad de que el Estado asuma su compromiso de garantizarla en el más alto nivel jurídico (ONU, 2018).

Ahora bien, si la libertad individual, la verdadera, es aquella que se afirma como esencia de la democracia, Kelsen recuerda que en una comunidad política como es el Estado, está claro que el individuo aislado no tiene, políticamente, ninguna existencia real, porque no puede ejercer una eficaz influencia en la formación de la voluntad del Estado. La democracia puede existir solamente si los individuos se pueden agrupar según afinidades políticas, con el fin de

inclinan la voluntad general hacia sus fines ideológicos, de modo tal que entre el individuo y el Estado se insertan las formaciones colectivas que, como partidos políticos, manifiestan en síntesis similares intereses de sus miembros. En efecto, la democracia moderna se funda en los partidos políticos, cuya importancia es tanto más grande cuanto mayor sea la aplicación del principio democrático (Kelsen, 1995).

“Solo la ilusión o la hipocresía puede creer que la democracia sea posible sin partidos políticos” (Kelsen, 1995, p. 64, trad. propia). En efecto, es el relativismo en la concepción del mundo el presupuesto de la idea democrática. La democracia considera del mismo modo el interés político de cada uno, como respeta igualmente todo credo y opinión política de la cual el partido político es la manifestación. Por eso, el dominio de la mayoría, signo característico de la democracia, se distingue de otro tipo de dominio porque, según su más íntima esencia, no solo admite, por definición, una oposición —la minoría—, sino que también reconoce políticamente tal oposición y la protege con los derechos y las libertades fundamentales. Lo que conlleva, que mientras más fuerte sea la minoría, la democracia se manifestará como una política de “compromiso” (Kelsen, 1995).

En la relación entre la libertad de conciencia y de religión, por un lado, y la política, por el otro, “la democracia es una particular forma de gobierno ejercitada por los hombres sobre los hombres de esta tierra. Se caracteriza por el hecho de que el gobierno es emanación directa o indirecta de aquellos que deben ser gobernados. Como tal, ella no tiene que ver con la religión, ni en la forma de la democracia liberal ni en la forma de la democracia totalitaria”<sup>3</sup> (Kelsen 2014, 359). Tanto los ateos como los creyentes pueden estar —y de hecho lo están—, a favor de la democracia. Si alguna relación hay entre la religión y la política, podría ser que los hombres que creen en un dios que gobierna el mundo sin su consentimiento están más inclinados a aceptar ser gobernados por un poder autocrático mucho más que los ateos o las personas indiferentes a la religión. No hay, por ello, ninguna duda de que, en la época moderna, el espíritu democrático va a la par de la emancipación de la religión como también del nacionalismo o de otros vínculos que buscan relaciones absolutas e intensas en el pueblo como los sentimientos que unen a los hombres con Dios (Kelsen, 2014).

El Estado, la democracia y la libertad se relacionan de tal manera que ni el Estado ni la forma de gobierno pueden asumir una manifestación de las libertades en perjuicio de las otras, ni de la forma más eficiente de gobierno que se logra aun mejor con la autocracia, sino que la democracia es la forma que garantiza la mayor libertad individual posible. Por ello, el concepto de democracia, en especial de la democracia occidental, no es idéntico al original de la antigüedad, caracterizada por una visión de la realidad absoluta desde el Estado que identificaba el contenido de un bien común y así lo imponía; actualmente, no existe un bien común objetivamente determinable, mediante el cual se pretenda “gobernar para el pueblo”, sino más bien que la democracia hodierna es la que se identifica con el “gobernar del pueblo”, en la que a la pregunta de qué es o cuál es el bien común, solo puede responder con valores subjetivos. Es una democracia liberal en el que el principio mayoritario y el principio liberal no se identifican, ni menos se confunden, sino que, es en virtud de ellos que la democracia significa “acuerdo” entre la voluntad individual y la colectiva y así configura el ordenamiento social. A este respecto se debe tener en cuenta también

---

3 Traducción propia.

que el principio mayoritario presupone el principio de igualdad. Solo así es irrelevante que una persona u otra sean libres (porque entre ellos son políticamente iguales), y se justifique que, en el postulado, el número sea decisivo para determinar la mayoría. La democracia actual es la síntesis entre la libertad y la igualdad (Kelsen, 1995).

Entonces, la eficiencia (que muchas veces se logra mejor aun en un régimen autocrático) y el bien común no son características de la forma de gobierno del Estado democrático, sino más bien la libertad e igualdad, la mayoría y minoría, el relativismo, en resumen, el consenso y el acuerdo, según Kelsen. Ahora bien, de esa relación entre libertad y Estado democrático, no podemos dejar de mencionar que, recientemente, la Constitución cubana de 2019 fue aprobada el 24 de febrero, por referéndum, cuyo texto deroga la Constitución de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002. En ella se reconoce los derechos humanos, las libertades de pensamiento, conciencia, de expresión, de prensa, entre otros derechos y garantías procesales como el habeas corpus (artículos 18, g y 54-55, entre otros), aunque a este respecto se debe recordar que Cuba solo ha firmado los pactos internacionales de 1966 en el 2008 y aún no los ha ratificado. En el texto fundamental se afirma que la Constitución prima sobre los tratados internacionales. En lo que respecta a la relación entre el Estado, la democracia y la libertad, la Constitución proclama:

Artículo 1. Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva. [el énfasis es nuestro]

Además, afirma, en el artículo 5, que el socialismo y el avance de la sociedad comunista del Estado está organizado y orientado por el Partido Comunista, que es único, así como también, en los artículos 4 y 229, que el límite formal y material de la reforma constitucional es la irrevocabilidad del sistema socialista; en el artículo 15 proclama que el Estado es laico y, en el artículo 33 de la Norma Fundamental, que la enseñanza como función del Estado es laica.

En virtud de esta Constitución y otras que implantan un modelo de sistema económico, sea capitalista o socialista, de acuerdo con Kelsen, se puede reafirmar que la democracia es solo una forma, un método de creación del orden social, una regla específica para realizarla, pero que no refiere la cuestión más importante que es el contenido del orden estatal, y ese contenido para dejar o ser democrático no radica en un sistema económico, ni en las libertades económicas sino que radica, en última instancia, más bien en las libertades intelectuales —religiosa, de conciencia, científica y de expresión— que son la esencia de la democracia (Kelsen, 1995).

Frente a lo cual, la existencia de un partido único en Cuba representa aún una limitación para afirmar que estamos frente a una forma democrática actual, que tenga como fundamento la libertad y en ello la igualdad de los ciudadanos para acceder al poder. Aunque no cabe la menor duda que la Norma Fundamental actual es un avance en el reconocimiento y garantiza libertades y derechos fundamentales.



## 2. La neutralidad del Estado según Schmitt

En el escenario nacional e internacional, respecto a las garantías de los derechos y libertades fundamentales, el Estado ha ido asumiendo la neutralidad que es propia del Estado liberal, junto o comprendido como parte del contenido del calificativo plural o laico, debido a que con ellas se evidencia que se respaldan las expresiones políticas que, como todos los derechos y libertades, tienen límites, siendo uno de ellos también la neutralidad (Bureau des Institutions Démocratiques et des Droits, 2015, p. 58), y/o, en algunos casos, la denominada democracia militante (Pegoraro, 2013).

Ahora bien, aunque la neutralidad del Estado es un elemento de la laicidad, es decir, no son lo mismo (Revilla, 2016), el uso de aquella no es unívoco. En efecto, se distinguen cuando se afirma que: “En la mayoría de las sociedades democráticas multiculturales o los países con constituciones que defienden el ‘laicismo’ [laicidad], las preocupaciones en materia de neutralidad de la esfera pública han pasado a ocupar un espacio central en los debates políticos, la política judicial y la vida cotidiana de las personas” (Consejo de Derechos Humanos, 2018, p. 4). En ese sentido, se le recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Expediente N.º 00007-2014-PA/TC, fundamentos 15 y 22, ss. Pero no sucede así, e incluso no parece del todo congruente cuando se afirma que un Estado es confesional y neutral a la vez, como lo evidenció la Comisión de Venecia sobre lo dispuesto en la actual Constitución de Túnez (Venise C. d., 2013, p. 7).

En efecto, el término neutral parece ser usado indistintamente por Estados que asumen relaciones diferentes entre sí para calificar su postura respecto al ejercicio de las libertades, con lo cual el uso de la “neutralidad” comprende, respectivamente, diferentes significados y su empleo termina siendo polémico.

Schmitt escribió, en 1931, un ensayo (2013) siguiendo la lógica de amigo-enemigo, de la alteridad en la política y no del compromiso o del acuerdo como afirmaba Kelsen entre las partes, en el ejercicio de las libertades políticas; en ese escrito evidenció dos tipos de significados de la neutralidad del Estado: significados negativos, dirigidos a eliminar la decisión política del término neutralidad, y significados positivos, que conducen a la toma de una decisión o postura.

I. Respecto a los significados negativos se tiene cuatro sentidos:

1. Neutralidad en el sentido de no intervención, de indiferencia, de *laissez passer*, de tolerancia pasiva entre otros. A) En cuanto a la neutralidad del Estado en relación con las religiones y confesiones, incluso en última instancia, este principio debe conducir a una neutralidad general sobre todas las posibles concepciones del mundo y a una absoluta equiparación de las mismas; por ello, el creyente no puede ser protegido en mayor medida que el ateo, ni aquel que es más nacionalista que el enemigo, ni quien desprecia a la nación. Lo que genera una absoluta libertad de todo tipo de propaganda, sea religiosa o antirreligiosa, de aquella nacional como antinacional. Incluso propicia un respeto absoluto por quien piensa “diferente, actúa contra la moral y las costumbres; de este modo se configura un Estado limitado o de contenidos mínimos, y B) también neutral en materia económica, en el sentido de que no interfiere en las libertades

económicas y contractuales, es un Estado libre de la economía y una economía libre de aquél. Aunque este tipo de Estado puede ser un Estado político, porque conoce al menos un posible enemigo: aquel que no cree en este tipo de neutralidad espiritual (Schmitt, 2013).

2. Neutralidad en el sentido de concepciones instrumentales del Estado, por los cuales el Estado es un medio técnico que debe funcionar de modo concretamente previsible y debe ofrecer a todos las mismas posibilidades de serles útil. Este significado se refiere a la actuación administrativa del Estado, especialmente en el sector ejecutivo y judicial. Este tipo de Estado no es político y, por ello, no está en el grado de distinguir entre amigo-enemigo.
3. Neutralidad en el sentido de “igual oportunidad” en la formación de la voluntad política. Corresponde al Estado con la forma de gobierno democrático-liberal. Todos tienen la posibilidad de conquistar la mayoría, y quien pertenece a la minoría (vencida) puede haber sido la mayoría antes o también puede volver a serlo. A todos los partidos se les ofrece, legítimamente, las mismas posibilidades incondicionales de llegar a ser mayoría e imponer, incluso, su modelo de Estado, de manera ilimitada cuando la Constitución no prevea las cláusulas intangibles para la reforma, como aconteció con el Art. 76 de la Constitución de Weimar.
4. Neutralidad en el sentido de paridad, o sea de idéntica admisión de todos los grupos y de todas las tendencias existentes, a las mismas condiciones y con las mismas consideraciones en cuanto al goce de las ventajas o de las prestaciones estatales. Lo que solo es actuable cuando hay un número reducido, bien sea de grupos religiosos o de grupos de partidos políticos, factibles de ser valorados objetivamente para tener igual oportunidad. Schmitt advierte que este tipo de neutralidad conduce a un equilibrio incapaz de tomar una decisión del, o en el Estado (Schmitt, 2013).

II. En el sentido positivo de neutralidad, Schmitt identificó, asimismo, cuatro significados:

1. En el sentido de la objetividad y concreción sobre la base de una norma reconocida. Es la neutralidad del juez que conduce a una decisión no política.
2. Neutralidad basada en una competencia no fundada en los intereses egoístas. Es la neutralidad del experto o consejero técnico, del mediador y no del representante de un grupo político.
3. La neutralidad como expresión de una unidad y totalidad que contiene a los grupos contrarios entre sí y que, por esto, relativiza todas las confrontaciones. Esta neutralidad decide cuándo debe prevalecer el interés de la totalidad del Estado.
4. La neutralidad del extranjero fuera del Estado que, en caso de necesidad, como un tercero, actúa con la decisión en la división y, por tanto, genera la unidad. Esta es la objetividad del protector en relación con el Estado de Pilatos, puesto bajo su protectorado y de sus fuerzas internas en conflicto, en relación con los conflictos religiosos de los judíos (Schmitt, 2013).

En relación con los significados de la “neutralidad”, el primer significado negativo de neutralidad a la no intervención es el más cercano a la neutralidad que se refiere al ejercicio de las libertades en las democracias occidentales. Ahora bien, en el caso de la Constitución de Túnez, la neutralidad asumiría el segundo significado negativo dado por Schmitt y solo este.

La neutralidad de “igual oportunidad” es una neutralidad que impone una posición y puede llevar al absolutismo de la imposición de una visión política y de una propuesta del Estado por la mayoría, que Schmitt advierte que podría concretarse, incluso con el aval de la Norma

Fundamental cuando esta no contempla cláusulas intangibles. En todo caso, la neutralidad Schmittiana no elimina el conflicto, sino que lo presupone e impone la solución, todo esto salvo cuando hace de mediador de las partes. A este respecto, la jurisprudencia regional puede ser una muestra de aquello que ambos, tanto Kelsen como Schmitt, asumieron y que nosotros vemos que se pueden conciliar en virtud del contenido respectivo de los términos afrontados.

En ese sentido, en virtud del diálogo entre las cortes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recoge el desarrollo de lo que se comprende como “sociedad democrática” (2001, párr. 68), que la Corte Europea de Derechos Humanos interpreta abundantemente cuando trata sobre las libertades previstas en los Arts. 8-11 del Convenio de Roma, y en la que se concilian los tres elementos de ese tipo de sociedad: tolerancia, espíritu de apertura y pluralismo, con el deber de la neutralidad del Estado.

En efecto, el pluralismo que reposa en el reconocimiento genuino de “la diversidad y la dinámica de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y culturales, de las creencias religiosas, y de las ideas y conceptos artísticos, literarios y socioeconómicos” (Consejo de Europa, 2008, p. 16), que se garantiza en virtud de la neutralidad del Estado, y que no debe privilegiar una manifestación de aquel, ni eliminar las causas de la tensión entre visiones del mundo para así eliminar el pluralismo, y que más bien consiste en asegurar que los grupos opuestos se toleren (Corte Europea de Derechos Humanos, 2016, párrs. 108-109).

### **Conclusión**

De acuerdo con Kelsen y Schmitt se puede afirmar que el pluralismo ideológico, sea religioso o político, es una manifestación de las libertades “intelectuales”, y la libertad política de ciudadanos libres e iguales es su garantía. Para ejercer la libertad se necesita del Estado y la forma de gobierno que es la democracia liberal, es una síntesis del principio mayoritario y del principio liberal. Frente a la diversidad de las concepciones ideológicas, la neutralidad del Estado garantiza el ejercicio de las libertades que también pueden constituir el límite.



## BIBLIOGRAFÍA

- Arendt, H. (2009). *Le origini del totalitarismo*. Torino: Einaudi.
- Bureau des Institutions Démocratiques et des Droits. (2015). *Lignes directrices sur la liberté d'association*. Varsovie: OSCE / BIDDH.
- Consejo de Derechos Humanos. (2018). *Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias*. Tratto da <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/052/18/PDF/G1805218.pdf?OpenElement>
- Consejo de Europa. (2008). Libro Blanco sobre el Diálogo Intercultural. “Vivir juntos con igual dignidad”. Recuperado de [https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub\\_White\\_Paper/WhitePaper\\_ID\\_SpanishVersion.pdf](https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_SpanishVersion.pdf)
- Constant. (2005). *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*. Torino: Einaudi.
- Corte Europea de Derechos Humanos. (2001). Sentencia de la CEDH [Affaire Izzettin Dogan et Autres c. Turquie-Arrêt. Application no. 62649/10] (26 de abril).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 5 de febrero). Sentencia de la Corte IDH [Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile].
- Hobbes, T. (2004). *Leviatán*. Madrid: Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (1995). *La democrazia*. Bologna: Il Mulino.
- Kelsen, H. (2013). *Dottrina Generale dello Stato*. Milano: Giuffrè.
- Kelsen, H. (2014). *Religione secolare*. Milán: Raffaello Cortina.
- ONU. (2018). *Human rights and constitution making*. HR/PUB/17/5. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.
- Pegoraro, L. (2013). Para una clasificación «dúctil» de «democracia militante». En Cruz Barney, O., Da Cunha Lopes, T. y Perogaro, L. (coords.), *Ensayos sobre Derecho Comparado y Constitución*. Morelia: CIJUS, Facultad de Derecho, CAEC “Derecho, Estado y Sociedad Democrática”, pp. 191-223.
- Revilla, M. (2016). El principio constitucional de laicidad en Francia: a un año del atentado contra Charlie Hebdo. *Derecho PUCP*, pp. 367-392.
- Schmitt, C. (2013). Corollario 1. Rassegna dei diversi significati e funzioni del concetto di neutralità política interna dello Stato. En Schmitt, *Le categorie del politico* (pp. 187-191). Bologna: Il Mulino.
- Tribunal Constitucional. (1997). Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 35 congresistas contra los artículos 1.º y 6.º de la Ley N.º 26479, “Amnistía

- general a personal militar y civil para diversos casos”, y contra la Ley N.º 26492, “Interpretación y alcances de la ley de amnistía” (28 de abril ) [STC 013-96-I/TC].
- Tribunal Constitucional. (2009). Acción de amparo interpuesta por Victoria Elva Contreras Siaden (28 de setiembre) [STC 3901-2007-PA/TC].
- Tribunal Constitucional. (2017). Acción de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de Congresistas contra el Reglamento del Congreso (29 de agosto ) [STC 0006-2017- PI].
- Venise, C. d. (2013). *Avis sur le projet final de la constitution de la republique tunisienne*. Tratto da Conseil de l’Europe: [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)



Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de  
Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña  
Correo e.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)  
Página web: [www.tareagrafica.com](http://www.tareagrafica.com)  
Teléf.: 332-3229 Fax: 424-1582  
Octubre 2019 Lima - Perú



El presente libro cuenta con once artículos escritos por docentes del Área de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú en homenaje a los 100 años de la fundación de la Facultad de Derecho. Los artículos, la mayoría de los cuáles se encuentran arbitrados, están organizados en las siguientes secciones: cuestiones de diseño institucional, cuestiones sobre derechos fundamentales, diálogo con el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y ensayos y comentarios. Con esta publicación al Área de derecho constitucional busca difundir discusiones académicas sobre temas actuales y relevantes del derecho constitucional en el Perú.

ISBN: 978-612-47151-6-7



9 786124 715167