

# HOMENAJE A VALENTIN PANIAGUA CORAZAO



## Capítulo 45

COMITÉ EDITOR

Javier Arias-Stella / Juan Incháustegui Vargas  
Alberto Adrianzén Merino / Gustavo Bacacorzo / Marita Castro Pisfil /  
Domingo García Belaunde / Marco Jamanca Vega /  
Francisco Miró Quesada Canturías / Luis Ortega Navarrete /  
Henry Pease García / Marcial Rubio Correa / Débora Urquieta /  
Alberto Velarde Yañez / Juan Manuel Velarde



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

*Homenaje a Valentín Paniagua Corazao*

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010  
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú  
Teléfono: (51 1) 626-2650  
Fax: (51 1) 626-2913  
feditor@pucp.edu.pe  
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:  
Fondo Editorial PUCP  
Primera edición, noviembre de 2010  
Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,  
sin permiso expreso de los editores

ISBN: 978-9972-42-941-5  
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-14040  
Registro de Proyecto Editorial: 31501361000964

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS Y PRÁCTICAS ESTABLECIDAS EN CLUBES SOCIALES Y DEPORTIVOS

**Jorge Santistevan de Noriega**

### **UNA REFERENCIA NECESARIA: VALENTÍN PANIAGUA**

Valentín Paniagua Corrao ha sido fundamentalmente un demócrata, un gran patriota y un destacado constitucionalista. Lo demostró de muchas maneras en la vida pública pero especialmente como Presidente Constitucional de la República durante el impecable período de transición en el que el doctor Paniagua recondujo al país a la senda democrática en la que ahora nos encontramos. Su vena jurídica y constitucional quizá sea hoy menos conocida por la figuración pública que le correspondió cumplir en los últimos años de su vida. Como amigo y admirador de Valentín, apporto a este libro homenaje este ensayo que me hubiera gustado discutir con él en vida para afinarlo con su valioso aporte.

### **INTRODUCCIÓN**

A propósito de la costumbre en el Perú de confinar a las mujeres en las asociaciones y clubes sociales y deportivos al rol de esposas, hijas o viudas, sin darles estatutariamente participación como asociadas, el Ejecutivo decidió ejercer su potestad reglamentaria para promover la aplicación del principio de igualdad ante la ley entre hombres y mujeres y facilitar la adecuación de los estatutos de este tipo de asociaciones a los preceptos de la Constitución, los convenios internacionales ratificados y las leyes que promueven la vigencia de los derechos constitucionales.

Con este fin dictó un Decreto Supremo reglamentario 004-2008- MIMDES<sup>1</sup> (en adelante simplemente «el Decreto Supremo») que ha sido objeto de debate constitucional y de aplicación, parcial cuando menos, en varios de los clubes y asociaciones sociales y deportivas del Perú. Justo es reconocer que no en todos los clubes sociales y deportivos del Perú se vedaba el acceso a las mujeres. Muchos de ellos, especialmente los de reciente fundación, lo tenían por el contrario establecido; a estos últimos no estaba destinada la norma reglamentaria.

El tema parecería frívolo y poco trascendente por estar dirigido a los clubes y asociaciones sociales y deportivas que existen en los ámbitos de la clase media y alta del país. No lo es, sin embargo, pues atiende al derecho de igualdad ante la ley entre hombres y mujeres. Se trata de un derecho reconocido por la Constitución y protegido además por convenios internacionales de carácter universal y regional, materia de una ley del Congreso que específicamente propugna la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, cuya vigencia —como derecho a la igualdad y no discriminación— constituye un avance democrático que es necesario profundizar en todos los niveles de la vida nacional.

El presente ensayo, partiendo de situaciones de hecho que son similares en varias asociaciones que, en la práctica, no admitían mujeres en calidad de asociadas, aborda la potestad reglamentaria del Ejecutivo y la aplicación del derecho a la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres. Sobre esta base, llega a conclusiones sobre la impostergable vigencia de este derecho y la necesaria adecuación de las normas estatutarias vigentes en los clubes sociales y deportivos —así como las prácticas arraigadas en ellos— que importan un grado de discriminación inadmisibles constitucionalmente.

## LA REALIDAD DE LOS CLUBES SOCIALES Y DEPORTIVOS

Es frecuente en el Perú que los clubes de esta naturaleza desarrollen actividades deportivas y sociales que están destinadas a la participación de personas de ambos sexos por igual. Los locales y sus facilidades son en general utilizados por hombres y mujeres indistintamente. Sin embargo, aunque los estatutos de los clubes no lo mencionen específicamente, existe una discriminación histórica implícita en el hecho de que solamente adquieren la condición de asociados los hombres. Ello da por resultado una práctica que consiste en que solamente los varones asociados paguen las cuotas correspondientes, solo sus herederos hombres adquieran la calidad de socios, solo los esposos de sus hijas puedan

---

<sup>1</sup> Publicado en el diario oficial *El Peruano* con fecha 4 de abril de 2008 y vigente al día siguiente de su publicación.

aspirar a dicha calidad de socios y solo los hombres terminen por ejercer los derechos políticos al interior de las asociaciones civiles correspondientes.

En algunos casos, a consecuencia de la participación exclusiva de los varones como asociados, los estatutos han ido reconociendo beneficios limitados exclusivamente a las mujeres hijas de asociados y a las viudas de asociados. Pero estos últimos de ningún modo las equiparan a la condición de asociados con plenos derechos participativos en los clubes sociales y deportivos por lo que, a pesar de los beneficios limitados reconocidos, hombres y mujeres no se encuentran en pie de igualdad como lo postula la Constitución.

Haciendo frente a la situación restrictiva descrita, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Supremo antes mencionado, el cual precisa que: (i) los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución y de la Ley relativas a la igualdad jurídica entre el varón y la mujer (artículo 1 del Decreto Supremo)<sup>2</sup>; (ii) el plazo de noventa días para cumplir con la norma, señalado en el artículo 2 del Decreto<sup>3</sup>; (iii) el papel verificador del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano<sup>4</sup> previsto en el artículo 3.

Además, (iv) el Decreto Supremo prevé la remisión que establece el artículo 4 al Código Civil para la solicitud por parte del Ministerio Público de la disolución de las asociaciones que incumplan con la adecuación de los estatutos para garantizar la igualdad ante la ley de hombres y mujeres a que se refiere el artículo 1 del Decreto Supremo, así como la remisión que hace finalmente al Código Penal el propio artículo 4 para que el Ministerio Público proceda a denunciar a los responsables por el delito de discriminación tipificado en el artículo 323 del Código Penal<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Decreto Supremo 004-2008-MIMDES

Artículo 1.- «Precísase que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución Política del Perú y de la Ley relativas a la igualdad jurídica del varón y la mujer.»

<sup>3</sup> Decreto Supremo 004-2008-MIMDES

[...] Artículo 2.- «La adecuación prevista en el artículo anterior deberá efectuarse en un plazo de noventa (90) días calendario contados a partir de la vigencia del presente Decreto Supremo.»

<sup>4</sup> Decreto Supremo 004-2008-MIMDES

Artículo 3.- «Vencido el plazo a que se refiere el artículo 2°, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, en su calidad de ente rector encargado de la igualdad de oportunidades para la mujer, verificará el estricto cumplimiento del presente Decreto Supremo.»

<sup>5</sup> Decreto Supremo 004-2008-MIMDES

Artículo 4.- «Conforme a lo dispuesto por el Código Civil, el Ministerio Público procederá a solicitar judicialmente la disolución de todas las formas de organización jurídica a que se refiere el artículo 1°, que incumplan lo dispuesto por el presente Decreto Supremo. Asimismo, procederá

¿Es constitucional el artículo 1 del Decreto Supremo?

A juicio del autor el artículo 1 del referido decreto lo es, desde tres perspectivas:

- *Por razones de fondo*, referidas a la no discriminación en general, que tienen relación con el principio de igualdad ante la ley y no discriminación que está consagrado en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución<sup>6</sup>, que debe ser interpretado —conforme lo dispone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental<sup>7</sup>— a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados que el Perú haya ratificado sobre la materia que, según lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional, tienen rango constitucional;
- *Por razones de fondo*, respecto a la ponderación que el juicio de constitucionalidad obliga a realizar entre el derecho de no discriminación y el derecho de asociación a que se refiere el inciso 13) del artículo 2 de la Constitución<sup>8</sup>; y
- *Por razones de forma*, sobre la potestad reglamentaria, vinculadas con las atribuciones que tiene el Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, las leyes y las demás disposiciones legales (inciso 1 del artículo 118 de la Constitución)<sup>9</sup>; reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (inciso 8 artículo 118 de la Constitución)<sup>10</sup>; y ejercer

---

a formular las denuncias pertinentes por el delito de discriminación, tipificado en el artículo 323 del Código Penal».

<sup>6</sup> Artículo 2 de la Constitución.- «Toda persona tiene derecho:

[...] 2) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole [...].»

<sup>7</sup> Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.- «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».

<sup>8</sup> Artículo 2 de la Constitución.- «Toda persona tiene derecho:

[...] 13) A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa [...].»

<sup>9</sup> Artículo 118 de la Constitución.- «Corresponde al Presidente de la República:

1) Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales [...].»

<sup>10</sup> Artículo 118 de la Constitución.- «Corresponde al Presidente de la República:

[...] 8) Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones [...].»

las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan (inciso 24 del artículo 118 de la Constitución)<sup>11</sup>.

## EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

En cuanto al principio de igualdad ante la ley y no discriminación (inciso 2 del artículo 2 de la Constitución), el Decreto Supremo no hace otra cosa que obligar a adecuar las estructuras legales de las asociaciones sin fin de lucro que provienen del pasado, con el marco estricto de la Constitución que prohíbe la discriminación por motivos de sexo o género. En particular, el Decreto Supremo precisa la necesidad de adecuar los estatutos de personas jurídicas sin fines de lucro existentes para que cumplan a cabalidad con el mencionado principio de no discriminación<sup>12</sup>, tal y como ha sido este último concepto consagrado en el artículo 2 de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres —Ley 28983—, la cual define que:

[...] se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o de cualquier otra, en concordancia con lo que establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Peruano.

Más aún, el principio de no discriminación por razones de sexo, aplicado a los clubes deportivos, sociales y culturales, estuvo anteriormente consagrado en

---

<sup>11</sup> Artículo 118 de la Constitución.- «Corresponde al Presidente de la República:

[...] 24) Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan».

<sup>12</sup> En los considerandos del Decreto Supremo 004-2008-MIMDES se deja expresa constancia de:

«[...] Que, de conformidad con la mencionada Ley, el Estado impulsa la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, desterrando prácticas, concepciones y lenguajes que justifiquen la superioridad de alguno de los dos sexos, así como todo tipo de discriminación basada en el sexo, estableciéndose como rol del Estado para efectos de dicha Ley, entre otras, i) promover y garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, adoptando todas las medidas necesarias que permitan remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de este derecho, con el fin de erradicar todas las formas de discriminación, y ii) adoptar medidas de acción positiva de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre la mujer y el hombre, las que no se considerarán discriminatorias [...].».

la Ley 25155, publicada el 27 de diciembre de 1989, que específicamente les impuso tal prohibición<sup>13</sup>.

Pero la obligación de eliminar toda barrera que impida la igualdad de derechos entre hombres y mujeres emana también del orden internacional. En efecto, el principio de igualdad ante la ley y no discriminación por razones de género está consagrado también en el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>14</sup> y en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>15</sup>, ambos instrumentos ratificados por el Perú y plenamente vigentes en nuestro régimen interno.

El desarrollo de normas internacionales a favor de la igualdad entre hombres y mujeres ha dado lugar a que se adopte una Convención específica sobre la materia. Así, en el año 1979, en el ámbito de las Naciones Unidas, mediante Resolución de la Asamblea General 34/180 se aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés CEDAW) que, entre otros, reconoció que «[...] para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia»<sup>16</sup>.

En este contexto, la Convención antes citada —que contiene la misma definición de discriminación que la Ley 28983 antes transcrita— según su artículo 2 comprometió a los Estados —incluido el Perú por haberla ratificado— a:

- [...] b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los

---

<sup>13</sup> Artículo 1 de la Ley 25155.- «Queda terminantemente prohibido establecer discriminaciones por razón de sexo en los reglamentos, estatutos u otras normas de las Instituciones deportivas, sociales y culturales».

<sup>14</sup> Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto».

Ratificado por el Perú por la décimo sexta disposición final y transitoria de la Constitución de 1979.

<sup>15</sup> Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.- «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley».

Ratificada por el Perú el 28 de julio de 1978 por la décimo sexta disposición final y transitoria de la Constitución de 1979.

<sup>16</sup> Preámbulo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Ratificada por el Perú el 13 de setiembre de 1982.

- tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
  - e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas [...]».<sup>17</sup>

En la misma dirección de lo anterior, el artículo 3 de la misma Convención señala:

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

A la luz de lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que manda que los derechos y libertades consagrados en ella sean interpretados a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados internacionales ratificados por el Perú, el Perú tiene la obligación constitucional de atender a las disposiciones citadas de los instrumentos internacionales de los que es parte, así como a las interpretaciones que se hayan realizado en el ámbito internacional para la aplicación de sus normas internas. En este sentido, es destacable que en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que es el órgano universal de seguimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su 68º Período de Sesiones correspondiente al año 2000, se haya consagrado como obligación de un Estado-parte como el Perú, que:

Los Estados, al hacerse partes en el Pacto, contraen de conformidad con el artículo 3 el compromiso de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en él; de conformidad con el artículo 5, nada de lo dispuesto en el Pacto puede ser interpretado en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos en el artículo 3 o a limitarlos en formas no previstas por él. Tampoco podrá admitirse restricción o menoscabo del goce por la mujer en

---

<sup>17</sup> [www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/c\\_elim\\_disc\\_mutxt.htm](http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/c_elim_disc_mutxt.htm)

pie de igualdad de todos los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado<sup>18</sup>.

Resulta innecesario ir más lejos. En el régimen constitucional peruano, la igualdad entre hombres y mujeres para el goce y ejercicio de los derechos fundamentales solamente permite excepciones destinadas a superar la situación de postración de los derechos de la mujer mediante acciones afirmativas. Así lo consagran la Constitución, la interpretación que se deriva de los tratados internacionales sobre derechos humanos que el Perú ha ratificado y la ley que sobre la materia ha aprobado el Congreso de la República. El Decreto Supremo que se comenta está perfectamente enmarcado en el contenido esencial del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación en relación al goce y ejercicio del derecho de asociación que debe corresponder a las mujeres en una asociación sin fin de lucro de carácter social, deportivo o cultural.

#### **PONDERACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO DE LIBRE ASOCIACIÓN CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN**

Evidentemente se puede argumentar que el derecho de libre asociación consagrado en el inciso 13) del artículo 2 de la Constitución como un derecho fundamental de la persona, merece igual protección de la Constitución. Así, en el marco de la libertad para asociarse en el que está concebido, se permitiría que una asociación tenga sus razones para no incorporar como asociadas a personas de sexo femenino.

No parece atendible una sobre valoración del derecho de asociación como la señalada. En materia constitucional no hay derechos absolutos por lo que el ejercicio del derecho de asociación encuentra sus límites en la igualdad ante la ley y la no discriminación. El Tribunal Constitucional<sup>19</sup>, en sentencia emitida relacionada con un amparo presentado en contra del Centro Naval del Perú, ha señalado:

---

<sup>18</sup> Observación General N° 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párrafo 9. En: University of Minnesota: Human Rights Library.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de noviembre de 2007, recaída en el Expediente 09332-2006-PA/TC, sobre recurso de agravio interpuesto por el señor Reynaldo Armando Shols Pérez.

17. [Libertad de Asociación]. Evidentemente tal libertad tiene límites. El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales. En el caso de autos, interesa cuestionar los límites de la facultad de auto organizarse, la que se ve reflejada en la posibilidad de que la Directiva de la Asociación regule sus propias actividades. Desde luego, aquella regulación no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y otros bienes fundamentales.

En efecto, a juicio del autor —y siguiendo el razonamiento de la citada sentencia del Tribunal Constitucional— la libertad de asociación no puede tener mayor valor que la igualdad ante la ley, aunque la ejecución de un contrato (el estatuto de un club o su interpretación) conduzca a lo contrario, puesto que el primero de los nombrados (igualdad y no discriminación) resulta consustancial a la dignidad de la persona humana que constituye el valor constitucional supremo<sup>20</sup>. La libertad de asociación no tiene el mismo grado de valoración constitucional (consustancial a la dignidad de la persona) por lo que en una confrontación de derechos (libertad de asociación versus igualdad y no discriminación) la interpretación constitucional hará salir victorioso al derecho que en mejor posición deje a la dignidad de la persona.

En el caso concreto de la aplicación del Decreto Supremo no cabe la menor duda de que el ejercicio de ponderación de derechos obliga a dar prevalencia al respeto a la igualdad entre hombres y mujeres que el derecho de asociación. Ello sin dejar de mencionar que el desarrollo de la protección internacional a favor de la igualdad entre hombres y mujeres, que se ha señalado en el acápite anterior, es creciente mientras que no lo es en materia del derecho de libre asociación.

¿Superarían los estatutos de los clubes el «test de igualdad» para distinguir la diferenciación del derecho de asociación entre varones y mujeres de una afectación a la igualdad ante la ley y la no discriminación?

¿Se podría argumentar que la ejecución que se lleva a cabo del estatuto de un club al diferenciar en la práctica los derechos del hombre y la mujer, permitiendo que solamente los primeros accedan a la condición de asociados, está haciendo una diferenciación permitida por la Constitución sin infringir el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución? Para responder a esta pregunta, en materia de igualdad ante la ley y no discriminación, el Derecho Constitucional ha desarrollado el llamado «test de igualdad». Este *test* se aplica, y lo hace frecuentemente el Tribunal Constitucional, cada vez que se quiera identificar qué

---

<sup>20</sup> Artículo 1 de la Constitución.- «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

normas —en nuestro caso normas estatutarias— que establecen diferenciaciones son constitucionalmente admisibles en el marco de la Ley Fundamental (las que superan el *test*); y cuáles son inconstitucionales (porque no superan el *test* de igualdad).

A juicio del autor, la diferenciación entre hombres y mujeres para establecer distinto goce y ejercicio del derecho de asociación no supera siquiera el primer paso del «test de igualdad». En efecto, este obliga a determinar si la diferenciación en el derecho de asociación está destinada a cumplir con un fin constitucionalmente válido, esto es un objetivo o valor constitucional que esté consagrado en la propia Constitución. ¿Cuál sería el valor constitucional que permita reconocer que solamente los hombres pueden ejercer válidamente el derecho de asociación en un club, que esté por encima del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación? No existe en el esfuerzo diferenciador que se quiera aplicar a los clubes sociales y deportivos dicho valor constitucional, por lo que el trato diferente entre hombres y mujeres para el goce y ejercicio del derecho de libre asociación dentro de un club no es admisible constitucionalmente y debe prevalecer el derecho a la igualdad ante la ley que el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución consagra.

En la misma dirección, los estatutos de los clubes que excluyan a las mujeres o las prácticas que con el mismo propósito se hayan desarrollado, no superarían el primer paso del mencionado *test*, puesto que supone una intervención grave en el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación. Tal gravedad se produciría por sustentarse la diferenciación en uno de los motivos prohibidos por el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución: el sexo. Así, lo que podría ser un motivo objetivo de diferenciación —que justifica las acciones afirmativas a favor de los derechos de la mujer para superar la situación de postración que proviene del pasado— en el presente caso resulta vedado pues en lugar de buscar la mejora en la equiparación de derechos produce el efecto contrario: la limitación para las mujeres del goce y ejercicio del derecho de asociación a un club social y deportivo.

Adicionalmente, encontramos que el tercer paso del «test de igualdad» —que convoca a analizar la necesidad que pueda justificar la medida diferenciadora para permitirla— tampoco podría ser superado por los estatutos de los clubes sociales y deportivos mientras mantenga excluida la participación de las mujeres como asociadas. En efecto, el requisito de necesidad para superar este paso del *test* exige que se demuestre que no hay otra medida posible que la diferenciación para justificarla. ¿Cómo podría admitirse esto a la luz de otras asociaciones sin fines de lucro que tienen un objetivo social y deportivo como el que podría tener un club que discrimine, que no hacen tal distinción entre hombres y mujeres

para gozar y ejercer el derecho de asociación? En la medida en que la comparación con clubes similares (el Centro Naval del Perú que fue objeto del proceso constitucional antes citado y otros cuya participación de socias mujeres es de conocimiento público) demuestre que no resulta necesario realizar la distinción para cumplir con un propósito constitucional válido que hemos visto es inexistente en este caso— no se habrá superado satisfactoriamente el paso tercero del «test de la igualdad».

Al respecto, el Supremo Intérprete ha señalado lo siguiente<sup>21</sup>:

1. [...] la delimitación de los fines de una asociación no está sujeta a la discrecionalidad del Estado, sino a la consideración de sus miembros, siempre y cuando su objeto no afecte los principios y valores constitucionales [...].

[...] 7. La prerrogativa de la no admisión

La doctrina y el derecho positivo establecen que, bajo determinadas condiciones de razonabilidad y de no discriminación, puede considerarse como legal que no se acepte la incorporación de una persona al seno de una asociación.

Carlos Santiago Nino (2002, p. 336) afirma:

Hay [...] asociaciones que requieren del *afectio societatis*, o una confianza mutua o cualidades determinadas, o compartir ciertos fines comunes, que hacen absolutamente plausibles la exclusión de ciertos candidatos.

Es evidente que dicha prerrogativa tiene alcances residuales, por cuanto las razones de no admisión jamás podrán ampararse en el desconocimiento del principio de dignidad de las personas, así como tampoco en condiciones no explicitadas en los objetivos de la asociación [...].

De lo antes expuesto, se desprenden dos preceptos que deben ser observados por las organizaciones jurídicas sin fines de lucro como los clubes sociales y deportivos. De un lado, que se respeten los principios y valores contenidos en la Constitución (derecho a la igualdad); y, del otro, a los límites que la propia Carta Suprema y el Tribunal Constitucional han impuesto al derecho de asociación (razonabilidad de la exclusión con respecto a los objetivos de la asociación).

En consecuencia, aún cuando el estatuto de un club social y deportivo no contenga ninguna exclusión explícita de las mujeres como asociadas, si su aplicación en la práctica da por resultado una discriminación por razón de género

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de mayo de 2004, recaída en el Expediente 1027-2004-AA/TC sobre Recurso extraordinario interpuesto por don Melquiades Cruz Huamán y otros contra la resolución de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

esta resulta igualmente contraria a la Carta y su adecuación a los estándares constitucionales resultará necesaria.

Por último, con los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional en la sentencia de amparo recientemente aludida, a juicio del autor, el mantener la diferenciación en el acceso al derecho de asociación en un club por razón de sexo (esto es exclusivamente para los varones) violenta el sexto paso del «test de igualdad» relativo a la proporcionalidad de la diferenciación *strictu sensu*. En efecto, ¿qué relación de causalidad o criterio de proporcionalidad puede haber para que en un club que se caracterice por su actividades de deporte, su vida social y familiar, sus eventos culturales, sus instalaciones deportivas y el cultivo de las tradiciones patrióticas, se justifique que solamente los varones gocen y ejerzan a plenitud el derecho de asociación?

¿Bajo qué criterio de proporcionalidad, en estricto, se podría admitir que a los fines de los clubes deportivos cabe vedar el acceso a las mujeres al derecho de ser asociadas y excluirlas de los derechos políticos que tal condición jurídica entraña? ¿Por qué un club social y deportivo podría contarse entre las excepciones a la igualdad de acceso al derecho de asociación comparado con sus similares en la capital, o tal vez en toda la República, si en las actividades sociales deportivas y culturales participan por igual hombres y mujeres y las instalaciones de los clubes están abiertas a ambos sexos?

Consideramos que no hay razón ni proporción en el mantenimiento de la diferenciación —que en rigor constituye discriminación— entre hombres exclusivamente con derecho de asociación y mujeres en una situación vedada a dicho derecho, al interior de asociaciones sin fines de lucro como los clubes sociales y deportivos, a la luz de lo previsto en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, las normas de Derecho Internacional sobre la materia y los tratados que el Perú ha ratificado, no solamente para reconocer derechos por igual al hombre y a la mujer sino para erradicar toda forma de discriminación que afecte el ejercicio de los derechos de la mujer.

Adicionalmente a ello, las obligaciones que el Perú ha asumido conforme a los tratados internacionales y a su interpretación, a la que hemos hecho referencia en el acápite anterior, obligan a que el Estado Peruano tome medidas concretas para eliminar cualquier obstáculo que impida que mujeres y hombres se encuentren en pie de igualdad en términos de sus derechos y, conforme al inciso f) del artículo 2 de la CEDAW a revertir situaciones del pasado adoptando: «[...] todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer».

## EL *AFFECTIO SOCIETATIS* COMO FUNDAMENTO Y LÍMITE DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

La Constitución consagra el derecho de asociación como derecho fundamental en el artículo 2, numeral 13)<sup>22</sup> y lo hace con el objeto de que las personas privadas puedan asociarse y constituir fundaciones, sin autorización previa y con arreglo a ley. Precisa además que las asociaciones no pueden ser disueltas por resolución administrativa. No obstante, el derecho de asociación, como cualquier otro derecho fundamental, tiene límites y dentro de ellos se ha debatido, con respecto a las asociaciones en las que se sustentan los clubes deportivos y sociales, la posibilidad de establecer diferenciaciones entre los asociados y exclusiones concretamente en relación al género.

No parece necesario discutir si estatutariamente se pueden establecer diferenciaciones en las asociaciones, sobre bases objetivas y razonables, como lo ha determinado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias<sup>23</sup> y lo admiten distinguidos tratadistas nacionales (Eguiguren Praeli, 1997, p. 71)<sup>24</sup>. Lo que interesa es determinar, a la luz del desarrollo constitucional en el Perú, el cómo y hasta qué punto las diferenciaciones y exclusiones pueden quedar válidamente establecidas sin afectar el derecho de no discriminación consagrado en el artículo 2, numeral 2) de la Constitución.

De una parte, cabría preguntarse, ¿el derecho de asociación que consagra la Constitución garantiza un derecho de ingreso a una asociación o club social y deportivo a todo el que decida postular? Y la respuesta en negativa, el derecho de asociación no supone un derecho garantizado de ingreso a una asociación<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Artículo 2 de la Constitución.- «Toda persona tiene derecho:

[...] 13) A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa [...]».

<sup>23</sup> Dentro de las más importantes es la recaída en el Expediente 018-2003-AI/TC, de fecha 26 de abril de 2004, interpuesta por 5077 ciudadanos.

<sup>24</sup> Este mismo criterio ha sido ampliado por el citado autor en un informe legal que ha tenido la amabilidad de proporcionarnos en el que señala:

«Pero este derecho constitucional como todos, no es absoluto y tiene límites. Es así que debe tenerse presente que la decisión o el deseo de una persona de formar parte de una asociación sin fines de lucro ya existente, *no le confiere automáticamente al postulante el derecho a ser admitido como asociado a dicha entidad*. Conlleva a este respecto una suerte de *expectativa o aspiración*. Y es que las asociaciones privadas se constituyen por voluntad de los socios en función de ciertos objetivos y fines institucionales lícitos. Por *ello la asociación y sus integrantes tienen el derecho a admitir o no a un postulante, tras evaluar si el candidato o candidata reúnen los requisitos exigidos por los estatutos y comparte los fines institucionales*» (resaltado en respetado según el original de la opinión emitida al respecto).

<sup>25</sup> En este mismo sentido ha opinado Eguiguren Praeli en la opinión que ha temido la amabilidad de facilitar al autor.

pues admite válidamente que se establezcan requisitos para su ejercicio que todo aspirante debe cumplir, además de la aprobación por los mecanismos internos, el pago de las cuotas correspondientes, etcétera.

De la otra, sí cabe señalar que, en todo caso, lo que la Constitución garantiza es que el derecho de asociación y el derecho de ingreso no esté sujeto a condiciones que supongan una exclusión de género que equivalga a una discriminación pues esta está prohibida directamente por el artículo 2, numeral 2) de la Carta.

En este contexto, ¿cuándo y cómo sería admisible que se establezcan condiciones de diferenciación en función del género en las asociaciones privadas bajo las cuales se organizan los clubes sociales y deportivos? La Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada<sup>26</sup>, si bien relativa al derecho de asociación de una cooperativa, da la clave con el razonamiento constitucionalmente admisible.

Citando al distinguido jurista argentino Nino, el Tribunal, en la misma sentencia, deja establecido que es esencial al derecho de asociación que todos los integrantes de esta participen del *afectio societatis*, esto es de la voluntad de pertenecer voluntariamente al mismo cuerpo asociativo dentro del cual se comparten ideales comunes, objetivos de una colectividad, valores compartidos y fines a los que los asociados adhieren. En consecuencia, dependerá del objetivo social que los estatutos de cada asociación y a condición de que los fines perseguidos por estas asociaciones sean compatibles con la Constitución. Junto con la práctica desarrollada en su vida asociativa, habrá que determinar —para el caso del presente ensayo— si esos fines sociales que constituyen el vértice del *afectio societatis* son razonables y posibles de verificar para que se admita la exclusión de personas de determinado sexo.

Así, parece difícil que en las asociaciones sociales y deportivas en las que se comparte la vida familiar, la dedicación del deporte, el cultivo de valores competitivos y hasta valores nacionales a los que los clubes adhieren pueda ser compatible con una exclusión por género, pues no es razonable ni proporcionado defenderlo en el marco de los derechos constitucionales.

Pero si objetivamente encontramos una asociación que desde sus orígenes y por sus fines sociales se define como compatible con la participación exclusiva de asociados hombres, o mujeres, o de personas con determinada opción sexual y esta exclusividad —que supone una verdadera segregación— esté claramente establecida en el objetivo social de la asociación y resulte razonable y proporcionado que así se mantenga pues se desprende de los objetivos y fines sociales,

---

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de mayo de 2004, recaída en el Expediente 1027-2004-AA/TC sobre Recurso extraordinario interpuesto por don Melquiades Cruz Huamán y otros contra la resolución de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

no sería constitucionalmente reprochable que tal exclusión —vía diferenciación admisible— conviva con el derecho principio de no discriminación y el derecho de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución. Se encontrará aquí que el *afectio societatis* no es abierto, no es incluyente, no es universal, sino por el contrario cerrado, excluyente y particular, restringido a determinadas condiciones preestablecidas y anunciadas en el marco del objeto social compatible con la Constitución, de manera que cualquier persona razonable advierta las peculiaridades de tal asociación, tome una opción debidamente informada y decida postular o no a una asociación que prevé una segregación por género.

### **Aplicación de la ley en el tiempo a los efectos de las disposiciones del Decreto Supremo 004-2008-MIMDES y el artículo 103 de la Constitución**

Ante cambios legislativos como el que acarrea la Ley 28983 —e inclusive más lejos, la consagración a nivel constitucional del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación que trajeron en sus respectivos capítulos de derechos fundamentales la Constitución de 1979 y la vigente de 1993— aparece siempre la duda de si las normas posteriores afectan a los actos jurídicos surgidos bajo normas anteriores que, en un momento previo, dispusieron que únicamente los varones pudiesen adquirir la calidad de asociados. ¿Puede una ley posterior del Congreso —y para el caso, constituciones posteriores a la adopción de los estatutos de la mayoría de los clubes que excluyen a las mujeres de la condición de asociadas— modificar el pacto de los socios, la forma como este se ejecuta o la interpretación que hasta el momento se ha admitido de dicho pacto? ¿Cómo quedaría cumplido el artículo 62 de la Carta que, en materia contractual, prevé que ninguna ley u otras disposiciones de cualquier clase (como lo es el Decreto Supremo) puede modificar los términos contractuales<sup>27</sup>?

Para responder a estas preguntas hay que referirse a dos temas puntuales. De una parte, la disposición constitucional antes referida (el primer párrafo del artículo 62) ha sido objeto de intenso debate y serias críticas por su redacción defectuosa, pues daría la impresión de que garantiza la ultra actividad de los contratos aún cuando normas de orden público sean dictadas por las autoridades en el ejercicio legítimo de sus funciones. Ello no es así, pues solamente en los contratos en los que el Estado celebra con inversionistas bajo la modalidad de «contratos-ley» se les otorga a estos la garantía de ultra actividad de los términos contractuales aún cuando se dicten leyes posteriores que los modifiquen.

---

<sup>27</sup> Artículo 62 de la Constitución.- «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]».

Esta última es una categoría muy especial de contratos que se celebran con el Estado y que gozan de un blindaje constitucional que impide que leyes posteriores los modifiquen, efecto que no puede ser extendible a contratos celebrados entre particulares como lo son los estatutos de los clubes.

Pero la otra razón para considerar válida la legislación posterior a los términos contractuales de los estatutos de los clubes sociales y deportivos, que desde su nacimiento solamente previeron el derecho de asociación de los varones, la encontramos en el artículo 103 de la Constitución<sup>28</sup> que regula precisamente la aplicación de la ley en el tiempo. Este artículo —que fue recientemente modificado— ha asumido la doctrina de los «hechos cumplidos» —abandonando su redacción anterior relativa a los «derechos adquiridos»— para saber si una ley posterior modifica los efectos pendientes de realizarse de los actos jurídicos nacidos bajo el imperio de una ley anterior. Ello también es aplicable al contenido de los términos del contrato, esto es, del estatuto del club correspondiente.

La redacción de la parte pertinente del artículo constitucional 103 es bastante clara: «[...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos[...]».

Dicho precepto determina que la nueva ley sí se aplica a las consecuencias de relaciones jurídicas preexistentes; vale decir, que aunque una relación jurídica haya surgido con anterioridad a la ley —como ocurre con los estatutos de la mayoría de los clubes que excluyan a las mujeres de la categoría de asociados— la nueva ley se aplica y modifica los efectos que sobreviven a este acto anterior («a las consecuencias de relaciones jurídicas preexistentes»). Así, aunque los estatutos de un club social y deportivo, desde su origen, hayan previsto únicamente el goce y ejercicio del derecho de asociación de los varones o así haya sido interpretado, por virtud de la nueva ley (las constituciones de 1979 y de 1993, la Ley 28983 y el Decreto

---

<sup>28</sup> Antes de la reforma constitucional, el artículo 103 de la Constitución tuvo el siguiente texto: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho».

Texto vigente del artículo 103 de la Constitución, modificado por la Ley 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004.- «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho».

Supremo 004-2008-MIMDES) los efectos de dicho acto estatutario se rigen por las nuevas leyes que obligan a eliminar toda diferencia entre hombres y mujeres y a permitir el pleno goce de derecho de asociación de estas últimas.

Finalmente, en materia de derechos humanos —como el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, unido al creciente reconocimiento de dicha igualdad entre los hombres y mujeres— cabe mencionar la naturaleza progresiva de la que estos gozan, lo que supone que, con los avances de la civilización, se viene produciendo un efecto por abarcar y superar situaciones previas que las normas jurídicas nacionales e internacionales se proponen lograr. Si las nuevas normas no pudieran aplicarse a las consecuencias de actos preexistentes, simplemente el papel que el derecho cumple en el cambio social no podría ser alcanzado ni los mandatos de optimización que los derechos fundamentales suponen tampoco podrían ser cumplidos. Uno de los casos en los que mejor se ilustra este avance del reconocimiento de derechos humanos y el papel progresivo de estos es precisamente el de los derechos de la mujer, que a partir del siglo XX ha ingresado a una fase expansiva de la que el Perú no podría ser una excepción y los clubes sociales y deportivos tampoco.

Desde el punto de vista de la aplicación de la ley en el tiempo, el Decreto Supremo es constitucional y más bien configura una manera de hacer cumplir normas imperativas, de naturaleza progresiva, especialmente en el campo de los derechos de la mujer, que por pertenecer al orden público deben regir las consecuencias futuras de relaciones jurídicas preexistentes, como en este caso serían los estatutos de los clubes.

### **Constitucionalidad por razones de forma: facultades del Poder Ejecutivo para hacer cumplir la Constitución y la Ley y para reglamentar las normas legales**

Aunque el Decreto Supremo no lo menciona, materialmente su contenido corresponde a la atribución/obligación que tiene el Ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República de cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados internacionales y toda otra norma con rango de ley<sup>29</sup>. ¿Acaso el artículo 1 del Decreto Supremo que se comenta obliga a algo que no esté consagrado en la Constitución, en los tratados que el Perú ha suscrito y en las leyes que el Congreso ha dictado? No queda ninguna duda, por lo que se puede afirmar que el Decreto Supremo

---

<sup>29</sup> Artículo 118 de la Constitución.- «Corresponde al Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales [...]».

ha sido dictado tomando en cuenta la primera de las atribuciones que la Constitución le confiere al Presidente de la República en su artículo 118.

Adicionalmente, el propio texto del mencionado artículo del Decreto Supremo invoca el inciso 8) del artículo 118 de la Carta, que consagra la potestad reglamentaria del Ejecutivo para especificar el contenido de las leyes y contribuir a su puesta en práctica y vigencia ante de la sociedad civil y la población en su conjunto. La potestad reglamentaria, sin embargo, tiene límites constitucionales reconocidos tradicionalmente en el Perú y claramente establecidos por el precepto constitucional, a saber:

- *La reglamentación no puede transgredir el marco de la ley que el Ejecutivo pretende reglamentar.* Ello supone no ir más allá de lo preceptuado por el Legislativo en el marco de la Ley 28983, respetar su texto y el marco fijado en este caso por el Congreso de la República, que es donde reside la facultad de dar las leyes conforme al artículo 102 de la Carta<sup>30</sup>.

Aunque la doctrina nacional no ha elaborado mayormente algo sobre la potestad reglamentaria, en el ámbito del constitucionalismo brasileño (de Moraes, 2004, p. 442) encontramos expresiones tan claras sobre la potestad reglamentaria como las siguientes:

La facultad de poder reglamentar del Ejecutivo se sitúa dentro del principio constitucional de la separación de poderes, pues, salvo en situaciones de relevancia y urgencia, el Presidente de la República no puede establecer normas generales creadoras de derechos u obligaciones por esta función del poder legislativo. Así el reglamento no podrá alterar disposiciones legales ni tampoco crear obligaciones distintas a las previstas en la disposición legislativa.

---

<sup>30</sup> Artículo 102 de la Constitución.- «Son atribuciones del Congreso:

Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.

Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.

Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.

Ejercer el derecho de amnistía.

Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.

Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.

Autorizar al Presidente de la República para salir del país.

Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa».

Esa prohibición no significa que el reglamento deba reproducir literalmente el texto de la ley, pues ello sería de flagrante inutilidad. El poder reglamentario solamente será ejercido cuando algunos aspectos de la aplicabilidad de la ley son conferidos al Poder Ejecutivo, que deberá evidenciar y explicitar todas las previsiones legales, decidiendo la mejor forma de implementarla y, eventualmente, inclusive, llenando lagunas de orden práctico o técnico (la traducción corresponde al autor).

Transgredir la ley, por la vía reglamentaria, sería admitir que el Ejecutivo puede legislar sin facultad expresa del Congreso para ello<sup>31</sup> o fuera del marco limitado de la legislación de urgencia<sup>32</sup>; sería invadir el campo propio del Congreso por medio de una norma de rango inferior a la ley, como lo son los Decretos Reglamentarios. En este marco cabe formularse la siguiente pregunta: ¿transgrede a la Ley 28983 el Decreto Supremo? No la transgrede; por el contrario busca su fiel cumplimiento, por lo que a juicio del autor el Decreto Supremo es un decreto presidencial que cumple con la función reglamentaria sin ir más allá del texto de la ley que reglamenta.

- *La reglamentación no puede desnaturalizar la ley que dictó el Congreso.* Ello supone que el Poder Ejecutivo al reglamentar no puede atentar contra los objetivos y propósitos por los que se dictó una ley. La doctrina llega más lejos al considerar que la desnaturalización implica atentar contra el espíritu de la ley. En efecto, puede darse el caso de reglamentos que, respetando el texto de la ley que los genera, incorporan en los decretos que los contienen dispositivos que atentan contra los fines de la norma dictada por el Congreso. Esto último es desnaturalizar la Constitución que tampoco admite que por norma infra-legal (como un simple decreto) se frustre la labor del Parlamento y se atente contra la eficacia de las leyes.

Dado que —como acabamos de señalar— la doctrina constitucional peruana no es abundante en materia de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo y que tampoco hay pronunciamientos jurisprudenciales más allá de los ya citados, resulta saludable recurrir a la doctrina extranjera que permita obtener

<sup>31</sup> Artículo 104 de la Constitución.- «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo».

<sup>32</sup> Artículo 118 de la Constitución.- «Corresponde al Presidente de la República: [...]»

19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia [...].»

derroteros para enmarcar dentro de los límites señalados por la Constitución la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo en cabeza del Presidente de la República. Así, Sagües (2001, p. 598) proclama: «Si el decreto (reglamentario) se mantiene dentro de las variables que permite la ley es constitucional».

En este orden de ideas, el constitucionalista argentino señala que

El decreto reglamentario está jerárquicamente subordinado a la ley. Según la Corte Suprema, tal dependencia más que a la letra de la ley lo es con relación al espíritu de ella. Por eso el texto legal puede ser modificado por el decreto en cuanto a sus modalidades de expresión, siempre que no afecte su sustancia. La sustancia de la ley —dice la Corte— atañe a su espíritu y a sus fines (Sagües, 2001, pp. 597-598).

Cabe entonces preguntarse ¿el Decreto Supremo traiciona los fines de la Ley 28983? ¿Contiene algún dispositivo que frustre los fines buscados por dicha ley, especialmente si la interpretamos a la luz del inciso 2) del artículo 2 de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte y que hemos mencionado anteriormente en este ensayo? No los traiciona, pues más bien que los dispositivos del Decreto Supremo, especialmente su artículo 1, se alinean con los fines buscados por las normas legales y con el núcleo esencial del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación consagrado en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución.

Los artículos 2, 3 y 4 de carácter instrumental del Decreto Supremo no siguen la misma suerte del artículo 1 en materia de constitucionalidad.

Evidentemente, el autor hace una distinción en el análisis de la constitucionalidad y de la legalidad del Decreto Supremo entre el artículo 1, que reitera, no merece ningún reproche jurídico desde el punto de vista constitucional, de las dispositivos instrumentales que están contenidos en el resto del Decreto Supremo: el artículo 2 (el plazo para cumplir con la norma), artículo 3 (el papel verificador del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano), artículo 4 (la remisión al Código Civil para la solicitud por parte del Ministerio Público de la disolución de las asociaciones que incumplan con la adecuación de los estatutos para garantizar la igualdad ante la ley de hombres y mujeres a que se refiere el artículo 1 del Decreto Supremo y, finalmente, la remisión al Código Penal que el propio artículo 4 contiene para que el Ministerio Público proceda a denunciar a los responsables por el delito de discriminación tipificado en el artículo 323 del Código Penal).

Los artículos instrumentales del Decreto Supremo —que requerirían un análisis más detenido— son criticables por el sesgo claramente autoritario que sus medidas entrañan. En efecto, resulta desproporcionado pretender que la falta de

cumplimiento de la adecuación de los estatutos de los clubes a los postulados constitucionales y legales de no discriminación, en un plazo tan corto de noventa días desde la promulgación del Decreto Supremo, justificarían que se aplique la sanción civil de disolución de la asociación. Como resulta igualmente carente de toda proporción la consecuencia administrativa, en sede del Ministerio Público, para que se denuncie a los que fuesen responsables por el delito de discriminación.

No es el momento ni el propósito de abordar la inconstitucionalidad o la ilegalidad de las disposiciones instrumentales del Decreto Supremo. Pero evidentemente ante la situación planteada caben dos caminos previstos en el Código Procesal Constitucional: (i) se interpone un proceso constitucional de acción popular<sup>33</sup> contra los artículos instrumentales del Decreto Supremo para cuestionar su legalidad y buscar su inaplicación *erga omnes*; o (ii), frente a casos concretos que puedan reputarse como actos lesivos de los derechos constitucionales de los clubes sociales y deportivos o de sus directivos y asociados, por la amenaza de aplicación de sanciones civiles o penales, se recurra a la vía del amparo buscando la inaplicación de dichos dispositivos a casos concretos<sup>34</sup>.

En el mismo sentido, la combinación de un plazo tan corto con la orden imperativa de que el Ministerio Público debe proceder a solicitar la disolución judicial de la asociación que incumpla o a la denuncia penal de los que presuntamente hayan incurrido en el delito de discriminación refleja arrestos autoritarios en la reglamentación gubernamental, ciertamente criticables, especialmente al concebirse la liquidación por iniciativa de la Administración de la persona jurídica. Esta es una consecuencia extrema que puede violentar el derecho de asociación que corresponde a los privados mediante una intervención sin proporciones de la administración del Estado.

---

<sup>33</sup> Artículo 200 de la Constitución.- «Son garantías constitucionales:

[...] 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen [...].»

Artículo 76 del Código Procesal Constitucional.- «La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso».

<sup>34</sup> Artículo 200 de la Constitución.- «Son garantías constitucionales:

«[...] 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos en la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente,

No procede contra normas legales ni contra Resoluciones del Poder Judicial emanadas de procedimiento regular [...].»

Título III, artículos 37 y siguientes del Código Procesal Constitucional

Ahora bien, estos excesos de la reglamentación, que no responden a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, podrían ser superados a través de modificaciones a los artículos instrumentales del Decreto Supremo que podría lograrse de manera más expeditiva que un pronunciamiento jurisdiccional en el marco de un proceso de acción popular en el que no están previstas medidas cautelares o en el marco de un proceso de amparo en el que el carácter residual que le ha impreso el nuevo Código Procesal Constitucional y la interpretación que viene siendo aplicada por los jueces puede hacer ilusorio su logro en el corto plazo.

### **A MODO DE CONCLUSIÓN**

- 1º Dado que el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación entre hombres y mujeres está consagrado en la Constitución (artículo 2, numeral 2), las normas estatutarias de los clubes deportivos y sociales que habiliten únicamente a los varones a adquirir la categoría de asociados con plenos derechos de participación política en las asociaciones, así como las interpretaciones que en la práctica conduzcan al mismo resultado, son contrarias a la Constitución.
- 2º Dichas estipulaciones estatutarias, o interpretaciones que en la práctica conduzcan a discriminar en el acceso de los varones y las mujeres a la categoría plena de asociados, son igualmente contrarias a las disposiciones de los convenios internacionales que el Perú ha ratificado en materia de derechos humanos, protección de los derechos de la mujer y erradicación de las prácticas discriminatorias contra ellas, los que a la luz de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y de la reiterada jurisprudencia que ha venido desarrollando el Tribunal Constitucional del Perú contienen preceptos de rango constitucional e integran el núcleo del principio de interpretación conforme a los derechos humanos que nuestro constitucionalismo reconoce.
- 3º Sobre la base del artículo 2, numeral 2) de la Constitución y las obligaciones asumidas por el Estado Peruano de eliminar las causas de discriminación entre hombres y mujeres, así como en ejecución reglamentaria de lo dispuesto por la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres—Ley 28983— es admisible que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria al amparo del artículo 118, numerales 1) y 8) de la Constitución como lo ha hecho en este caso a través del Decreto Supremo.
- 4º El artículo 1 del Decreto Supremo que, en ejercicio de la potestad reglamentaria, dispone la adecuación de los estatutos de las asociaciones bajo las cuales se haya organizado clubes deportivos y sociales a los postulados de no

discriminación establecidos en la Constitución, en los convenios internacionales ratificados por el Perú y en las leyes de la materia aprobadas por el Congreso de la República no es contrario a la Constitución, ni:

*Por razones de fondo:* puesto que el derecho a la no discriminación ponderado frente al derecho de asociación sale triunfante por responder, en su esencia, a la dignidad de la persona humana que es valor constitucional supremo que la Carta preserva y porque, por estas mismas razones, los estatutos de los clubes sociales y deportivos, excluyentes de la asociación de las mujeres, no superan el «test de la igualdad» aplicado por el Tribunal Constitucional;

*Por razones de forma:* puesto que el artículo 1 del Decreto Supremo cumple con el contenido de los numeral 1) y 8) del artículo 118 de la Constitución que regula la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo al enmarcarse dentro de la atribución presidencial de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes y de no transgredir ni desnaturalizar la ley que reglamente; y

Tampoco es contrario a la Constitución, *ratione temporis:* puesto que al tratarse de normas posteriores a la aprobación de los estatutos de los clubes deportivos y sociales, corresponde la aplicación inmediata de las nuevas leyes para regular las consecuencias jurídicas de actos nacidos en el pasado, de conformidad con la modificación introducida al artículo 103 de la Constitución que ha abandonado el criterio de derechos adquiridos para aplicar actualmente el de los hechos cumplidos.

- 5° El Tribunal Constitucional, en los dos casos de amparo en que ha resuelto sobre el derecho de asociación y la facultad de no asociar (que corresponde como efecto negativo de este derecho fundamental), ha privilegiado el principio de no discriminación sobre el derecho de asociación, ubicando solamente al primero en el ámbito de la dignidad de la persona humana. Pero también ha dejado establecidas pautas para el ejercicio del derecho de asociación en el marco del *afectio societatis* que corresponde analizar. Así, diferenciaciones válidas entre asociados y la negativa a la incorporación de postulantes al seno de la asociación, serán admisibles en función de los fines y objetivos plasmados en los estatutos de las asociaciones, siempre que se hagan bajo determinadas condiciones de razonabilidad y respeten la dignidad de la persona. De aquí se deduce que los fines sociales y deportivos señalados en abstracto en los estatutos de los clubes sociales y deportivos difícilmente permitirán diferenciar razonablemente entre varones y mujeres, sobre todo si en el uso de las instalaciones sociales y deportivas no hay diferenciación justificada entre uno y otro sexo.

- 6º Pero si objetivamente encontrásemos una asociación que, desde sus orígenes y por sus fines sociales se define como compatible con la participación exclusiva de asociados hombres, o mujeres, o de personas con determinada opción sexual y esta exclusividad —que supone una verdadera segregación— esté claramente establecida en el objetivo social de la asociación y resulte razonable y proporcionado que así se mantenga pues se desprende de los objetivos y fines sociales, no sería constitucionalmente reprochable tal exclusión. Se encontrará aquí que el *afectio societatis* —que resulta clave para dilucidar este debate— no es abierto, no es incluyente, no es universal, sino por el contrario es cerrado, es excluyente y es particular, restringido a determinadas condiciones preestablecidas y anunciadas en el marco del objeto social compatible con la Constitución, de manera que cualquier persona razonable advierta las peculiaridades de tal asociación, tome una opción debidamente informada y decida postular o no a para pertenecer a un club que prevé una segregación por género.
- 7º El análisis de Constitucionalidad que ha llevado a las conclusiones anteriores en relación al artículo 1 del Decreto Supremo no puede extenderse a los artículos instrumentales de dicho dispositivo (en especial los artículos 2, 3 y 4 que se refieren al plazo de adecuación, a las atribuciones de la administración para proceder a la disolución de las asociaciones incumplientes y a la denuncia por el delito de discriminación a las personas que resulten responsables frente a la no adecuación de los estatutos de los clubes sociales y deportivos a lo dispuesto en el artículo 1).
- 8º Estos artículos instrumentales ponen de manifiesto un claro sesgo autoritario que podría lesionar derechos fundamentales de las asociaciones bajo las cuales se organizan estos clubes deportivos y sociales y de las personas responsables por el incumplimiento de la obligación de adecuación que resultan contrarios a la Constitución. Esta situación abre la posibilidad de recurrir al proceso de acción popular para cuestionar la legalidad *erga omnes* de los artículos instrumentales del Decreto Supremo o, en el caso de que se configuren actos lesivos relativos a situaciones concretas, la posibilidad de interponer procesos de amparo para buscar la inaplicación de dichos dispositivos a la situación particular de cada demandante.

Miraflores, 27 de julio de 2008

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

De Moraes, Alexandre (2004). *Direito Constitucional*. Sao Paulo: Atlas.

Eguiguren Praeli, Francisco (1997). Principio de Igualdad y Derecho a la No discriminación.: *Ius et Veritas* 15.

Nino, Carlos Santiago (2002). *Fundamentos del derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Sagües, Néstor Pedro (2001). *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 1. Buenos Aires: Astrea.