

César Landa Arroyo

Cuestiones urgentes de derecho constitucional

Crisis democrática, derechos y
jurisdicción constitucional-convencional



Capítulo 1
Modelo constitucional

*El modelo constitucional del Perú**

1. MODELO DE ESTADO, ORGANIZACIÓN POLÍTICO-TERRITORIAL Y CIUDADANÍA

La Constitución de 1993 define al Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho. De acuerdo con sus características básicas, este modelo se sustenta en los principios esenciales de solidaridad, libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, sino que pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material¹.

Una de las implicaciones prácticas del diseño jurídico-político constitucional es su estrecha relación con la democracia, dado que no hay democracia sin Constitución ni Constitución sin democracia. El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. Por ello, la democracia constituye un elemento imprescindible del Estado, ya que es una forma sustancial de organización política del mismo, es decir, un mecanismo para la consecución del principio de igualdad en el ámbito social mediante la participación ciudadana, que no se limita al ámbito electoral.

Otra de las implicaciones del sistema constitucional es el modelo económico peruano, basado en la economía social de mercado. La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho, por lo que debe ser articulada con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. En ese sentido, la economía es un instrumento al servicio de la persona y su dignidad. Asimismo, el poder económico está limitado por la Constitución, lo cual evita los posibles abusos del mismo. Por ello, el marco constitucional peruano promueve tanta economía de mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario.

* Este artículo fue publicado en Landa, C. (2011). El modelo constitucional del Perú. Estado Constitucional, 1(4).

1 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00008-2003-AI/TC.

Finalmente, es necesario mencionar la implicación de la integración social y la protección de las poblaciones vulnerables en nuestro país. Por un lado, el sistema trata de lograr la integración social, que es el resultado del respeto del pluralismo y de la puesta en práctica de la democracia, ya que su objetivo es garantizar la igualdad de condiciones para participar en la toma de decisiones que determinan el destino de una sociedad. Por otro lado, la Constitución reconoce una especial protección de las poblaciones en situación de vulnerabilidad, colectivos que, debido a sus condiciones de vida, derivadas de situaciones históricas de discriminación, se ven afectadas sistemáticamente en el disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales. En ese sentido, el texto constitucional protege de manera específica a las personas con discapacidad, a los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, los trabajadores y a los pueblos indígenas, si bien la jurisprudencia constitucional ha ampliado esta protección especial a las minorías sexuales.

De acuerdo con el artículo 43 de la Constitución, el Estado peruano es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza de acuerdo con el principio de separación de poderes. En ese sentido, el Estado unitario y descentralizado posibilita gobernar unitariamente, sin perjuicio de la existencia de los gobiernos descentralizados, regionales y municipales, que contribuyen al desarrollo de la política nacional, ejerciendo las competencias que la Constitución asigna a cada nivel de gobierno. Los gobiernos descentralizados forman parte de la unidad del Estado, por lo que no es posible que excedan las competencias conferidas por la Constitución y las leyes².

La organización territorial peruana está conformada por departamentos, provincias, distritos y centros poblados. Cada departamento cuenta con un gobierno regional que dispone de autonomía y tiene el derecho de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. En la actualidad, el país está dividido en veinticuatro departamentos y la provincia constitucional del Callao, herencia del antiguo modelo de organización territorial. Ahora bien, cabe subrayar que una de las principales obligaciones de los gobiernos regionales es respetar el carácter unitario del Estado, que constituye el fundamento del Estado constitucional de derecho.

El artículo 191 de la Constitución peruana establece la estructura orgánica básica de los gobiernos regionales, que se encargan de la administración superior de cada uno de los departamentos. En el Perú, contamos con veinticinco gobiernos regionales que están compuestos por dos órganos: un consejo regional y un gobernador regional. Asimismo, los gobiernos regionales se coordinan con las municipalidades, que tienen a su cargo las prestaciones de servicios de ámbito local en

2 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00006-2008-PI/TC.

sus respectivas jurisdicciones. Actualmente, Perú cuenta con 196 municipalidades provinciales, 1874 municipalidades distritales y 25 gobiernos regionales.

En relación con la nacionalidad y ciudadanía, cabe señalar que la nacionalidad es el vínculo jurídico y político entre el Estado y la sociedad civil que genera derechos y deberes ciudadanos y puede ser considerada el nexo jurídico-político que liga a una persona con un Estado determinado y por el que se obliga con él a través de relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor de su protección jurídica. De acuerdo con la Constitución, la nacionalidad peruana se obtiene por nacimiento, naturalización y opción. La nacionalidad se relaciona con la ciudadanía, toda vez que la ciudadanía es una condición jurídico-política en virtud de la cual un nacional puede gozar y ejercer los derechos políticos. En el Perú, es necesario contar con dieciocho años y documento nacional de identidad para ejercer no solo los derechos políticos, sino también los derechos civiles. No obstante, el ejercicio de los derechos asociados a la ciudadanía puede ser restringido en ciertos supuestos; por ejemplo, en el caso de los condenados penales, los jueces pueden inhabilitarlos para ejercer sus derechos políticos.

Bajo el principio democrático se materializa la participación política de la ciudadanía a través de sus representantes libremente elegidos. De esta forma, el ciudadano es titular del derecho de elegir y ser elegidos para los cargos públicos de elección popular, de acuerdo con la Constitución y la ley. La condición de ciudadano otorga no solo el derecho, sino también la obligación de votar para elegir a las autoridades locales y regionales, a las que puede controlar mediante los mecanismos de la participación directa.

El modelo político de Estado nación está basado en la construcción de la “nación” como un principio unificador y homogeneizador de un conjunto de pueblos, lenguas y sus diferentes culturas. Las consecuencias de la implantación de este tipo de modelo político en contextos democráticos se concretan en un importante grado de integración de la diversidad étnica, cultural, lingüística y religiosa.

El artículo 2, inciso 19, de la Constitución del Perú reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. El Perú es un país pluricultural, pluriétnico, multilingüe compuesto por diversas naciones o nacionalidades que no han sido integradas plenamente en el modelo de unidad nacional que dio lugar a la identidad nacional al surgir como país independiente. La dependencia colonial, la dominación española y norteamericana, así como la interna impidieron la construcción de la nación peruana y sus diversas identidades, mediante la articulación e integración de lo costeño, lo andino y lo amazónico, que se manifiesta en lo que el *Amauta* José María Arguedas llamó el “Perú de todas las sangres”. En este sentido, el Estado debe representar a la sociedad y crear las condiciones para que todos los ciudadanos puedan participar en las decisiones fundamentales.

Han pasado casi treinta años y la Constitución peruana de 1993 sigue vigente pese a su origen espurio, producto del autogolpe de Estado de Fujimori. Resulta

difícil encontrar una sola respuesta que explique su permanencia. Por un lado, la clase política no ha podido alcanzar un consenso para su reforma integral, pero sí se han producido reformas puntuales. Por otro, la ciudadanía no ha interiorizado la relevancia de un cambio constitucional o, dicho, en otros términos, no se ha producido un “momento constituyente”. No obstante, hay que reconocer que la actual Constitución no es la misma que la de 1993. Por tanto, es relevante recordar sus orígenes y evaluar sus alcances. Después de más de veinte años y de varios gobiernos, es legítimo preguntarse: ¿cuánto ha aportado la Constitución a la institucionalidad democrática y cuál será el camino a seguir? ¿Ha dado inicio a un nuevo periodo en nuestra historia constitucional?

En la actualidad, el texto constitucional presenta cambios sustanciales con respecto a su versión original. Entre otras reformas, se ha eliminado la reelección presidencial inmediata, se ha diseñado el marco constitucional básico de la descentralización, se ha incrementado el número de congresistas, se ha incorporado el derecho al sufragio de los militares y el derecho al agua potable, además de otras reformas. En las cuales, el aporte del Tribunal Constitucional ha sido fundamental.

Por otro lado, la Constitución de 1993 es, por muchas circunstancias, importante en la historia constitucional nacional, pues ha logrado cierta estabilidad democrática. En esa línea, un aspecto novedoso ha sido el impulso al proceso de descentralización mediante la instalación de gobiernos regionales electos por el voto popular y la continuidad de los gobiernos municipales. Este puede ser un espacio importante de participación política y de democratización del poder, si bien es necesario que dichas instancias de gobierno actúen con eficiencia y utilicen adecuadamente sus recursos, aunque será decisiva la efectiva transferencia de algunas competencias y funciones que ostenta el Gobierno central.

Otro aspecto que resulta importante señalar es el reconocimiento de diversos derechos relacionados con la participación política y la institucionalización de mecanismos de democracia directa —entre ellos, la iniciativa legislativa, el referéndum o la rendición de cuentas—, así como la creación de la Defensoría del Pueblo como un órgano constitucionalmente autónomo. No obstante, la parte dogmática de la Constitución de 1993 presenta una protección de los derechos fundamentales más atenuada que su antecesora de 1979, pues reduce la protección de los derechos económicos y sociales de las poblaciones vulnerables de nuestro país, como los trabajadores y las comunidades campesinas e indígenas.

Es necesario señalar que en el Perú existe un alto porcentaje de la ciudadanía que no se siente comprometida con el régimen democrático. En efecto, solo seis de cada diez ciudadanos consideran que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno. En ese sentido, el cambio constitucional requiere un acuerdo entre todas las fuerzas políticas que tome en cuenta los intereses de la población, así como la integración efectiva en las diversas vías de la participación política de los sectores vulnerables de nuestro país. Solo así existirá un verdadero “momento

constituyente”. La reforma constitucional es muy importante, pero no es suficiente, pues es necesario un cambio en nuestra clase política que le confiera la cuota de legitimidad requerida para liderar un cambio y fortalecer nuestra institucionalidad democrática, todavía débil.

En el Perú sigue siendo una tarea pendiente acometer una reforma del Estado que garantice a las personas la plena vigencia de sus derechos y se haga efectiva el control y balance de poderes. Un componente importante de esta transformación es la reforma constitucional total, dado que una democracia constitucional no solo requiere una economía estable, sino también una sólida institucionalidad.

2. MODELO ECONÓMICO

El modelo económico que establece el artículo 58 de la Constitución³ es el de una economía social de mercado (ESM). La ESM es el modelo económico del Estado social, porque delimita los márgenes del modelo económico a fin de que la economía se adecue a los principios de democracia y solidaridad proclamados en el artículo 43 de la Constitución.

Este régimen es la conjunción del clásico modelo de economía liberal y el sistema de bienestar. En otras palabras, el régimen económico integra los principios e instituciones del liberalismo en un modelo político de democracia social. Por ello, como ya se ha señalado, el modelo económico peruano en principio garantiza tanto mercado como sea necesario y tanto Estado como sea necesario.

En un sentido amplio, la ESM está basada en —y determinada por— el principio de solidaridad y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales. En relación con la primera cuestión, el Tribunal Constitucional ha entendido al principio de solidaridad como un “nexo ético común” que vincula a los miembros de la comunidad política, de tal modo que integra las libertades privadas para la consecución de fines de interés común.

Por su parte, el respeto a los derechos fundamentales tiene como base la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, que de acuerdo con el artículo primero constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado. En este sentido, la economía de mercado no puede afectar los derechos de las personas; por el contrario, la defensa y el libre desarrollo de la persona son el centro y el fin último de la actividad económica.

Respecto al funcionamiento del modelo de ESM, el principio de subsidiariedad es quizás su manifestación más clara. El concepto de subsidiariedad se construye “positivamente” —a diferencia de la clásica lógica de orden “negativo”, según la

3 Artículo 58. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

cual el Estado solo interviene en la economía para corregir las “fallas del mercado”— y promueve la participación del Estado en asuntos de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

En este sentido, la subsidiariedad no es una cláusula restrictiva, sino un parámetro de intervención bajo el cual el Estado puede (y, en algunos casos, debe) intervenir en la actividad económica con mayor o menor intensidad, y siempre de acuerdo a la actividad que realice (por ejemplo, la intervención del Estado es mayor en la regulación de bienes y servicios públicos que en lo que respecta a actividades empresariales no esenciales), adecuándose a los derechos y principios que reconoce la Constitución.

Por lo tanto, en el modelo económico de la Constitución, la libre iniciativa es la regla, pero de ninguna manera es una regla absoluta, ya que se prevé la intervención del Estado de forma solidaria.

El modelo de ESM tiene manifestaciones concretas en la Constitución; por ejemplo, el artículo 59⁴ establece límites expresos a la libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de trabajo, indicando que el ejercicio de estas libertades “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”. El Tribunal Constitucional, además, entiende que, si bien esta enumeración fortalece particularmente la protección de los bienes jurídicos mencionados, no es taxativa, sino que, en sentido amplio, el verdadero límite a las libertades económicas siempre será el respeto a los derechos fundamentales.

Esta vinculación no solo es “negativa” —en sentido prescriptivo o limitativo—, sino también es “positiva”, toda vez que el artículo 58 dispone que la actividad económica estará orientada a la eficacia y satisfacción de los derechos fundamentales. Se reafirma así la tesis central según la cual la persona es una “finalidad” y no un “objeto” más en el mercado. Esta misma idea se desprende del artículo 65⁵, que establece que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. En esta línea, el Tribunal Constitucional entiende que el consumidor —o usuario— es el “fin de toda actividad económica”, siempre que “concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar”⁶.

4 Artículo 59. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

5 Artículo 65. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

6 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 3315-2004 AA/TC, f. j. 7.

También se reafirma el principio democrático mediante la acción positiva y la promoción de la igualdad material bajo una comprensión social de la libertad económica. Bajo este prisma, el artículo 59 establece que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, y que promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Finalmente, el modelo económico también contiene cláusulas de protección indirecta a los agentes económicos. En ese sentido, el artículo 60 reconoce el pluralismo económico, que se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Asimismo, el Estado facilita y vigila la libre competencia, tal como establece el artículo 61⁷, que establece, además, que el Estado combate toda práctica monopólica y el abuso de posiciones dominantes, en particular en relación con los medios de comunicación social.

Sobre este último punto, ha sido necesaria una regulación especial. Recientemente, el ordenamiento solo disponía de una Ley Antimonopolio en el sector eléctrico, expedida a finales del siglo pasado. Sin embargo, los problemas de la realidad exigían bases más sólidas y con sustento “técnico” para determinar la presencia de monopolios y resolver problemas que ponían en peligro la eficacia de los derechos fundamentales: monopolios en el mercado de la prensa escrita, monopolios en el mercado farmacéutico, etc. De esta manera, se expidió el Decreto de Urgencia N.º 013-2019, una norma que facilita el control previo de operaciones de concentración empresarial y que sienta las bases para una regulación eficiente en materia de monopolios, pero que, por lo pronto, ha sido temporalmente suspendida.

La Constitución económica no solo reconoce derechos y garantías u orienta objetivamente la actividad económica de la nación; además, reconoce ciertos principios bajo los cuales se defiende la libre competencia como elemento sustancial del régimen económico, pero, a la vez, como una forma de protección de los usuarios y consumidores e, indirectamente, de la persona y de sus libertades esenciales.

La “liberalización” económica de la Constitución de 1993 contrasta con el modelo económico social de la Constitución de 1979, especialmente porque ha limitado los derechos sociales y económicos de los ciudadanos para promover la inversión extranjera y nacional a través de diversas vías: por ejemplo, otorgando intangibilidad jurídica a los contratos o precarizando los derechos laborales. Sin

7 Artículo 61. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

embargo, también puede destacarse la aparición de nuevos derechos como el derecho al agua potable, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, los derechos del medioambiente, los derechos de las personas con discapacidad, entre otros, que dan una nueva orientación a los principios del régimen económico.

Es importante resaltar el rol del Tribunal Constitucional en el trabajo hermenéutico sobre estas cuestiones. Si bien algunas omisiones y decretos de la dictadura flexibilizaron las garantías y derechos que sostienen el modelo de economía social, a través de un importante rol garantista y pedagógico, el Tribunal Constitucional se encargó de reivindicar el contenido y los valores solidarios y sociales que la Constitución reconoce.

La evolución en materia de derechos sociales entonces ha sido importante. Así, por ejemplo, se desarrollan los derechos laborales, la protección del trabajador y su derecho de readmisión frente al despido arbitrario o discriminatorio. En este punto hay que resaltar, nuevamente, la importancia que la Constitución atribuye a la igualdad material mediante la especial protección de quienes se encuentran en situación de desventaja. De acuerdo con el artículo 23 de la Constitución⁸, el Estado protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

Por lo que respecta a la actividad empresarial, como ya se ha señalado, está orientada por los principios del modelo de economía social de mercado. En este sentido, la Constitución establece las condiciones para una competencia libre que proteja el interés de los consumidores, garantizando su derecho a la información y protegiendo su salud y seguridad.

Además, en lo que concierne, sobre todo, a las actividades extractivas, se reivindica el derecho a un medioambiente equilibrado y la protección de los recursos naturales a fin de construir un modelo de “desarrollo sostenible” que determina la actividad económica. En ese entendido, se habla de la “responsabilidad social” del empresario, así como de la relación social del Estado como garante del bienestar general, y de la constitucionalización de la economía, de la tutela del medioambiente y la explotación sostenible de los recursos naturales. Es decir, la empresa se concibe como un agente más integrado en el modelo de economía social, y se establece su deber de respetar y promover los principios y garantías que la Constitución reconoce. Cabe aclarar, en este punto, que la protección del medioambiente no es una exclusiva protección “ambiental”; se conecta, también, con el derecho a una identidad étnica de las comunidades indígenas, y el derecho a la autodeterminación y al dominio de sus tierras y territorio, que se garantiza mediante el derecho a una consulta previa reconocido por el Convenio 169 de la OIT.

8 Artículo 23. El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.
El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Siguiendo en esta línea, y aunque ha habido una tendencia generalizada a la privatización de los servicios públicos, el Estado continúa ejerciendo una labor importante en la prestación de servicios esenciales. Esta función está fuertemente vinculada al rol orientador del Estado y a la protección de los derechos de las personas como fin último de la actividad económica. Así, la Constitución reconoce en su artículo 66⁹ que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Es decir, la Constitución reconoce que es el Estado el encargado de garantizar el acceso de los peruanos y las peruanas a los servicios básicos y esenciales.

Es en este contexto, en el que se promueve el acceso a los servicios básicos como garantía mínima y necesaria del Estado Social, se reconoce el derecho al agua potable. Este “nuevo derecho” fue reconocido por el Tribunal Constitucional en el 2004, y en 2017 fue reconocido expresamente incorporado en la Constitución, cuyo artículo 7-A dispone que toda persona tiene el derecho a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. Este artículo establece que el agua es un recurso natural esencial, un bien de dominio público, y que el Estado debe promover un manejo sostenible del mismo.

A raíz de lo expuesto, podemos concluir que el modelo de ESM reivindica la función del Estado como agente necesario para integrar las libertades económicas e individuales en la adecuada proyección y eficacia de los derechos fundamentales; cabe destacar el importante rol del Tribunal Constitucional para demarcar los límites y desarrollar los principios a cuya realización se orienta este modelo. Del mismo modo, es preciso resaltar que, en el contexto actual, el modelo de ESM implica muchas veces priorizar la protección del entorno medio ambiental, así como la defensa de la salud y de la persona, antes que a la actividad económica o extractiva; una prioridad claramente simbolizada por el reciente reconocimiento del derecho fundamental al agua potable.

3. MODELO POLÍTICO Y SISTEMA DE GOBIERNO

En cuanto al sistema de gobierno —la organización y delimitación de poder—, cabe señalar que la república del Perú tiene un sistema de gobierno presidencial atenuado. Esta definición parte de las instituciones que facultan al presidente de la República ejercer las potestades para gobernar, establecidas en la Constitución de 1993. Las facultades gubernamentales y de administración del Estado se concentran, en su mayoría, en la figura del presidente. Sin embargo, a la presidencia

9 Artículo 66. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

de la República se han sumado otras instituciones propias del Poder Ejecutivo como el Consejo de Ministros —artículos 119 al 129— y los dos vicepresidentes —artículos 111 y 115—. Dado que ambas figuras están reconocidas igualmente, evitan que todo el poder se concentre absolutamente en el presidente.

El presidente de la República tiene las atribuciones de jefe de Estado y no es nombrado y removido por el Congreso unicameral —como lo sería en un modelo parlamentario—, sino que es elegido por elección popular por un período de cinco años y no es reelegible de manera inmediata. En esa línea, el artículo 110 de la Constitución establece que el presidente de la República es el jefe de Estado y personifica a la nación. Por su parte, el artículo 111 dispone que el presidente de la República se elige por sufragio directo y que, de no alcanzar la mayoría absoluta, se celebrará una segunda vuelta con los dos candidatos más votados.

Dentro de sus facultades gubernamentales y administrativas, el presidente es representante del Estado a nivel interno y externo del país (art 118-2). Es el director y portavoz de la política general del gobierno (artículo 118-3). También dirige la política exterior y es jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú (artículo 118-14). Desde el punto de vista normativo, el presidente tiene facultades para dictar decretos legislativos por delegación del Congreso, aprobar tratados simplificados y decretar estados de excepción —emergencia y sitio—. En materia económica está facultado para expedir decretos de urgencia, previa aprobación del Consejo de Ministros.

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución de 1993, la organización política parlamentaria articula en un Congreso unicameral que consta de 130 congresistas elegidos en elecciones democráticas por un periodo de 5 años. En el mismo texto constitucional se establece como parámetro la prohibición de candidatear simultáneamente a la presidencia de la República y en una lista congresal. Para ser candidato al Congreso se debe ser peruano de nacimiento, tener veinticinco años cumplidos, gozar de derecho de sufragio y no haber sido condenado penalmente en primera instancia por un delito doloso.

Históricamente, el Congreso de la República fue bicameral desde la Constitución de 1826 hasta la Constitución de 1979. Se consagró un sistema conformado por una Cámara alta de Senadores y una Cámara baja de Diputados —con la excepción de la Constitución de 1867—. La bicameralidad como modelo de organización política parlamentaria fue desestimada después del autogolpe de Estado de 1992 del expresidente Alberto Fujimori (1990-2000). En los últimos años se ha iniciado un período de reformas constitucionales mediante referéndum popular, como la aprobada el año 2018, que estableció la prohibición de la reelección inmediata de congresistas, el control de la financiación de los partidos políticos, o la creación de la Junta Nacional de Justicia, en la lucha contra la alta corrupción política y judicial. No obstante, se rechazó la reforma referida al retorno a la bicameralidad.

De acuerdo con el artículo 107 del texto constitucional, el presidente de la República también posee facultades normativas como el derecho a la iniciativa en la formación de leyes y resoluciones legislativas, al igual que las instituciones públicas autónomas, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y los colegios profesionales. En ese sentido, son consideradas normas de rango de ley las normas regionales y ordenanzas municipales; al tener esa condición, pueden ser objeto de demandas de inconstitucionalidad de acuerdo al artículo 200, inciso 4, de la Constitución. Asimismo, pueden ser sometidas a referéndum de acuerdo con el artículo 32. De la misma manera, las potestades de los gobiernos regionales y locales se encuentran desarrolladas a profundidad en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley N.º 27867) y la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N.º 27972). En cuanto a la materia tributaria, el artículo 74 de la Constitución establece que los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear modificar, suprimir o exonerar contribuciones y tasas. Estas tienen que referirse a su jurisdicción regional o local e instituirse con los límites que señala la ley.

En cuanto a la interacción entre Poder Ejecutivo y el Congreso, el Tribunal Constitucional peruano ha recordado en su jurisprudencia que históricamente el modelo de gobierno se ha centrado en un sistema presidencial atenuado. Sin embargo, paulatinamente se han introducido en la Constitución instituciones propias de regímenes parlamentarios, que se han consolidado como principios de las relaciones entre el Parlamento y el Poder Ejecutivo y viceversa¹⁰. Entre ellas, cabe citar las siguientes: principio de separación de poderes propiamente dicho, principio de balance de poderes, principio de cooperación, principio de solución democrática. Estas cuatro instituciones son el fundamento de la forma de gobierno establecidas en el artículo 43 de la Constitución y desarrolladas en las sentencias del Tribunal Constitucional.

El principio de control y balance de poderes —*check and balances of power*— forma parte de la estructuración del gobierno con diferentes poderes. Este principio surge a partir de los intereses contrapuestos y las controversias entre las distintas instituciones de poder, y está regulado en los artículos 130 a 136, en el marco de la institucionalización de las relaciones entre el Parlamento y el Ejecutivo.

De acuerdo con las potestades constitucionales del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, puede ejercerse tres formas de control: control preventivo, funcional y represivo.

En cuanto el Poder Legislativo, las facultades de control preventivo se manifiestan en la investidura parlamentaria, que, según el artículo 130 de la Constitución, es el acto de reconocimiento que realiza el Legislativo al nuevo gobierno constituido

10 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00006-2019-CC/TC, f. j. 33-34.

con posterioridad a las elecciones políticas del presidente de la República y los representantes al Congreso unicameral.

En cuanto al control funcional, el Parlamento puede llevar a cabo acciones para fiscalizar a las diversas instituciones públicas del Estado como formular pedidos e informes a las entidades públicas —artículo 96—. Asimismo, los ministros son invitados al Pleno del Congreso para poder participar en el debate parlamentario a fin de que los debates tengan carácter público. Según el artículo 104, el Legislativo puede delegar funciones al Ejecutivo para que legisle mediante decretos legislativos; para ello, el presidente da cuenta al Parlamento sobre lo legislado, respetando siempre el principio de control y balance de poderes.

Las facultades de control represivo se manifiestan de manera gradual. El primer nivel de control se plasma en las comisiones investigadoras. En ellas, el Legislativo puede fiscalizar de forma más directa a las demás instituciones. En un nivel superior, podría manifestarse la potestad de la interpelación ministerial, es decir, la facultad en virtud de la cual el Parlamento convoca al Consejo de Ministros o a cualquier ministro del gabinete de manera individual para obtener respuestas sobre cualquier interrogante (artículo 131 de la Constitución). En un tercer nivel, el artículo 132 establece que el Congreso también poseen facultades de censurar a los ministros que sean pasibles de responsabilidad política, luego de una interpelación ministerial. Finalmente, el Parlamento tiene la potestad de realizar una acusación constitucional —artículo 99— a todas las figuras que personifican los organismos constitucionales, entre ellos el presidente de la República, por infracción constitucional o delito en el ejercicio de sus funciones y dentro de 5 años posteriores. El artículo 117 prevé que el presidente solo puede ser acusado en su período por traición a la patria, por impedir elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por impedir la reunión, funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos electorales, o disolver el Congreso salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución. En la misma línea, el artículo 100 de la Constitución establece que, mediante el antejuicio político, el Parlamento puede suspender, inhabilitar hasta por 10 años o destituir del cargo a cualquier funcionario público, incluido el presidente, listado en el artículo 99.

Por otro lado, el control preventivo que realiza el Ejecutivo —a través del presidente del Consejo de Ministros— se presenta en el momento del planteamiento de la cuestión de confianza en los primeros treinta días que asume en nuevo Gobierno de turno. Se invoca de manera obligatoria para el voto de la investidura en el que se debate la política general del gobierno y las principales medidas adoptadas por el mismo para su gestión. Asimismo, el presidente del Consejo de Ministros o un ministro tiene la potestad de plantear de manera facultativa la cuestión de confianza ante el Congreso sobre las políticas y medidas presentadas por el Ejecutivo necesarias para su gestión o cuando es interpelado. En caso de que sea rechazada, censurada, o si renuncia o es removido del cargo el presidente de la República,

todo el gabinete ministerial renuncia automáticamente, ello en virtud del artículo 133 de la Constitución. No obstante, el presidente puede volver a nombrar a los ministros del Congreso con excepción de los que obtuvieron el particular rechazo del Congreso¹¹.

En cuanto al control funcional, el presidente puede observar en parte o en su integridad una ley aprobada por el Congreso previamente a la promulgación de la misma. Una vez levantadas las observaciones, el presidente del Consejo Ministros promulgará la ley siempre con aprobación de más de la mitad del número legal de miembros parlamentarios.

En cuanto al control represivo, el presidente de la República tiene la potestad de disolver el Congreso cuando este haya censurado o negado la confianza a dos Consejos de Ministros. La disolución conlleva la inmediata convocatoria de elecciones para un nuevo Congreso dentro de los siguientes cuatro meses. Durante el interregno parlamentario, se mantienen las funciones de la Comisión Permanente del Congreso, que no puede ser disuelta. Por otra parte, el Congreso no podrá ser disuelto en el último año del mandato del presidente. Esta previsión está reconocida en el artículo 134 de la Constitución y debe ser entendida en última instancia tomando en consideración las tensiones de las relaciones Parlamento-Ejecutivo.

Desde la primera Constitución de 1823, el diseño constitucional peruano ha sido modificado en diversos aspectos. En cuanto a las instituciones de los tres clásicos poderes del Estado, al introducirse las nuevas instituciones, el diseño constitucional ha variado. Recientemente, las novísimas instituciones de control y balance de poder expuestas anteriormente han sido objeto de aplicación en los últimos años, debido a tensiones políticas entre el gobierno y la oposición parlamentaria que han motivado la aplicación de controles represivos entre ambas instituciones.

Así, en las elecciones generales del 2016, el partido fujimorista Fuerza Popular, cuya líder es Keiko Fujimori —hija del expresidente Alberto Fujimori—, consiguió la mayoría parlamentaria. Por otro lado, Pedro Pablo Kuczynski derrotó en la segunda vuelta a Keiko Fujimori y triunfó en las elecciones presidenciales por un escaso margen de votos. A finales del 2017, Kuczynski se vio inmerso en investigaciones que implicaban a funcionarios de alto rango en casos de corrupción relacionados con la empresa constructora Odebrecht. A partir del conocimiento de estos hechos, el 15 diciembre el Congreso aprueba debatir un pedido de vacancia presidencial contra Kuczynski por incapacidad moral permanente, que fue rechazado debido al voto discordante de 10 parlamentarios. El 24 de diciembre Kuczynski indultó al expresidente Alberto Fujimori, que cumplía una condena de 25 años de prisión por crímenes de lesa humanidad desde 2009. Esta medida

11 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00006-2018-PI.TC, f. j. 89.

fue duramente criticada, debido a que, al parecer, el indulto era parte de un trato para que la facción separatista fujimorista no votase a favor de la vacancia.

El 21 de marzo del 2018 Kuczynski renunció a la Presidencia un día antes de tener que afrontar un nuevo proceso de vacancia por el Congreso por supuestos vínculos con Odebrecht. Así, cumpliendo con el mecanismo de sucesión previsto en la Constitución, el primer vicepresidente Martín Vizcarra asume la presidencia; días después, se anuncia su primer gabinete ministerial presidido por César Villanueva, que obtiene el voto de investidura para su periodo y el Ejecutivo establece como prioridad de su gobierno políticas de lucha contra la corrupción política y judicial.

Tras el escándalo del 7 de julio, día en el que se hicieron públicos una serie de audios que revelaron una red de corrupción en el sistema de justicia, el gabinete ministerial hizo cuestión de confianza a cuatro proyectos de ley de reforma constitucional para que fueran sometidos a referéndum popular. Los proyectos versaban sobre la creación de una nueva Junta Nacional de Justicia (JNJ), la prohibición de la financiación privada a los partidos políticos, la no reelección parlamentaria inmediata y el retorno a un sistema bicameral en el Parlamento. Todos fueron aprobados, excepción hecha del último, ya que la mayoría opositora parlamentaria distorsionó el proyecto original.

Después de posteriores votos de confianza que realizó el Ejecutivo en sus políticas, el presidente de la República mostró intenciones de iniciar una reforma constitucional para adelantar las elecciones generales y poner fin a la crisis política que fue archivada en sede parlamentaria. Posteriormente, el 30 de septiembre del 2019, el Parlamento fue convocado para elegir a los candidatos para el Tribunal Constitucional. Por ello, el nuevo presidente de Consejo de Ministros acudió al Congreso con la finalidad que la elección fuera suspendida y se modificara la elección mediante concurso público. Sin embargo, se impidió que pudiera ingresar en el hemiciclo para presentar la moción, aunque los ministros tienen la potestad de participar y debatir en las sesiones del Congreso en virtud del artículo 129 de la Constitución.

Después de poder ingresar al hemiciclo del Congreso, Del Solar planteó la cuestión de confianza. Sin embargo, el mismo fue rechazado y el pleno continuó con la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, logrando elegir a uno. Tras la omisión de debatir y suspender el proceso, se asumió la denegatoria fáctica de la cuestión de confianza, ya que se había procedido a elegir a un miembro. Seguidamente, el presidente Vizcarra disolvió el Congreso al ser la segunda cuestión de confianza negada fácticamente en su mandato presidencial, el mismo que recibió el pleno respaldo popular en las calles de todo el país. No obstante, la Organización de Estados Americanos manifestó que la controversia fuera resuelta

por el Tribunal Constitucional, que declaró infundada la demanda competencial planteada por el Congreso y declaró constitucional la disolución del Congreso¹².

A modo de reflexión final, cabe señalar que en los últimos años se han producido las fuertes tensiones políticas influenciadas, en su mayor parte, por la resistencia a acometer la lucha contra la corrupción política y judicial. Si bien estas tensiones han generado la crisis en las relaciones entre Parlamento y el Ejecutivo, todas ellas se han resuelto hasta el momento por vías institucionales. Las medidas tomadas por el Ejecutivo se debieron a la dilación del debate parlamentario provocado por la oposición, y la situación concluyó con la primera disolución constitucional del Congreso en la historia del Perú.

4. DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN

A finales de los años 70, la mayor parte de América Latina vivió la tercera ola democratizadora en la que las dictaduras militares transitaron hacia gobiernos democráticos. En el caso de Perú, después de doce años de dictadura militar, se convocó a una Asamblea Constituyente y, finalmente, en 1980, Fernando Belaunde fue elegido presidente. Su mandato no duró mucho tiempo, ya que el 5 de abril de 1992 Alberto Fujimori dio un auto golpe de Estado y durante casi una década se instaló un régimen que, pese a que derrotó al terrorismo y controló la hiperinflación, se caracterizó por la violación de los derechos humanos y la corrupción.

Desde su salida del Perú en el año 2000, las elecciones se celebran libremente, por lo que en los últimos 20 años hemos vivido un periodo de relativa estabilidad democrática. Esta continuidad democrática ha tenido lugar pese al fracaso del sistema de partidos políticos y el desprestigio de sus líderes, concretado en la condena penal, las investigaciones o la imputación de los últimos cinco expresidentes que gobernaron entre 1990 y 2018. A pesar de que se hayan producido cambios importantes en la manera en la que los ciudadanos perciben la democracia, nuestra cultura política está íntimamente relacionada con factores estructurales, por lo que podría decirse que continuamos en vía de desarrollo.

La Constitución de 1993 incorpora el modelo político presidencialista actualmente en vigor, un modelo que tiene su origen en la crisis de la democracia representativa, la desintegración y la escasa legitimidad de la institución parlamentaria. Paralelamente tuvo lugar un cambio radical en la cultura política de las masas sociales, que adquirieron un rol cada vez más prominente y convirtieron a la democracia en el medio ideal para alzar su voz sobre determinados aspectos de la realidad social y vehicular sus reclamos.

La democracia es el gobierno del poder público en manos de la ciudadanía y los mecanismos de democracia directa la acercan a la gestión de los asuntos de interés

¹² Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00006-2019-CC/TC.

general. Nuestro modelo de democracia es mixto, en la medida en que el principio general, consagrado en el art. 43 de la Constitución, es la democracia representativa, pero existen también mecanismos de democracia directa. Es fundamental remarcar que ambos dispositivos de participación política son complementarios y que su finalidad es establecer un diálogo integral entre los representantes políticos y los ciudadanos.

De acuerdo con artículo 45 de la Constitución, el poder del Estado emana del pueblo, dado que es el *demos* el que elige a sus representantes a través del ejercicio del sufragio activo en las elecciones. Por ello, cada ciudadano tiene la libertad de participar y controlar, hasta cierto punto, a sus representantes. Los ciudadanos también pueden unirse en organizaciones civiles, gremios, sindicatos y partidos políticos para ejercer el sufragio activo y pasivo y representar al país. Considerando que estamos en el siglo XXI, los medios de comunicación y las redes sociales también juegan un papel importante en el debate democrático, dado que constituyen un canal a través del cual los ciudadanos pueden opinar libremente sobre el Estado y los asuntos públicos y un mecanismo de transparencia.

En las últimas décadas se han implementado múltiples mecanismos de democracia directa para fortalecer la democracia representativa y convertir al ciudadano en un participante constante. Esta apertura del sistema político se produjo a partir de la Ley de Participación Ciudadana (Ley N.º 26300), de 1994, que regula el ejercicio de los derechos de participación y control de los ciudadanos y complementa los principios de la democracia representativa —la competencia pluralista, la apertura participativa y la institucionalidad inclusiva—. Entre los derechos de participación, destaca la iniciativa de reforma constitucional, la iniciativa en la formación de leyes, el referéndum y la iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales. A título ilustrativo, 5,000 ciudadanos tienen la potestad de presentar una acción de inconstitucionalidad contra una ley, como sucedió en el caso Fondo Nacional de Viviendas¹³.

Por otro lado, los derechos a través de cuyo ejercicio los ciudadanos ejercen el control del poder son la revocatoria y remoción de autoridades y la demanda de rendición de cuentas. Se trata de mecanismos de consulta ciudadana en los que el pueblo se pronuncia sobre la ejecutoria de una autoridad o sobre un asunto específico. Por ejemplo, el referéndum fue utilizado para la aprobación de la propia Constitución de 1993; en el artículo 32 de la Constitución se relacionan las materias que pueden ser sometidas a referéndum y aquellas para las que está vedada esta vía¹⁴.

13 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00008-2017-PI/TC.

14 Artículo 32. Pueden ser sometidas a referéndum: 1. La reforma total o parcial de la Constitución; 2. La aprobación de normas con rango de ley; 3. Las ordenanzas municipales; y 4. Las materias relativas al proceso de descentralización. No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución

El artículo 2.17 de la Constitución¹⁵ consagra los derechos de participación política de los ciudadanos y el artículo 31¹⁶ regula los mecanismos de democracia directa: el derecho de elección, remoción o revocación de autoridades, la iniciativa legislativa, el referéndum y la demanda de rendición de cuentas. La democracia se hace realidad a partir del rol que desempeñan los representantes en las diversas instituciones —el Congreso, los 25 gobiernos regionales, las 196 municipalidades provinciales y las 1874 municipalidades distritales—. No obstante, se vuelve una realidad legítima a partir del rol que ejercen los ciudadanos a través de los distintos mecanismos que propician su participación directa en la arena política.

Los derechos de participación directa plasman los mecanismos de control del poder. Como se ha señalado, la remoción o revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas son derechos de control que los ciudadanos pueden ejercer en los niveles de gobierno central, regional o municipal; un ejemplo es la consulta popular de revocatoria de la alcaldesa de Lima, Susana Villarán, que tuvo lugar en 2013. Estos mecanismos funcionan, pues, como formas de participación en la vida política, ya sea para manifestar el respaldo a una autoridad, ya para removerla.

En los últimos años, se han desarrollado nuevos medios de control y participación política como el constitucionalismo dialógico, que prioriza la deliberación democrática y promueve una organización institucional distinta a la estructura de *checks and balances*. El constitucionalismo dialógico promueve los debates abiertos sobre temas de interés público contribuyen a fomentar un diálogo constante entre las autoridades y los ciudadanos a través de mecanismos tales como el presupuesto participativo a nivel de los gobiernos locales y la consulta previa de los pueblos indígenas andinos y amazónicos.

El proceso de consolidación de nuestra democracia sigue su curso, aunque tropieza obstáculos como la falta de continuidad de las alternativas políticas, la debilidad de los partidos políticos y la falta de transparencia de su financiación. En pleno bicentenario de la independencia de nuestra nación, 20 años después de

de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

15 Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

16 Artículo 31. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su Participación [...]

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

reconstruir el sistema democrático, Perú sigue buscando una fórmula de gobierno representativo con mecanismos de democracia directa que funcione sin corrupción.

Es crucial que la democracia no sea comprendida ni pensada de una manera dogmática ni escéptica, sino a partir de un acercamiento crítico como es el *vox populi vox hominum*. La perspectiva crítica plantea una teoría real y equilibrada que prevé regulaciones y limitaciones y que concibe la democracia como un medio y un fin al servicio de todos. Para que el pueblo se supere, son necesarios líderes que, al decir del historiador Basadre, no sean “podridos, congelados e incendiados”, como lo han sido los últimos cinco presidentes de la república: Alberto Fujimori fue condenado por cargos de corrupción y graves atentados contra los derechos humanos, Alejandro Toledo es prófugo de la justicia desde el 2017, Alan García se suicidó después de conocer la orden de detención librada contra él, producto de un caso de corrupción, Ollanta Humala, Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra están siendo investigados por delitos de corrupción. A pesar de este panorama desalentador, la realidad demuestra que todos son tratados igual ante la ley: la prueba más fehaciente es que la lideresa de la oposición, Keiko Fujimori, también está siendo investigada.

La historia del Perú evidencia que la corrupción siempre ha estado presente en la vida política y en la cultura, y ello explica el descrédito de instituciones como el Parlamento y el Poder Judicial. Una consecuencia de este desprestigio es la crisis que experimentó la democracia representativa, crisis que motivó la instauración de mecanismos participativos como la iniciativa legislativa y el referéndum a fin de conformar un modelo de democracia representativa y popular que trata de establecer vías efectivas para canalizar las demandas ciudadanas. Un ejemplo de la plasmación de este modelo son las cuatro reformas constitucionales que en 2018 fueron sometidas a referéndum popular a las que se ha hecho referencia en el apartado 3 de este trabajo. Se formuló consulta a la ciudadanía sobre la reforma parcial de la Constitución para luchar contra la corrupción y mitigar el descontento generalizado con los órganos de representación. Entre los resultados de la consulta cabe destacar la incorporación del artículo 90-A a la Carta Magna, precepto que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios, y la modificación del artículo 35 de la Constitución, que hace una referencia explícita a la necesidad de que el origen los recursos económicos de los partidos sea transparente y de lo contrario haya responsabilidad penal.

Asimismo, la reciente Ley de reforma constitucional de septiembre del 2020 adicionó los artículos 34-A y 39-A a la Constitución Política. Ambos preceptos prohíben que las personas encausadas en procesos penales y condenadas en primera instancia por delitos dolosos postulen y asuman cargos de función pública y elección popular, entre ellos el de representantes en el Parlamento. Estas revisiones del sistema tratan de evitar la manipulación de las instituciones de la democracia,

fenómeno que en los últimos años ha impactado en la opinión popular a través de los medios de comunicación.

La brecha entre el apoyo al sistema de gobierno democrático y la (in)satisfacción por su funcionamiento real es un signo distintivo de la percepción ciudadana de nuestro diseño constitucional. Para los peruanos, si la democracia no es eficaz, no es válida. Por ello, toman como referentes del desarrollo determinados factores económicos como el crecimiento del Producto Bruto Interno. No obstante, la democracia no está únicamente vinculada a la economía o a la satisfacción de necesidades emergentes. Es también —o sobre todo— un hecho social de orden eminentemente político a través de cuyo ejercicio pueden lograrse el respeto de los derechos fundamentales de la persona, el pluralismo y la igualdad de todos ante la ley.

El modelo de Estado peruano se ha forjado a partir de principios jurídicos y políticos como la democracia, la soberanía del pueblo y la dignidad. No es posible, sin embargo, ignorar las desigualdades sociales, económicas y culturales que obstaculizan el acceso igualitario a la plena ciudadanía. Amplios sectores de la población no han accedido a los beneficios del sistema democrático: a pesar de que el Perú es un régimen democrático, los ciudadanos no gozan del mismo reconocimiento frente al Estado. A miras del futuro, la educación constituye la herramienta más importante para difundir y robustecer el sistema democrático y, por ende, para construir la ciudadanía. La materialización de la promesa democrática no puede lograrse si no es a través de la participación activa del pueblo formado por ciudadanos dotados de capacidad crítica que ejerzan sus libertades de pensamiento y opinión. Por ello, resulta esencial que el pueblo no se convierta en un mero objeto de las encuestas de opinión pública y de los medios de comunicación y que la denominada democracia de los sondeos genere un auténtico debate político de cuño participativo.

5. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Pese a las iniciales reservas del expresidente Alberto Fujimori (1990-2000), la Constitución de 1993 estableció que el Tribunal Constitucional es el máximo guardián de la Constitución. El Tribunal Constitucional es un órgano de carácter autónomo que, pese a su carácter jurisdiccional, no pertenece al Poder Judicial. La función del Tribunal Constitucional es controlar la aplicación de normas jurídicas, el accionar de los poderes públicos y las relaciones entre particulares para garantizar su armonía con la Constitución.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional puede interferir en la vida política, como se ha visto recientemente. El Tribunal Constitucional declaró constitucional la disolución del Congreso de la República a través del proceso de conflicto

competencial que resolvió¹⁷. De acuerdo con el art. 201 de la Constitución, los siete magistrados del Tribunal Constitucional son electos por el Poder Legislativo con el voto a favor de dos tercios del número legal de miembros. Precisamente, el proceso de renovación de seis magistrados cuyo mandato de cinco había vencido estuvo marcado por graves irregularidades parlamentarias, lo que llevó al Poder Ejecutivo a aplicar la cláusula constitucional de la disolución del Poder Legislativo.

Tomando en consideración la competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley cuando sean contrarias a la Constitución por el fondo o por la forma, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional es el único titular del control abstracto de las leyes. Esta función se encuentra regulada en los artículos 200, inciso 4, y 202, inciso 1, de la Constitución, precepto, este último, que dispone: “Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. conocer, en última instancia única, la acción de inconstitucionalidad”.

Como se ha señalado arriba, el Tribunal Constitucional no es el único órgano que tiene encomendada la protección de la Constitución. El artículo 138 *in fine* de la Constitución dispone: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. Sumada al principio de supremacía de la Constitución, esta previsión constituye la apoyatura de la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de ejercer un control de constitucionalidad difuso.

En sus diferentes cortes jerarquizadas que versan sobre materia constitucional, el Poder Judicial vela por el respeto a la Constitución. Estas instituciones aplican control difuso, una facultad reconocida a todos los jueces del sistema peruano. Se acepta, por tanto, que realicen un control de constitucionalidad concreto: los jueces tienen la capacidad de inaplicar normas en un caso concreto cuando vulneren la Constitución.

El ordenamiento peruano establece que no solo la justicia ordinaria tiene la capacidad de ejercer el control de constitucionalidad. El artículo 139, inciso 1, establece que la función jurisdiccional es única con excepción al fuero militar y la sede arbitral. Con base en este artículo puede afirmarse que estos dos últimos fueros también tienen la capacidad de ejercer el control difuso. Esto no significa que sean completamente independientes. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido parámetros orientados a delimitar la capacidad de las jurisdicciones militar y arbitral para ejercer el control difuso. Precisamente en la sentencia. El desarrollo jurisprudencial también ha determinado la capacidad y el deber de la jurisdicción indígena de aplicar el control difuso.

Cabe, pues, concluir que la Constitución ha establecido un sistema de control constitucional plural: por un lado, el control abstracto ejercido por el Tribunal

17 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00006-2019-CC/TC.

Constitucional, y, por otro, el control difuso ejercido por los distintos órganos a los que la Constitución reconoce esa facultad explícita e implícitamente.

El Estado peruano ha ratificado diversos tratados internacionales sobre los derechos humanos, y acepta y propone el uso del control de convencionalidad con el fin de armonizar el derecho supranacional y el derecho interno. La justificación de la aplicación del control de convencionalidad se encuentra en el artículo 55 de la Constitución (“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”) y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, que dispone: “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”. El control de convencionalidad ha tenido un papel importante en el desarrollo jurisprudencial, ya que ha permitido la aplicación de derechos fundamentales que no se encuentran reconocidos explícitamente en nuestra Carta Magna.

En relación con el control de tratados, la Constitución establece un régimen diferenciado para la aprobación y ratificación de los tratados en función de su objeto. El artículo 56 exige que los tratados que versen sobre derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional u obligaciones financieras del Estado, deben ser aprobados por el Congreso antes de ser ratificados por el presidente de la República. Los tratados que no tengan por objeto las cuestiones arriba indicadas no necesitan ser aprobados previamente por el Congreso. En estos casos, el presidente tiene la potestad de celebrarlos o rectificarlos debiendo únicamente dar cuenta al Congreso, de acuerdo con el artículo 57 de la Constitución. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional puede ejercer el control constitucional *a posteriori* de los tratados internacionales.

Antes de la creación del Tribunal Constitucional, existió el Tribunal de Garantías Constitucionales, instaurado por la Constitución de 1979. El órgano estaba compuesto por 9 miembros electos por el Congreso, el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia. Es necesario notar que, durante el régimen de Fujimori, el Tribunal de Garantías Constitucionales funcionó hasta que fue clausurado por el propio Fujimori en el autogolpe del 5 de abril de 1992.

El Tribunal Constitucional fue instituido por la Constitución de 1993 y reemplazó al Tribunal de Garantías Constitucionales, que, como se ha dicho, había sido clausurado un año antes. Si bien, la apertura del Tribunal Constitucional pudo en principio ser percibida como un indicio positivo para la aplicación de la justicia constitucional en la década de 1990, lo cierto es que se produjo claro proceso de politización de la justicia en el emblemático caso de la Ley de Interpretación auténtica (Ley N.º 26657), que permitía a Fujimori postularse por tercera vez consecutiva como presidente. Pese a las presiones políticas ejercidas por el Legislativo, el Tribunal Constitucional emitió sentencia el 16 de enero de 1997 declarando la

ley inconstitucional. La consecuencia directa de esta decisión no se hizo esperar: en mayo de 1997 los tres magistrados que votaron a favor de la inconstitucionalidad fueron destituidos de sus puestos, por el Congreso fujimorista.

Desde sus orígenes, el Tribunal Constitucional se ha visto expuesto a los intentos de diversas fuerzas políticas de controlarlo a través de los órganos estatales. Como ya se ha dicho, la disolución del Congreso se produjo, en parte, a raíz de la controversia generada por el proceso de elección de magistrados. Este antecedente ha motivado que el proceso de elección de magistrados haya sido objeto de un debate que ha dado lugar a la aprobación de Ley de 3 de julio de 2020, norma que modifica el proceso de elección e introduce los criterios de transparencia y meritocracia en el mismo.

Si bien puede constatarse que se han introducido mejoras en el proceso de elección de magistrados, es cuestionable que el proceso siga dependiendo exclusivamente del Congreso, dada su falta de legitimidad. En un sistema político como el peruano, en el que no son inusuales el choque de fuerzas políticas y el abuso de poder ejercido a través de los órganos estatales, el hecho de encomendar la elección al Congreso propicia la posibilidad de que se produzca un desbalance en la división de poderes estatales, y que prevalezca la voluntad de un Congreso controlado por una mayoría política que en ocasiones no ha mostrado interés alguno en respetar el Estado constitucional de derecho. Sigue, por tanto, pendiente la cuestión de si es prudente mantener la previsión el texto constitucional vigente o si, por el contrario, es necesario recuperar el proceso de elección establecido en la Constitución de 1979 o diseñar un nuevo mecanismo.

Por otro lado, el Perú es uno de los pocos países que ejerce un control represivo sobre los tratados internacionales. Este punto ha sido cuestionado con anterioridad, ya que la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de un tratado contraviene los principios y deberes establecidos en la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados. Si se permite que se declare inconstitucional un tratado una vez ratificado, nos encontramos frente a una vulneración del precepto que obliga al Estado peruano a observar los principios de seguridad jurídica y responsabilidad frente a los demás Estados. Un ejemplo de este supuesto tuvo lugar el año 2009, cuando el Tribunal Constitucional admitió a trámite una demanda de inconstitucionalidad contra el recientemente firmado tratado de libre comercio entre Perú y Chile, bajo el argumento de que el texto vulneraba la soberanía e imponía definiciones dañinas para el Estado peruano. Si bien esta demanda fue finalmente declarada inconstitucional parcialmente, vale la pena preguntarse críticamente sobre el impacto en las relaciones internacionales entre Perú, Chile y otros Estados a futuro que hubiera tenido la declaración de inconstitucionalidad del tratado. Esta crítica no trata de sugerir que los tratados internacionales no deben de ser revisados por la justicia constitucional, sino más bien enfatizar los beneficios del establecimiento de un control previo en lugar de un control represivo en estos casos.

6. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

En primer lugar, la Constitución reconoce el principio/derecho a la dignidad y al libre desarrollo (art. 2.1 CP). Este principio/derecho informa la ejecutoria del Estado, irradia hacia todo el ordenamiento jurídico y es la piedra angular de la tutela de los derechos fundamentales. En segundo lugar, se protege la igualdad (art. 2, inc. 2). En el ordenamiento peruano se reconoce la igualdad como isonomía real. De ello, la tutela de los derechos fundamentales no parte de una visión unitaria de la persona, sino que toma en consideración las condiciones especiales y la situación de cada sujeto. En tercer lugar, se reconoce la interdicción de la arbitrariedad (200, *in fine*, 45 y 113), que se materializa a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que, a su vez, regulan las situaciones de conflicto y ejercicio de derechos fundamentales. En cuarto lugar, se reconoce el principio de solidaridad (art. 43), que establece que en las relaciones entre los miembros de la comunidad debe existir un nexo ético y común cuyo reconocimiento comporta la asunción de que la sociedad es consustancial a la existencia humana. Finalmente, cabe destacar los principios de orden procesal. El art. 139, inc. 3, reconoce los principios de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso. Su relación con los derechos fundamentales es de orden material, ya que sin ellos el ejercicio de los derechos fundamentales se vería truncado.

La Constitución peruana de 1993 consagra en su Capítulo I los derechos y libertades clásicas, también denominados derechos civiles. Entre ellos se encuentran la vida, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de religión, las libertades informativas, el acceso a la información pública, la autodeterminación informativa, el honor, la intimidad, la libertad de creación intelectual, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de tránsito, el derecho de reunión, la libertad de asociación, la libertad contractual, la propiedad, la identidad, la nacionalidad, la libertad y la seguridad personal. Por otro lado, el Capítulo II está dedicado a los derechos sociales y económicos. Entre ellos se reconocen los derechos al agua, a la salud, a la seguridad social, a la educación y al trabajo. Cabe destacar que la jurisprudencia ha expandido el reconocimiento de estos derechos y que uno de los más recientes ha sido el derecho al agua potable.

Finalmente, en el Capítulo III se reconocen los derechos y deberes políticos: los derechos de participación ciudadana, la elección, el sufragio, la creación de partidos políticos y el deber de defender la Constitución. Si bien los derechos colectivos de las comunidades indígenas no están plenamente reconocidos explícitamente en el texto constitucional, su tutela y reconocimiento se han vehiculado a través de los instrumentos internacionales y la interpretación de determinados artículos sobre su autonomía y especial condición (art. 2, inc. 19, 84 y 149). Los derechos de esta índole más destacables serían los relativos a la consulta previa, la propiedad comunal, la identidad cultural, la propia lengua y la jurisdicción comunal.

Sin perjuicio de ello, el artículo 3 dispone que la enumeración de los derechos establecidos en el Capítulo I no excluye los demás que la Constitución garantiza y los de naturaleza análoga. Este precepto constitucional establece, por tanto un *numerus apertus* y abre la posibilidad de que se reconozcan más derechos. La Cuarta Disposición transitoria y final de la Constitución señala que las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Internacional de Derechos Humanos y otros tratados sobre las mismas materias ratificados por Perú.

El artículo 4 de la Constitución reconoce regímenes de protección especial a los niños, adolescentes, madres, personas incapacitadas de velar por sí mismas y ancianos en situación de abandono. En relación con el tratamiento de los niños y discapacitados, cabe destacar que el Perú ha suscrito tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros. Asimismo, se protege especialmente a los consumidores y usuarios (art. 65) por su especial situación de desventaja en el mercado. En el mismo sentido, el artículo 23 reconoce la situación de los trabajadores y obliga al Estado a velar por su dignidad. Por otro lado, existe reconocimiento especial de los pueblos indígenas —andinos y amazónicos— relativo a sus territorios, su personería jurídica y sus lenguas; asimismo, se reconoce una potestad jurisdiccional exclusiva basada en su derecho consuetudinario con el auxilio de las rondas campesinas (art. 149).

En la Constitución de 1993 se eliminó la cláusula relativa a la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, pero, como hemos señalado, esta fue deducida de la Cuarta Disposición final y transitoria, que dispone: “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”. En general, las cláusulas constitucionales referidas a la incorporación de los tratados internacionales se ubican en el Capítulo II del Título II (“Los tratados”, arts. 55 a 57). De igual manera, el art. 44 se establece que es deber del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”. El Tribunal Constitucional, a través de la jurisprudencia, ha establecido la vinculatoriedad y jerarquía de los tratados que versan sobre derechos humanos, criterio hermenéutico que comporta que, una vez que el Estado ratifique tratados que versan sobre derechos humanos, estos pasan a formar parte del derecho nacional, y por tanto son vinculantes tanto para el propio Estado como para los particulares. En el caso *Martín Rivas*¹⁸, el Tribunal Constitucional determinó que toda la Constitución debe ser interpretada con respeto a los derechos humanos y que los tratados forman

18 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00679-2005-PA/TC.

parte del proceso de delimitación del ámbito constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.

La Constitución estipula los mecanismos de protección constitucional en el Título V (dedicado a las Garantías Constitucionales) específicamente en los arts. 200 y. 202:

6.1. Hábeas Corpus: este proceso está previsto para el supuesto de actos u omisiones del Estado o los particulares que vulneran o amenazan la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Según el Tribunal Constitucional el proceso de Hábeas Corpus debe estar informado por los criterios de brevedad y eficacia¹⁹. Esto es debido a la importancia de la protección del derecho a la libertad individual, un derecho de carácter relacional cuya vulneración supone otras restricciones de derechos fundamentales.

6.2. Acción de Hábeas Data: esta acción procede ante actos u omisiones del Estado o los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales de acceso a la información pública —al que nuestro sistema solo brinda una protección de grado restringido— y el derecho a la autodeterminación informativa. El hábeas data procede asimismo cuando se amenaza o vulnera el derecho a la intimidad personal, únicamente si esta se ve afectada por servicios informáticos y computarizados públicos o privados.

6.3. Acción de Amparo: procede contra actos u omisiones del Estado o los particulares que vulneren o amenacen los demás derechos reconocidos por la Constitución (excluyendo los que se encuentran estipulados en el hábeas corpus y el hábeas data). No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento legal.

6.4. Acción de Inconstitucionalidad: proceden contra normas que tengan rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales) y que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

6.5. Conflicto de competencia: procede cuando un órgano constitucional omite llevar a cabo una actuación, desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional.

6.6. Acción de cumplimiento: procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades legales.

6.7. Acción Popular: procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad que lo emana, cuando infringen la Constitución y la ley.

19 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00679-2005-PA/TC.

La Constitución optó por un reconocimiento amplio de principios dogmáticos. Este diseño constitucional ha funcionado correctamente, circunstancia que puede comprobarse mediante el análisis de la tutela de supuestos no reconocidos explícitamente en la Constitución a través de la interpretación del principio de dignidad humana. Dos supuestos que sirven para ejemplificar este tipo de protección son el caso de la identidad registral de las personas que se sometieron a una operación de cambio de sexo y el de principios laborales como el de continuidad. En el caso *Karen Mañuca*²⁰ se tutelaron los derechos de una persona que accedió a una operación de cambio de sexo. Si bien en aquel momento la legislación reconocía el derecho a la identidad, no reconocía supuestos de tutela como el que reclamaba Karen Mañuca. A través de la interpretación de la dignidad humana como principio rector del Estado, el Tribunal Constitucional pudo resolver la controversia en favor de sus derechos. De manera similar, si bien la Constitución reconoce el derecho al trabajo, las garantías que de este derecho emanan no eran plenamente reconocidas. En este supuesto, se interpretaron principios como el de continuidad laboral a través del derecho/principio de la dignidad de los trabajadores²¹. Ambos casos confirman que el reconocimiento de principios como garantías judicialmente vinculantes fue efectivo en el caso peruano.

Por otro lado, las categorías de derechos que recoge la constitución fueron objeto de un intenso debate. El principal conflicto fue el de las características especiales que conllevaba la tutela de la categoría de derechos sociales. Como se mostró en la parte descriptiva del análisis, la Constitución peruana separa en distintos capítulos los derechos políticos, las libertades clásicas y los derechos económicos y sociales. Esta división en el texto constitucional llevó a interpretaciones erróneas sobre la tutela de los derechos sociales. En diversos casos se afirmó que, al necesitar de gasto público para su satisfacción, más que verdaderos derechos fundamentales los derechos sociales son disposiciones programáticas que informan la actuación del Estado. Como es obvio, esta interpretación es errónea, en la medida en que, si bien necesitan mayor injerencia estatal para su ejercicio, los derechos sociales siguen siendo fundamentales para el desarrollo de la persona. Este error interpretativo comportó que, en ocasiones, el Estado se mostrara pasivo o indiferente en la tutela de estos derechos.

La protección y el ejercicio efectivo de los derechos sociales también lleva aparejado el reconocimiento de obligaciones especiales del Estado y los particulares. Así, cabe hacer referencia a las obligaciones de respeto (el deber del Estado de no obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes objeto del derecho); protección (el deber de impedir que terceros interfieran en el acceso a estos bienes);

20 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 002273-2005-PHC/TC.

21 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 001874-2002-AA/TC.

promoción (el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien); aseguramiento (el deber de garantizar que el titular del derecho acceda al bien cuando pueda hacerlo por sí mismo); y reparación (el deber de reparar la lesión de los derechos sociales).

En relación con estas obligaciones, también parecería necesario añadir la proscripción de la inacción prolongada. Cómo se ha dicho, existían interpretaciones erróneas de la tutela de los derechos sociales. Estas interpretaciones se basaron principalmente en la Undécima Disposición final y transitoria de la Constitución, que establece que las disposiciones constitucionales que requieran de mayores gastos públicos deben ser implementadas progresivamente. Tomando esta disposición en consideración, el Tribunal Constitucional declaró que, si bien la implementación y tutela puede ser progresiva, esto no justifica inacción prolongada por parte del Estado. Por ello, en concordancia con el principio de progresividad de los derechos fundamentales, el Estado tiene la obligación de aumentar progresivamente la tutela de los derechos sociales y, en aquellos supuestos en los que esta tutela no se haya producido en plazos razonables, el sujeto podrá exigirla en sede judicial.

7. CONCLUSIONES

Finalmente, cabe analizar el tratamiento de los grupos en situación de desventaja. Sin pretensión y exhaustividad, un ejemplo de la tutela de grupos en situación de desventaja es el Exp. N.º 00853-2015-PA/TC. En este caso, dos mujeres (mayores de 18 años) de una zona rural en la provincia de Amazonas pedían ser registradas como alumnas de primer año de secundaria en una escuela pública de su provincia. Su inscripción en la institución educativa ordinaria fue negada debido a su edad. El problema radicaba en que la institución de educación para adultos más cercana a su domicilio se encontraba a tres horas y media de camino. En este contexto, presentaron la demanda alegando la vulneración de sus derechos a la educación y a la igualdad. Ambas mujeres vivían en una zona rural en donde el acceso a centros educativos es limitado. Asimismo, se encontraban en situación de pobreza. Tomando en consideración estas circunstancias, el TC falló a favor de que ellas fueran matriculadas en la institución educativa ordinaria y declaró el estado de cosas inconstitucional en cuanto al acceso a la educación de niños, adolescentes y adultos mayores en el ámbito rural peruano. Como se puede ver en esta sentencia, el tratamiento de los grupos vulnerables se da a través de gestión pública, pero existen supuestos en donde la pertenencia a un grupo en situación de desventaja también amerita tutela judicial especial.

El reconocimiento de los grupos en situación de desventaja se ha dado de forma paulatina y a través de luchas sociales. En la actualidad, muchos grupos en situación de desventaja aún pretenden la tutela de sus derechos. Entre los grupos más destacados, cabe mencionar a las minorías sexuales y a las mujeres.

En cuanto a las minorías sexuales, hay que subrayar que han recibido tutela en sede judicial, pero sería necesario un reconocimiento constitucional expreso de sus derechos, toda vez que el ejercicio de algunos de sus derechos como la identidad, libertad personal e igualdad muchas veces se ven limitados. El debate más importante sobre las minorías sexuales en sede judicial se centró el reconocimiento registral. Muchas personas que se habían sometido a cirugías de cambio de sexo recurrían a la jurisdicción para la cambiar su género y prenombrés en la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad, pero veían sus pedidos denegados en sede judicial ordinaria. El TC reconoció por primera vez a este grupo y la tutela de sus derechos. El desarrollo de esta materia se produjo en una triada de casos²²; hubo avances y retrocesos, pero en la actualidad una persona puede cambiar su nombre y su género a través de un proceso sumario.

En ese mismo sentido, la protección de la mujer ha encontrado acogida en la legislación y jurisprudencia peruanas. En el ámbito legislativo se han producido avances como la penalización de delitos contra la mujer por su condición o las acciones afirmativas como las cuotas mínimas en algunos puestos de la Administración pública. En cuanto a la jurisprudencia, cabe destacar el expediente N.º 03378-2019-AA/TC, que desarrolla, entre otros extremos, las medidas de protección para las víctimas de violencia de género. Si bien se han dado pasos adelante en la legislación y la jurisprudencia sobre derechos de las minorías sexuales y de la mujer su protección es aún insuficiente. Por ello, sería pertinente el reconocimiento expreso de estos grupos en el texto constitucional.

22 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 02273-2005-PHC/TC, Exp. N.º 00139-2013-AA/TC y Exp. N.º 06040-2015-PA/TC.

Los derechos humanos en el Perú desde el pluralismo jurídico

1. INTRODUCCIÓN

Desde la fundación de la república peruana ha habido múltiples crisis que derivaron en una situación de inestabilidad. El Perú ha tenido 12 constituciones, desde la Constitución de Cádiz de 1823 hasta la actual, de 1993. El constitucionalismo peruano tiene como núcleo la diversidad y el pluralismo, ya que somos un país pluricultural con múltiples concepciones de filosofía, religión y moral.

Los derechos fundamentales son la esencia de la Constitución actual. Están reconocidos en el texto constitucional y tutelados en las cortes nacionales. La diversidad, el pluralismo y la identidad son principios realmente importantes en el constitucionalismo peruano que están siendo reconocidos y protegidos en sentencia de la Corte Constitucional pero aún queda un largo camino por recorrer.

La noción de pluralidad evoca diferentes aspectos de la relación con el otro. En primer lugar, evoca la pluralidad de concepciones filosóficas, religiosas y morales sobre el mundo y el hombre. En la actual Constitución peruana no existe una concepción moral ni filosófica particular, ya que estuvo influenciada por el liberalismo. Pero, hay una influencia religiosa de la Iglesia Católica en nuestro texto constitucional y además se reconocen derechos fundamentales al respecto, como la libertad de culto.

Además, la pluralidad evoca la susceptibilidad del pluralismo jurídico a existir dentro de un Estado, es decir, la coexistencia de varios otros órdenes jurídicos (órdenes normativos). Este es el caso del Perú, porque es un país pluricultural, multilingüe y pluriétnico, en el que existen varias identidades. En esta línea de pensamiento, en el Perú solo se reconoce un ordenamiento jurídico, pero se reconoce la jurisdicción comunal. Es así como podemos ver la importancia de la diversidad en el constitucionalismo peruano, pues existen varias identidades protegidas y reconocidas en nuestro país. Pero todavía existen algunos problemas relacionados con la discriminación de algunos grupos vulnerables. En los siguientes apartados se analizarán estas cuestiones.

2. LA PLURALIDAD DE CONCEPCIONES FILOSÓFICAS, RELIGIOSAS Y MORALES

2.1. La concepción filosófica, religiosa y moral en el constitucionalismo peruano

La actual Constitución peruana de 1993 no adhiere explícitamente a una concepción filosófica o moral particular; esto se debe a que en contextos de crisis e inestabilidad —como lo fue el Perú a finales del siglo XX— las constituciones tienden a alejarse de la ideología y buscar apegarse al pragmatismo. Sin embargo, es posible ver la influencia de las corrientes filosóficas en sus diferentes disposiciones. El origen filosófico del desarrollo constitucional peruano se da con la primera Constitución del Estado peruano de 1823, que a su vez estuvo influenciada por la Constitución de Cádiz de 1812, que influyó en el Perú como virreinato. La Constitución de Cádiz no solo influyó en la primera Constitución del Estado peruano, sino que los ideales liberales influyen constantemente en la elaboración de los textos constitucionales.

Al igual que Constituciones anteriores como las de 1828, 1920, 1933, nuestra actual Constitución de 1993 tuvo como objetivo romper con el modelo democrático y darle legitimidad al régimen económico neoliberal, producto del golpe de Estado de Alberto Fujimori (1990-2000). Así, la Constitución actual estuvo fuertemente influenciada por la corriente neoliberal, que, con el objetivo de liberalizar y privatizar la economía, apuesta por un modelo de menor intervención estatal y menor énfasis en lo colectivo. Esto genera el contraste entre nuestra constitución actual y la de carácter social establecida en 1979. Un claro ejemplo de ello se da con respecto a la declaración del presidente del Congreso Constituyente, quien calificó la Constitución de 1993 como la “mejor carta de garantía” para la inversión extranjera”.

En la actualidad, vemos la influencia de la corriente liberal clásica en la concepción del Estado y la estructura que se le da al mismo. El artículo 43 define al Estado peruano como democrático, social, independiente y soberano, afirmando que el Estado es uno e indivisible. Es necesario señalar que, si bien la Constitución de 1979 no menciona explícitamente que el Estado funcionaba bajo el concepto de división de poderes, la Constitución de 1993 establece claramente que el Estado se organiza según el principio de separación de poderes.

Nuestra Constitución actual tiene como principio fundamental y base del ordenamiento el respeto a la dignidad de las personas (expresado en el artículo 1), por lo que el reconocimiento de otros derechos se deriva de este principio. Esto, junto con el artículo 3, que establece que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás garantizados por la Constitución, ni otros de naturaleza análoga o que se basen en la dignidad del hombre, o

en los principios de la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno.

En conjunto con la Cuarta Disposición Final y Transitoria que amplía los derechos y libertades de las personas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, se evidencia que el constituyente optó por una cláusula abierta que prevé la futura incorporación de derechos no reconocidos expresamente en el texto constitucional, cuando se basen en el principio de dignidad o se deriven del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Estos son producto del desarrollo de la corriente racionalista iusnaturalista, donde se reconoce que los derechos del hombre no nacen con el reconocimiento estatal, sino que son inherentes a la naturaleza humana.

La posición del Estado peruano respecto de la religión está establecida en el artículo 2, numeral 2, que reconoce la libertad de culto, estableciendo que no se permite la discriminación por motivos religiosos. Por lo tanto, si bien por un lado el Estado peruano acepta diferentes credos religiosos, el artículo 50 establece que “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y presta su colaboración”, evidenciando la relación de preferencia dada a la religión católica en función de la influencia histórica de la Iglesia Católica en el Perú.

2.2. Entre la neutralidad del Estado y el activismo

Al inicio de la historia de la república, la Constitución Política de 1993 fue concebida, desde una visión republicana, como una constitución de valores y libertades del hombre, individual y colectivamente; considerando que fue concebido contra el orden monárquico autoritario de aquella época. A partir del siglo XX, el eje de nuestro Estado constitucional es liberal y laico, ya que no adopta una concepción filosófica, religiosa o moral específica, en comparación con el siglo XIX; si bien, el pensamiento liberal utilitarista del siglo XIX se refleja en los límites de las libertades personales, como el orden público, la moral o la seguridad nacional.

Sin embargo, la carta magna de 1993 adopta una ideología humanista y una perspectiva filosófica liberal, (siguiendo la Constitución de 1979) que se refleja en los derechos fundamentales de la persona, como la libertad y la dignidad. Es importante resaltar que la esencia de la Constitución es la persona humana, constituyendo siempre un fin, como lo afirma Kant y como lo consagra el artículo 1 de la Constitución de 1993. Por lo tanto, la disposición de la Constitución nacional busca un equilibrio, en que los intereses individuales y colectivos se concilian en un Estado de derecho.

La Constitución se posiciona por la neutralidad del Estado en la religión, desde 1915. Así, el presupuesto es el laicismo, pero en la práctica es un Estado

pluriconfesional, porque reconoce el valor histórico del catolicismo y la práctica de otras religiones. El artículo 2.3 de la Carta Magna reconoce la libertad de conciencia y de religión, además de establecer que “es libre el ejercicio público de todas las confesiones, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”. Por tanto, no existe ninguna religión que limite el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sin embargo, es fundamental enfatizar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la importancia histórica de la Iglesia Católica como parte fundamental de nuestra cultura. El artículo 50 de la Constitución resalta la importancia del catolicismo en nuestra historia nacional, mencionando que “el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y presta su colaboración”, pero también señala que “el Estado respeta las demás confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas”. Este artículo consagra la neutralidad del Estado frente a la pluralidad de concepciones religiosas.

Además, esto se puede ver en el artículo 14 de la Constitución, que menciona que “la educación religiosa se impartirá con el respeto a la libertad de conciencia”. Por ejemplo, el caso “El Señor de los Milagros”²³, reconoce que los símbolos católicos son una expresión cultural y parte del esfera popular de la sociedad; así también se reconoce en el caso “Crucifijos”²⁴. Pero, precisamente, prevalece la visión de la Constitución abierta al futuro y dinámica.

Por otro lado, la Constitución nacional adopta una posición comprometida respecto de las concepciones morales respecto del matrimonio homoafectivo, que no es una cuestión de legalidad sino completamente moral. Esto se puede observar en el artículo 4 de la Constitución, en el que se reconoce el matrimonio como institución fundamental de la sociedad, pero sólo entre personas de distinto sexo; lo que también se ve en el artículo 5 del texto fundamental, en el que las normas que rigen el concubinato son la “unión estable de un hombre y una mujer”.

Además, el máximo intérprete de la Constitución, la Corte Constitucional, falló recientemente en contra del reconocimiento de la unión homoafectiva de dos hombres²⁵, en el que gran parte de los votantes Los fundamentos remiten a argumentos morales y religiosos, además de una visión positivista de la Carta Magna, que demostró una posición activista frente a estas concepciones, a pesar de que nuestra Constitución se presenta, en un principio, como neutral. Es así como la religión y la moral están involucradas en la agenda jurisdiccional, a pesar de ser un ámbito de creencias personales. Otro ejemplo de esto es el caso del anticonceptivo

23 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00061-2013-PA/TC y Exp. N.º 02435-2013-PA/TC.

24 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 05416-2009-PA/TC.

25 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 01739-2018-PA/TC.

oral de emergencia, en el que se paralizó la distribución de esta pastilla, debido a la demanda de un colectivo religioso; además de ser un debate en el que participó activamente el entonces cardenal Cipriani de la Iglesia Católica peruana y emitió un pronunciamiento público sobre el tema.

Asimismo, la Constitución de 1979 reconoció recientemente la igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio, mientras que antes existía una base moral para no reconocer esta igualdad. Por ejemplo, la esposa estaba sujeta a la voluntad del marido en actividades como representación de la sociedad conyugal, transferencia de bienes, traslado del domicilio conyugal, deudas matrimoniales, entre otras. Este modelo represivo hacia los derechos de las mujeres, clásico de una sociedad patriarcal, también quedó reflejado en el Código Civil de 1936, disposiciones que fueron derogadas con el Código Civil de 1984, en el marco de la Constitución de 1979, a la que ha seguido la actual Constitución de 1993. Por lo tanto, hoy podemos entender que no sólo la Constitución, sino también los códigos que forman el ordenamiento jurídico adoptan una posición neutral frente a la pluralidad de concepciones morales, pero activa en el sentido de defender los derechos de las personas y poblaciones vulnerables, tal y como se desprende de la legislación vigente.

2.3. Las convicciones de la Constitución peruana

En términos de convicciones filosóficas, la premisa fundamental de la Constitución Política del Perú es la protección de la persona humana, la cual es considerada fin de la sociedad y del Estado. Esta premisa está estipulada en el artículo 1 de la Constitución como una apertura a la protección de los derechos humanos como pilar del modelo de Estado que propone el texto constitucional. Asimismo, reconoce la diversidad cultural del país en sus diferentes aspectos. En primer lugar, el artículo 2, párrafo 19, reconoce como un derecho la identidad étnica y cultural de la nación. En segundo lugar, el artículo 149 reconoce las funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas dentro de su territorio de conformidad con el derecho consuetudinario; siempre con los derechos fundamentales como límite. En tercer lugar, a través del artículo 48 reconoce las lenguas oficiales del Perú y a través de su desarrollo normativo Ley N.º 29735. A partir de esta, promueve y desarrolla la libertad cultural, que se expresa a través del reconocimiento de las 47 lenguas nativas habladas por cuatro millones de personas.

Aunque no se condenan las ideas por la libertad de opinión, ideas y credos; De acuerdo con los valores de un Estado constitucional democrático de derecho, están prohibidas las acciones que puedan alterar el equilibrio constitucional. En este sentido, se consideran como límite las alteraciones graves del orden público constitucional y las violaciones del contenido fundamental de la Constitución.

Estas alteraciones pueden ser acciones terroristas y apologías, catástrofes graves o situaciones que pongan en grave riesgo la salud de las personas.

Un claro ejemplo de ello es el caso del Movimiento por Amnistía y Derechos Fundamentales (Movadef). Esta organización fue creada en el año 2009 con el propósito de participar y competir como partido político en las elecciones generales, congresales y locales. Se le impidió registrarse ante el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) mediante Resolución N.º 0224-2011-ROP/JNE. Esta resolución negó el registro del Movadef argumentando que dicha organización política adoptaba principios marxistas, leninistas, maoístas y el pensamiento de Gonzalo. Este último pensamiento está directamente vinculado con el exlíder de la organización terrorista “Sendero Luminoso”, Abimael Guzmán. En este sentido, las ideas fundacionales de esta organización implican actos violentos contrarios a la Constitución Política del Estado, por tratarse de ideas vinculadas a la apología terrorista que causó grandes daños al país en la década de los ochenta.

En cuanto a las convicciones religiosas, la Constitución garantiza la protección de la libertad de conciencia y de religión, que puede ejercerse individualmente o en asociación. En primer lugar, esta protección se manifiesta en el artículo 2, párrafo 2, que prohíbe la discriminación por motivos de religión u opinión. En segundo lugar, en el artículo 2, párrafo 3, se reconoce como un derecho la libertad de conciencia y de religión. Asimismo, el mismo artículo reconoce y promueve el respeto a la pluralidad de pensamiento y prohíbe la persecución por motivos de creencias o ideas. En tercer lugar, el artículo 14 promueve la libertad de conciencia en la transmisión de la educación.

Por ejemplo, se ha declarado estado de emergencia debido a la pandemia global, que ha restringido la libertad de movimiento y reunión para realizar diferentes actividades. Como resultado, las reuniones para bodas y todas las celebraciones litúrgicas en general han sido limitadas a un cierto aforo y siempre con medidas de bioseguridad. Mediante decreto supremo N.º 023-2021-PCM, se ha restringido el aforo en todo el país en función de los niveles de alerta de riesgo en las provincias y departamentos. Así, el gobierno peruano ha determinado una limitación de capacidad del treinta por ciento (30 %) en zonas de alerta moderada, una limitación de capacidad del veinte por ciento (20 %) en zonas de alerta alta y una limitación de capacidad del veinte por ciento (10 %) en zonas de alerta muy alta.

Dentro de las convicciones morales, la Constitución peruana protege y promueve a la familia como una de las instituciones más importantes de la sociedad. Con base en esto, el artículo 4 abre la protección de los niños, adolescentes, madres y personas mayores que se encuentren en situación de abandono. Del mismo modo, el artículo 14 designa a los medios de comunicación como colaboradores del Estado para la formación moral y cultural en todos los niveles. Para la constitución nacional, los límites a la pluralidad pueden manifestarse en caso de colisión con un derecho fundamental, como en el caso del derecho

consuetudinario. En base a esto, se utiliza una prueba de ponderación entre los valores constitucionales en conflicto. De esta manera, los derechos fundamentales son considerados bienes jurídicos trascendentes.

2.4. La protección de los derechos fundamentales en el Perú

Como se señaló anteriormente, el Estado peruano, a través de su Constitución, encuentra la base de su posición neutral respecto de las nociones filosóficas, religiosas y morales en su artículo primero referido a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad. Asimismo, el derecho fundamental a la igualdad, previsto en el art. 2.2. de la Constitución, es también una base para determinar esta neutralidad. Estos dos derechos se basan en la defensa de la persona humana, que es el principio rector de nuestro ordenamiento jurídico. Así, si analizamos la actuación del Estado únicamente bajo estas disposiciones, se podría determinar que es neutral en su totalidad.

Sin embargo, nuestra Constitución, en muchos de sus artículos, presenta aparentes contradicciones con lo antes mencionado. Ejemplo de ello es el artículo referido al reconocimiento de la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral de nuestro país, lo que a primera vista contradice el art. 2.2 sobre igualdad ante la ley y no discriminación por motivos religiosos; o en lo que respecta a la no discriminación en los casos de matrimonio, que se limita expresamente a la unión de un hombre y una mujer, lo que sería un caso de discriminación contra las personas que quieran optar por un matrimonio homoafectivo.

Esto demuestra que, a pesar de que nuestro Estado es en principio neutral, o se muestra así, en realidad es activista respecto de derechos que pueden contener una marcada carga política e ideológica. Así, el Estado señala que todos somos iguales ante la ley, pero la observación es que se discrimina el matrimonio homoafectivo (artículo 5 de la Constitución, que señala que el matrimonio es entre un hombre y una mujer).

Otro ejemplo de este activismo lo podemos encontrar en la lectura del art. 59 de la Constitución, sobre los límites al ejercicio de la libertad de empresa. Entre ellas está que no debe ser perjudicial para la moralidad. El concepto de moralidad ha sido establecido en el caso Calle 8²⁶, el cual se relaciona directamente con el concepto de buenas costumbres. El caso también menciona que es un límite a la libertad religiosa. Así, la moral se basa en los conceptos culturales de lo que se considera bueno o correcto. En este sentido, se puede observar que los conceptos morales son variantes según la percepción de la sociedad, por lo que no se puede

26 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 03330-2004-AA/TC.

decir que el Estado sea neutral en este aspecto, que, por el contrario, a través de la jurisprudencia tiene una posición marcadamente activista.

2.5. Protección del pluralismo en la Corte Constitucional peruana

El Estado peruano, tal como lo define la Constitución de 1993, presenta las características básicas de un Estado social y democrático basado en el Estado de derecho. Así, se fundamenta en los principios esenciales de solidaridad, libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. En este sentido, es importante señalar las ocasiones en las que concepciones filosóficas, religiosas y morales se han opuesto a los principios constitucionales que definen un Estado social y democrático de derecho, como en el caso peruano.

En primer lugar, uno de los casos más visibles en los que se hizo presente el enfrentamiento entre concepciones religiosas y morales fue cuando un grupo católico interpuso un amparo contra el MINSA para impedir la distribución del Método Anticonceptivo Oral de Emergencia (en adelante OEC) en 2004. En 2009, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ²⁷invalidó la distribución gratuita de la “píldora del día después”. La sentencia del TC no condujo a la prohibición de la compra y venta de OCP en el mercado, pero impidió su entrega pública, teniendo un impacto desproporcionado y discriminatorio sobre los más vulnerables: víctimas de violación, mujeres de escasos recursos, niñas y adolescentes, mujeres de zonas rurales y pertenecientes a poblaciones marginadas, entre otros.

Por otro lado, la prohibición del TC se basó en dos premisas incorrectas: que la píldora tiene efectos “abortivos” y que el derecho a la vida está absolutamente protegido desde el momento de la fecundación, es decir, antes de la implantación. Ambos criterios carecen de sustento científico y este último ha sido rechazado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro)*.

En este sentido, es posible señalar que durante el desarrollo del caso para determinar si la píldora era abortiva o no, se produjeron ciertos hechos como la constante negativa a la distribución de la píldora por parte de ONG religiosas, las reuniones entre los luego el cardenal Cipriani y diversos magistrados del TC y los constantes cambios de decisión de la Corte respecto a la distribución de la pastilla, así como la imposición de la idea de que la pastilla es “abortiva” por parte de un sector de la Iglesia Católica. Este evento demuestra cómo las concepciones religiosas y morales impactaron no solo en las decisiones del máximo intérprete de la Constitución, sino también en los principios constitucionales que definen al Perú como Estado.

²⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 02005-2009-PA/TC.

Otro ejemplo que representa lo antes mencionado se refleja en el Caso N.º 23822-2017-Lima, en el que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema que rechazó en todos sus extremos la demanda del colectivo “Padres en Acción”, que buscó declarar la inconstitucionalidad de la Resolución Ministerial N.º 281-2016-MINEDU por incluir dentro del Currículo Nacional de Educación Básica el enfoque de género. Esta resolución originó que varios grupos religiosos y evangelistas se pronunciaran en contra de la inclusión del género. enfoque en educación básica, grupos religiosos como “Con mis hijos no te Metas” (No te metas con mis hijos) planteó las siguientes cuestiones, argumentando que el Estado estaba imponiendo la, como la llaman, “ideología de género”.

La oposición a la “ideología de género” incluye el rechazo a la protección jurídica de la diversidad sexual. En este sentido, el Estado peruano hace referencia a tres principios para la protección de los derechos humanos: igualdad, dignidad y libertad; tres pilares fundamentales que sustentan un sistema de protección universal que protege a todo ser humano, sin excepción, por lo que es parte de sus obligaciones eliminar todo tipo de discriminación contra los sectores más vulnerables, así como eliminar todo tipo de violencia, especialmente de género. violencia.

Así, bajo los derechos de igualdad y no discriminación, existen obligaciones por parte del Estado de proteger y respetar la diversidad sexual de manera proporcional y racional. Por ello, es importante que el MINEDU comience a sensibilizar a los docentes sobre el tema de la sexualidad y las diversas orientaciones sexuales, ya que muchos de ellos, por razones culturales y religiosas, pueden no cumplir con las políticas estatales. Esto pondría fin a la práctica existente en muchas escuelas de expulsar a estudiantes con orientaciones sexuales diversas. De esta manera, es importante resaltar que varios magistrados han declarado infundado la demanda que buscaba declarar la inconstitucionalidad de la Resolución Ministerial N.º 281-2016-MINEDU.

Por otro lado, existe un número importante de sentencias a las que se les ha atribuido una perspectiva multicultural liberal. Las sentencias más importantes en cuanto al análisis de los principios constitucionales y su relación con la pluralidad de concepciones filosóficas, religiosas y morales son la sentencia Hoja de Coca I²⁸ y Cordillera Escalera²⁹.

Es significativo señalar que la Corte Constitucional peruana asume un enfoque basado en el multiculturalismo liberal, que privilegia al individuo, en el que los derechos pertenecen en última instancia al sujeto individual, no a grupos. De esta manera, el multiculturalismo liberal reconoce la construcción dialógica y constante de la identidad, tanto individual como colectiva, ya que parte de la

28 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00020-2005-PI/TC.

29 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 03343-2007-PA/TC.

existencia de una historia de dominación (colonial y poscolonial) que ha institucionalizado desigualdades que incluso se han convertido en parte determinante de una autopercepción negativa de los pueblos indígenas; flexibilización de los ideales modernos y del Estado-nación y reconoce una relación dialógica en la formación de identidades, sin embargo, la toma como un presupuesto histórico y no como un componente esencial en el desarrollo de su proyecto ético-político.

3. LA COEXISTENCIA DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EN LA EXPERIENCIA NACIONAL

3.1. Múltiples sistemas legales en el Perú

La Constitución peruana, según su artículo 43, reconoce como organización de gobierno un Estado unitario, representativo y descentralizado. También se guía por el principio de separación de poderes como Estado democrático y social. En esta línea, la Constitución peruana, a través del artículo 188, reconoce la descentralización como una forma democrática de organización y política del Estado. Es a través de esto que transfiere poderes y recursos del gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales. Por ejemplo, según el artículo 74, los gobiernos regionales y locales podrán crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas tributarias.

La Corte Constitucional peruana ya ha definido que la competencia entre los gobiernos locales y regionales debe regirse bajo el principio de cooperación y lealtad regional (es decir, no debe producirse normas que contradigan políticas nacionales o medidas que puedan perjudicar sus competencias y propósitos constitucionales).³⁰

Por un lado, al ser un gobierno unitario, la regulación de los derechos fundamentales es competencia del gobierno nacional y no son materia de regulación autonómica y local. Asimismo, según el artículo 56, los tratados sobre derechos humanos deben ser ratificados por el presidente de la República previa aprobación del Congreso. Por otro lado, las acciones de los gobiernos regionales y locales se rigen por mandatos constitucionales o por cualquier ley emitida directamente por el gobierno nacional. En esta medida, tanto los gobiernos regionales como los locales son competentes para regular los derechos humanos.

El Perú se caracteriza por su diversidad y heterogeneidad, por lo que el Estado y su sociedad no es ajeno a esto. En este sentido, según lo dispuesto en el artículo 89, la Constitución reconoce que las comunidades campesinas y originarias tienen existencia legal, es decir, son consideradas personas jurídicas. Bajo esta premisa, la Constitución peruana también reconoce la función jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas dentro de su ámbito territorial. De la misma manera, esta potestad jurisdiccional debe ser conforme a su derecho consuetudinario y

³⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00012-2017-PI/TC, f. j. 21.

siempre respetando los derechos fundamentales como límite constitucional. Esta facultad está ligada al reconocimiento de la “Constitución Cultural”, que, según la Corte Constitucional, gira en torno a la cultura como un derecho fundamental relacionado con el derecho a la libertad y el papel fundamental del Estado en la vida cultural de la sociedad³¹. Asimismo, la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas y originarios es competencia del gobierno central y no puede ser abordada por los gobiernos locales o regionales sin previo acuerdo³².

Como se desarrolló anteriormente, aunque se reconocen las libertades religiosas, la constitución no reconoce la autonomía legal de las entidades religiosas. Pese a ello, históricamente en el Perú ha existido una constante e intensa conexión con la Iglesia Católica, plasmada en el Concordato de 1980, que ha llegado a influir en las prácticas religiosas de la mayoría del país y en las instituciones gubernamentales.

3.2. Representación de los sistemas jurídicos según la Constitución nacional

El Perú es un país pluricultural, pluriétnico, multilingüe que da origen a diversas naciones o nacionalidades que no han sido integradas a una unidad nacional que diera origen a una identidad nacional. La Constitución del Perú en su artículo 2, numeral 19, reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.

Según el artículo 43 de la Constitución, el Estado peruano es unitario, representativo y descentralizado, y está organizado según el principio de separación de poderes. En este sentido, el Estado unitario y descentralizado permite gobernar unitariamente, sin perjuicio de los gobiernos descentralizados, regionales y municipales, que coadyuvan en el desarrollo de la política nacional de acuerdo con las competencias que la Constitución asigna a cada nivel de gobierno. Estos constituyen parte de la unidad del Estado, por lo que no es posible que los gobiernos descentralizados del Estado excedan las competencias que les confiere la Constitución y las leyes³³.

En cuanto a las interacciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos que protegen a la persona, el artículo 89 de la Constitución Política del Perú es la norma principal que aborda el tema de las comunidades campesinas y comunidades nativas en nuestro país. Es una norma que agrupa un conjunto de derechos que identifica a estas comunidades. El concepto de autonomía de las comunidades andina y amazónica está relacionado con el concepto de Estado, en el sentido de soberanía y secesión, mientras que el primero corresponde a entidades colectivas

31 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00022-2018-PI/TC, f. j. 125.

32 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00012-2017-PI/TC.

33 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00006-2008-PI/TC.

que tienen amplia libertad en sus acciones, pero son reconocidas como parte de un mismo Estado.

En cuanto a la autonomía, es necesario resaltar que el concepto de autonomía de las comunidades andina y amazónica es diferente al concepto de autodeterminación. Este último se relaciona con el concepto de Estado, en el sentido de soberanía y secesión, mientras que el primero corresponde a entidades colectivas que tienen amplia libertad en sus acciones, pero son reconocidas como parte de un mismo Estado (Convenio 169 y TC).

De esta manera, las comunidades andina y amazónica han actuado como pequeños Estados: han identificado un territorio, una población, su propia organización social, económica y política, sus propias autoridades y sus propios mecanismos de resolución de conflictos. Como señala Peña Jumpa, esto no ha significado que estas comunidades hayan pretendido autoproclamarse Estados (salvo en el discurso de pequeños grupos o movimientos). Teniendo en cuenta este panorama, la Constitución Política del Perú reconoce a las comunidades andina y amazónica una amplia autonomía que hace innecesaria la autodeterminación. Así, la Constitución reconoce los siguientes niveles de autonomía: autonomía organizacional, autonomía en el trabajo comunal, autonomía en el uso y libre disposición de sus tierras, autonomía económica y autonomía administrativa.

3.3. El Tribunal Constitucional y la protección de los derechos fundamentales

La Constitución no es solo una norma política con contenido jurídico vinculante, sino también con un contenido dispositivo que ordena las relaciones verticales y horizontales de nuestro ordenamiento jurídico. Así, la Corte Constitucional nutre constantemente este contenido basándose en principios y valores constitucionales. Por lo tanto, “la Constitución no debe ser retórica ni vacía, sino un principio efectivo contenido en la obligación de asumir políticas multiculturales adecuadas”³⁴.

En la carta magna de 1993 se establece un marco para la protección de los derechos humanos de las comunidades campesinas y nativas, pero es la Corte Constitucional quien desarrolla este marco y lo adapta a la realidad; considerando que, según el artículo 149 de la Constitución, las comunidades campesinas y nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, consolidándose como un ordenamiento jurídico paralelo al Estado, en el que sus costumbres tienen valor jurídico y deben ser respetadas por el Estado, y fiestas privadas. Además, hace parte de este marco el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), que reconoce la consulta previa y la autodeterminación de estas comunidades.

³⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 05611-2007-PA/TC.

Un caso emblemático abordado por el TC fue el caso de la comunidad nativa Tres Islas³⁵, en el que falló a favor de la comunidad, porque estaban siendo violados sistemáticamente por extractores mineros en la jungla. En este caso, resalta la importancia de la relación entre la Constitución, el multiculturalismo y la realidad social, concluyendo que “la Corte debe estar atenta al referido contexto para repensar las categorías jurídicas y los derechos desde una perspectiva multicultural” (f. j. 19). Un punto muy importante es que los jueces tienen la tarea de realizar un abordaje cultural abierto que se rija por los mandatos y principios constitucionales, pero adecuándolo a la cosmovisión de las comunidades.

Otro caso de la línea jurisprudencial de protección de los derechos humanos en el contexto del pluralismo jurídico es el caso Cordillera Escalera³⁶ en el que prevalecen los derechos de 64 comunidades nativas de grupos étnicos frente a una concesión, porque las condiciones ambientales se verían afectadas negativamente por la explotación de hidrocarburos en la zona. De igual manera, el caso Hoja de Coca I³⁷ reconoce el derecho de los pueblos a cultivar sus cultivos para consumo interno, dado que la tierra tiene un valor histórico y ancestral.

La Corte Constitucional ha seguido el marco establecido por la Constitución, pero, con el tiempo, ha identificado otros principios y nuevos derechos, como el derecho de las comunidades indígenas y el derecho al medioambiente. Así, en el contexto del pluralismo jurídico, de la Constitución surgen valores, como la diversidad cultural y el multiculturalismo, que son desarrollados y tomados en consideración en los casos abordados por la Corte Constitucional.

El artículo 2, numeral 19 de la Constitución reconoce la interculturalidad del Perú, por cuanto toda persona tiene derecho “a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. En base a este marco se establece por la Constitución, la Corte Constitucional reconoció al Estado peruano como un Estado multicultural y políétnico³⁸, por lo que la Constitución adopta una perspectiva cultural, en la que prevalecen principios como la unidad y diversidad cultural, que son posteriormente desarrollados en la jurisprudencia y aplicados en cada caso concreto por el Tribunal Constitucional.

3.4. Protección de la identidad, desde el constitucionalismo peruano

Desde su fundación, el Perú ha sido un país heterogéneo y con un alto nivel de diversidad cultural. Pese a ello, desde la época colonial hasta finales del siglo XX, el Estado sólo ha reconocido un único ordenamiento jurídico. Podemos afirmar

35 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

36 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 03343-2007-PA/TC.

37 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00020-2005-PI/TC y N.º 00021-2005-PI/TC.

38 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

que, por un lado, existe un sistema jurídico basado en el derecho civil occidental heredado de la tradición romano-germánica; por otro lado, existe la existencia de diversos sistemas jurídicos desarrollados por las culturas nativas que habitan el Perú. Es finalmente con la Constitución de 1993 que se reconoce oficialmente la existencia de los diferentes ordenamientos jurídicos a través del artículo 89 que reconoce jurídicamente la existencia de las comunidades campesinas y nativas, y el artículo 149 que establece:

Artículo 149.- Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, y en su defecto las *Rondas Las campesinas*, podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre y cuando no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y otras instancias del Poder Judicial.

Si bien el reconocimiento de la jurisdicción comunal es un avance, el reconocimiento de más de un ordenamiento jurídico ha generado fricciones entre ellos. Un claro ejemplo es la sentencia N.º 07009-2013-PHC/TC, emitida por la Corte Constitucional. Jorge Payaba Cachique, presidente de la comunidad nativa Tres Islas, presentó una demanda de Habeas Corpus en nombre de dos miembros de su comunidad luego de que fuerzas de la Policía Nacional del Perú ingresaron a la comunidad nativa Tres Islas y detuvieron a dos personas. La policía actuó ante el hecho de violación perpetrado por miembros de la comunidad nativa contra dos menores de edad. En la petición, Payaba solicitó que este caso sea juzgado no en la justicia ordinaria, sino a través de la jurisdicción constitucional, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 149.

La relevancia jurídica de este caso es que la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de sentar jurisprudencia respecto de los límites del artículo 149. La presente sentencia reconoció la importancia de establecer un límite material a la competencia constitucional, optando por hacerlo con base en la misma disposición del artículo 149; estableciendo como límite el respeto a los derechos fundamentales.

La jurisdicción constitucional es una necesidad en un Estado plurinacional como el Perú, pero el pluralismo jurídico en su afán por promover la autonomía de la jurisdicción comunal no puede resultar en que la ejecución de esta jurisdicción acabe minimizando o descartando otros bienes jurídicos.

El artículo 149 reconoce la competencia de las *Rondas Campesinas*. El origen de este personaje histórico se remonta a la década de 1960 cuando el delito de abigeato, también conocido como abigeo, se había popularizado en Cajamarca. Los habitantes de la comunidad de Cuyumalca establecieron la primera *Ronda Campesina*. Inicialmente su labor se limitó a entregar a los culpables a la Policía Nacional, pero al ver que los culpables eran rápidamente liberados, las patrullas

campesinas avanzaron hasta convertirse en administradoras de justicia y en consecuencia ejercieron competencia.

Como es evidente, la existencia de dos ordenamientos jurídicos genera discusiones sobre cuál debe utilizarse en diferentes circunstancias, por ejemplo, si se aplica la jurisdicción comunal o se recurre a la jurisdicción ordinaria en materia penal para juzgar delitos cometidos en zonas controladas por las *Rondas Campesinas*. Por esta razón, en 2009 el Poder Judicial tuvo que establecer el Acuerdo Pleno N.º 1-2009/CJ-116. El objetivo de esto fue delimitar en qué casos se puede recurrir a la jurisdicción comunal. El acuerdo establece cinco elementos que deben concurrir para aceptar el recurso a la jurisdicción comunal: (i) elemento humano, debe existir un grupo diferenciado por su origen étnico o cultural y por la persistencia de su identidad cultural; (ii) elemento orgánico, debe haber autoridades que ejerzan una función de control social en sus comunidades; (iii) elemento normativo, debe existir un sistema jurídico de derecho consuetudinario que incluya normas tradicionales, materiales y procesales; (iv) elemento geográfico, debe existir un sistema jurídico de derecho consuetudinario que incluya normas tradicionales, materiales y procesales; (v) elemento geográfico, debe existir un sistema jurídico de derecho consuetudinario que incluya normas tradicionales, materiales y procesales; (iv) elemento geográfico, las funciones jurisdiccionales se dictan dentro del ámbito territorial de la *Ronda respectiva Campesina*; (v) factor de congruencia, el derecho consuetudinario a aplicar por la *Ronda La campesina* no puede violar los derechos fundamentales del individuo.

históricos, geográficos y culturales inevitablemente han generado que diferentes grupos en el Perú tengan diferentes prioridades que en ocasiones entran en conflicto entre sí. Como se explicó anteriormente, estos conflictos han sido por derechos humanos y respeto a la cosmovisión de los diferentes grupos. Así, estos conflictos también se han manifestado en el ámbito de los intereses económicos. Sobre todo, se considera que uno de los factores claves para el alto número de conflictos socio ambientales es la riqueza de recursos naturales que se encuentran en el territorio de las comunidades campesinas, generando conflictos que suelen derivar en litigios por el uso del suelo y subsuelo. (minería, petróleo, recursos hídricos).

La Defensoría del Pueblo, organismo constitucionalmente autónomo, informó que solo en el mes de agosto de 2020 se registraron 190 conflictos socio ambientales, y al cierre de este año se informó que permanecían 143 conflictos activos, 47 latentes. Un ejemplo de uno de estos conflictos ocurrió en el año 2006, en el conflicto conocido como “El Baguazo”. Esta situación se generó cuando el gobierno de la época firmó un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, dando como resultado diferentes disposiciones legales que afectaron a las comunidades indígenas de la Amazonía, quienes respondieron tomando el control de la carretera. El Baguazo estalló cuando agentes de la DINOES (Dirección Nacional de Operaciones Especiales) con apoyo de las Fuerzas Armadas se enfrentaron a los

indígenas que se encontraban atrincherados en la carretera. El conflicto se saldó con la muerte de 33 personas y la desaparición del mayor Felipe Bazán, quien fue tomado como rehén luego de que fuerzas gubernamentales abrieran fuego contra los manifestantes. El conflicto terminó oficialmente el 22 de septiembre de 2016 con la absolución de todos los casos a los nativos.

Buscando tratar de reducir las tensiones entre diferentes grupos, en 2011 se publicó la Ley de Consulta Previa en el marco del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en beneficio de las comunidades nativas. A pesar de los avances que representa esta ley, no se puede negar que los conflictos socioculturales por el manejo de los recursos siguen siendo preponderantes.

4. LA IMPORTANCIA DE LA DIVERSIDAD, EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

4.1. La identidad como derecho fundamental

El artículo 2, párrafo 1 de la Constitución es claro al establecer que toda persona tiene derecho a su identidad; “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psicológica y física y a su libre desarrollo y bienestar” (énfasis añadido); por lo que se considera que el derecho a la identidad se enmarca dentro del derecho a la dignidad. Este concepto se complementa en el párrafo 2 de este artículo, que establece que nadie podrá ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra clase (énfasis añadido). Además, la Cuarta Disposición Final y Transitoria establece que:

Cuatro.—Las normas relacionadas con los derechos y libertades reconocidos por la Constitución 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.

De los artículos antes mencionados se desprende que el constituyente optó por darle reconocimiento constitucional al derecho a la identidad. Lo cual a su vez es amplio para aceptar interpretaciones que sumen y desarrollen nuevos derechos e interpretaciones del derecho a la identidad. Estas dos características del derecho a la identidad (su constitucionalización y su apertura) han resultado en el desarrollo de nuevas concepciones del derecho a la identidad; como es el caso de la identidad de género de las personas transexuales.

Tomando en consideración lo anterior, sobre la naturaleza del derecho a la identidad, podemos observar que todos los nacionales y no nacionales que viven en el Perú tienen derecho al derecho a la identidad. Asimismo, al tratarse de un derecho fundamental, se entiende que la obligación de garantizar el derecho a la identidad recae en el Estado a través de sus distintos órganos y en la sociedad, que también debe respetar el derecho a la identidad de las personas afectadas.

En la práctica, la Corte Constitucional ha tenido la tarea de promover y respetar el derecho a la identidad. Por ejemplo, como se hizo mediante la Resolución N.º 05829-2009-AA/TC, en la que se resolvió que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil había violado el derecho a la identidad de la señora Ibáñez, al no permitirle restituir su estado civil al de mujer soltera. Si bien el reclamo recibió un rechazo limitado, el TC optó por pronunciarse sobre el fondo del caso, concluyendo lo siguiente sobre el derecho a la identidad:

El derecho a ser individualizado según determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos que se derivan del propio desarrollo personal y comportamiento, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación).

Otro ejemplo del desarrollo que la Corte Constitucional ha dado al derecho a la identidad es en el contexto del proceso de paternidad. En la sentencia N.º 00227-2011-AA/TC, la Corte Constitucional reconoce que en vista de que el derecho a la identidad del niño subyace a todas las pretensiones de paternidad, no es posible restringir el uso de las pruebas de ADN a procesos judiciales realizados por el Juzgado Especializado de Familia. Ya que a través de las pruebas de ADN se puede dar la concreción judicial del derecho a una identidad.

4.2. La protección de las identidades múltiples en el ordenamiento jurídico

De lo anterior se desprende que el derecho a una identidad es el derecho de una persona a ser percibida como se identifica; por lo tanto, teniendo en cuenta que los seres humanos viven en sociedad, interactuando con diversos agentes sociales, se deduce que el derecho a una identidad incluye las identidades colectivas.

El derecho a la identidad cultural/étnica tiene como objetivo el reconocimiento y garantía por parte del Estado y la sociedad de la existencia de los pueblos indígenas u originarios. A partir de una misma diversidad cultural, se reconoce que un grupo puede compartir los mismos procesos históricos, lo que conduce a la configuración de una identidad colectiva basada en sus tradiciones y costumbres, la cual debe ser reconocida por el Estado.

De la misma manera, los derechos de los colectivos LGTBI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersex) aparecen a través del desarrollo de jurisprudencia que reconoce la identidad de género y la identidad sexual.

La tensión sobre la elección de criterios subjetivos sobre objetivos ha estado presente en el Tribunal Constitucional y en particular con respecto a la identidad de género. Por ejemplo, en el año 2006, en la causa N.º 06040-2005-PA/TC, la Corte Constitucional hizo un primer acercamiento a la definición de identidad personal, señalando la presencia de elementos objetivos (aspectos estáticos) y elementos subjetivos (aspectos dinámicos). Diez años después, la Corte tuvo que

decidir el caso N.º 06040-2015-PA/TC donde elaboró una mejor concepción del derecho a la identidad en sus aspectos objetivos y subjetivos:

La realidad biológica, a la luz de lo anterior, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, ya que ésta, al ser también una construcción, debe entenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se caería en un determinismo biológico que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física y esto obviaría que el ser humano es también un ser psíquico y social. (traducción del autor)

Asimismo, en materia del derecho a la identidad desarrollado en el apartado anterior, el Acuerdo Pleno N.º 1-2009/CJ-116, el Poder Judicial desarrolla criterios objetivos para la aplicación de la jurisdicción comunal; siendo uno de estos el criterio del Elemento Humano “debe existir un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia de su identidad cultural”. Es importante distinguir que la aplicación del criterio del elemento humano no establece estándares objetivos para limitar la identidad cultural y étnica de una persona; sólo se inserta en el marco de la aplicación de la jurisdicción comunal. El acuerdo surge con base en la ley de emisión anterior donde se mencionan criterios subjetivos y objetivos.

4.3. Discriminación basada en diferencias identitarias en la experiencia peruana

Tomando como punto de partida el concepto de diversidad, éste engloba multitud de identidades, ya sean étnicas, culturales, lingüísticas, sexuales o religiosas. Como lo expresó metafóricamente el escritor José María Arguedas, el Perú está compuesto de muchas sangres, de muchas identidades. En esta línea, el Estado reconoce el derecho fundamental a la identidad, consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú. Además, existe una visión dinámica del derecho a la identidad, en sus diferentes fases. La consecuencia de este reconocimiento es un trato diferenciado.

El ordenamiento jurídico peruano reconoce identidades diferentes, como la identidad étnica y cultural múltiple, como se ve en el artículo 2.19 de la Constitución, “toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural”. En esta línea, las consecuencias de este reconocimiento se pueden ver en artículos posteriores de la Carta Magna, como el artículo 89 de la Constitución, que reconoce la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas, así como su propio ejercicio de jurisdicción.

Por otro lado, el Estado reconoce identidades lingüísticas, en el sentido de que “todos los peruanos tienen derecho a utilizar su propia lengua ante cualquier autoridad a través de un intérprete” (artículo 2.19 de la Constitución); esto también se aplica a los extranjeros. Asimismo, el Estado reconoce las diversas identidades religiosas, al constituirse en un país pluriconfesional, tal y como consagra el artículo 2.2 de la Constitución, considerando que el “ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no atente contra la moral o la moral”. alterar el orden público”. Como consecuencia de este reconocimiento, los procedimientos a seguir se encuentran en la Ley N.º 29635 (Ley de Libertad Religiosa), que establece la objeción de conciencia y la protección de la libertad religiosa.

Finalmente, lo que conforma el Perú es la suma de múltiples identidades culturales, provenientes de diferentes partes del país. El disfrute de los derechos fundamentales no es factible si se violan e incluso se ignoran las múltiples identidades de los ciudadanos de este país.

Las diferencias de identidad generan un trato diferenciado en la legislación, implica que los iguales sean tratados igual y los diferentes sean tratados diferentes. Por tanto, el ordenamiento jurídico, como se ha dicho anteriormente, reconoce una diversidad de identidades y las consecuencias de este reconocimiento serían la causa de este tratamiento diferenciado en la legislación.

La Constitución de 1993 establece el respeto a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 89 de la Constitución), estableciendo el respeto al derecho consuetudinario y la jurisdicción especial (justicia indígena o campesina), que sólo se aplica a los grupos que comparten esta identidad, generando un trato diferenciado. Un ejemplo de esto es la Ley N.º 29824 (Ley de Justicia de Paz), que establece los mecanismos de coordinación en la administración de justicia.

Las consecuencias del reconocimiento de la diversidad de identidades lingüísticas es que en el artículo 48 se reconocen como lenguas oficiales el español, el quechua, el aymara y otras lenguas aborígenes. Además, la Ley N.º 29735 regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, promoción y difusión de las lenguas originarias del Perú, por ser parte fundamental de las identidades lingüísticas del Perú.

Por otro lado, la lucha por los derechos de la comunidad LGBTIQ+ es constante y recientemente, en el marco de las elecciones presidenciales de 2021, se aprobó el “protocolo para garantizar el derecho al voto de las personas trans el día de las elecciones”³⁹, que garantiza un trato igualitario para este grupo, basado en diferencias de identidad. Con el paso del tiempo y la regulación internacional sobre el tema, se espera que se emita legislación sobre protección de los derechos de la comunidad LGBTIQ+.

³⁹ Resolución N.º 000062-2021-JN/ONPE.

4.4. Igualdad y pluralidad étnica

En primer lugar, esta Política se fundamenta en la Constitución Política del Perú (1993), que establece que el Estado tiene el deber de reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación (art. 2, numeral 19), proteger el patrimonio cultural de la Nación (art. 21), y promover el acceso a la cultura y fomentar su desarrollo y difusión” (art. 2, numeral 8).

En este sentido, el art. 2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la ley” (numeral 2), “a la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento a través de la palabra o imagen oral o escrita”. , por cualquier medio de comunicación social, sin autorización previa ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley” (numeral 4), “a su identidad étnica y cultural” (numeral 8), “a participar, individualmente o en asociación, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación” (numeral 17), y “a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad de tales creaciones y de su producto” (numeral 19).

En cuanto al reconocimiento de grupos definidos por una identidad cultural, tenemos, en primer lugar, el concepto de identidad cultural, que se entiende como aquella característica subjetiva que define a un grupo o una comunidad con sus costumbres, pasado histórico y actividades cotidianas, que es lo que define la existencia de las comunidades andinas o campesinas y las comunidades amazónicas o nativas. Este es un derecho subjetivo que sustenta la propiedad comunal, la autonomía en sus diversos ámbitos y la existencia jurídica de las comunidades. Según la Constitución Política del Estado y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, además de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), el Estado peruano está obligado a respetar este derecho a la identidad cultural. Esto implica el respeto por parte de todas las autoridades del Estado (gobiernos centrales, regionales y locales) a la diversidad de las comunidades andinas y amazónicas existentes, con criterios propios de organización, trabajo comunal, uso y disposición de sus tierras, actividades económicas y administrativas, colectivas y familiares. propiedad y otras particularidades.

4.5. Exclusión y marginación de grupos vulnerables

La Constitución Política reconoce el carácter multiétnico y multicultural de la sociedad peruana. Pese a ello, un gran sector de la población se encuentra en situación de exclusión y marginación por su raza, apariencia física o pertenencia a una etnia distinta a la occidental y su orientación sexual. Sin embargo, las prácticas discriminatorias en la vida cotidiana socavan sustancialmente la configuración de una sociedad democrática e inclusiva en nuestro país. La discriminación ubica a las personas en diferentes categorías de valoración, generando exclusión, inequidad y

negación de varios derechos fundamentales. La ausencia de una respuesta integral y articulada por parte del Estado para abordar este problema provoca que muchas personas no puedan ejercer adecuadamente sus derechos, con el consecuente daño a su integridad personal.

En este sentido, el derecho fundamental a la igualdad limita cualquier trato arbitrario e irracional a las personas, mientras que la prohibición de la discriminación denota un grado específico de protección respecto del derecho a la igualdad. Es decir, no se refiere a ningún trato arbitrario, sino únicamente al que se realiza contra una persona por cualquiera de los motivos prohibidos en el ordenamiento jurídico y que tiene por objeto negar o restringir un derecho.

Según el Informe N.º 005-2009-DP-ADHPD de la Defensoría del Pueblo, durante el período 2007-2008, la Defensoría del Pueblo conoció 149 denuncias por presuntos actos de discriminación, las cuales se basaron en motivos como VIH/SIDA, sexo, discapacidad, raza, o identidad étnica, origen u procedencia, vestimenta, edad, religión, orientación sexual y apariencia física, entre otros.

4.6. Reconocimiento de las comunidades campesinas y amazónicas en el Perú

El Perú, al ser un país diverso y heterogéneo, en las últimas décadas ha fortalecido el reconocimiento de las comunidades campesinas y amazónicas y ha brindado un espacio de participación en el desarrollo de normas y regulaciones que reconocen sus formas de organización y jurisdicción a través del derecho consuetudinario. Esto se debe al reconocimiento constitucional y legal de las comunidades campesinas y amazónicas, el cual se desarrolla en tres etapas.

En la primera etapa, los principales problemas de las comunidades fueron que no eran consideradas ni reconocidas. Hace décadas, las acciones de las rondas eran penalizadas cuando excedían los límites del uso de la fuerza o cuando realizaban actos contrarios al ordenamiento jurídico. En aquella época, el derecho consuetudinario no era flexible. Así, se crearon artículos en el Código Penal en los que se atenuaban las penas para estos grupos. En un principio, en el Código Penal de 1924, en los artículos 44 y 45, los nativos amazónicos eran considerados salvajes y los de comunidades andinas semicivilizados. Mucho tuvo que ver con el uso de la teoría evolutiva con la que se justificaba clasificar como tales a miembros de las comunidades amazónicas y andinas (Ramos, 2019). En un segundo momento, el Código Penal de 1991, en su artículo art. 15 manifiesta la atenuación por “Error de comprensión culturalmente condicionado”, esto se aplica siempre que sea verificado por un peritaje antropológico. Este artículo está desarrollado para evitar la realización de prácticas delictivas para las comunidades.

En una segunda etapa, a pesar de que la Constitución de 1993, a través de su artículo 149, reconoce la jurisdicción especial de las comunidades amazónicas y

campesinas, éstas no contaron con un régimen jurídico integral. No fue hasta la Ley N.º 27908, Ley de Patrullas Campesinas, publicada en enero de 2003, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 25-2003-JUS, que las rondas campesinas fueron reconocidas como autoridades capaces de imponer justicia y como instancia central. actor en la jurisdicción especial. También están legitimados por el Acuerdo Pleno N.º 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema del Perú. Este acuerdo plenario reconoce que las rondas pueden administrar justicia, pero primero verifica una serie de requisitos en común para las comunidades campesinas y amazónicas.

En una tercera etapa, tras una serie de hechos conflictivos entre el Estado y las comunidades amazónicas en 2009 denominado “Baguazo” y el desarrollo de la regulación internacional y su influencia a nivel nacional, se producen nuevas formas de coordinación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario. Es a partir de esto que se fortalece la coordinación y el respeto entre la regulación estatal y la forma de organización de las comunidades campesinas y amazónicas guiadas por su propio derecho consuetudinario.

En cuanto a otros grupos, si bien no existe una regulación específica que establezca la participación en las normas que les afectan, existen muchas formas de acceder a la participación en la elaboración de normas y procedimientos. En primer lugar, según el artículo 203 de la Constitución, cinco mil ciudadanos con firmas verificadas por el Jurado Nacional de Elecciones podrán interponer una acción de inconstitucionalidad contra cualquier norma que pueda afectar sus derechos fundamentales. Asimismo, según la Ley N.º 26300, artículo 5, todas las personas con discapacidad física o analfabetas tienen derecho a la participación ciudadana. Todo esto es parte de las posibilidades y derechos de todo grupo de tener acceso a la elaboración de normas que les afecten directamente.

4.7. El derecho consuetudinario, desde una perspectiva pluricultural

Por un lado, como se mencionó anteriormente, en el caso del Perú se ha reconocido una jurisdicción especial para las comunidades amazónicas y campesinas. Esto se debe a que para el Estado estos grupos son considerados parte de la representación de la diversidad nacional, étnica, cultural y lingüística del Perú. Asimismo, no existe jurisdicción especial para los grupos religiosos.

Según los principios de interpretación constitucional aplicados por el Perú, la constitución debe interpretarse como un todo armonioso y sistemático. En este sentido, todos ellos. En ese sentido, respecto de la exigencia de leyes uniformes, toda elaboración jurídica para las comunidades amazónicas y nativas utiliza en su conjunto tres cláusulas constitucionales: el artículo 2, literal 19, que reconoce como un derecho la identidad étnica y cultural de la nación; el artículo 89 que define las comunidades campesinas y nativas y reconoce su autonomía; artículo 149 que reconoce las funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas

y nativas dentro de su territorio de conformidad con el derecho consuetudinario. Estos a su vez deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa con la Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989. Esta convención desarrolla el derecho de estos pueblos a la identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, entre otros.

Esto responde al modelo de Estado constitucional de derecho en el que existe la necesidad de que todas las normas jurídicas sean conformes con la constitución y su contenido⁴⁰. reglas para estos grupos, siempre estuvo latente la necesidad de poder delimitar y precisar las áreas de jurisdicción y respeto a su cosmovisión y forma de organización con base en su derecho consuetudinario. En este sentido, se han desarrollado algunas normas específicas para abordar las colisiones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial de estos grupos.

En primer lugar, se desarrolló la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esta ley desarrolla todos los contenidos, principios y procedimientos relacionados con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios cuando se trate de medidas estatales que puedan afectarlos directamente.

En segundo lugar, mediante Resolución Administrativa N.º 333-2013-C3-PJ, se desarrolla el Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia. Este último tiene por objeto definir reglas y lineamientos para la coordinación y armonización del sistema de justicia ordinaria y el sistema de justicia especial indígena. Este protocolo fue desarrollado de conformidad con el artículo 149 de la Constitución, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y el proyecto de Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia N.º 313/2011-PJ.

En el año 2011 se expidió la Ley N.º 29735, que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, promoción y difusión de las lenguas nativas del Perú. Esta ley forma parte de las políticas necesarias para recuperar y revalorizar las diversas lenguas originarias del país. Por otro lado, aunque no hay mayor desarrollo normativo para otros colectivos, sí hay un aspecto negativo que protege a estos colectivos. En este sentido, todos los delitos de odio están prohibidos en el Perú. Por ejemplo, el artículo 108-B del Código Penal prohíbe y sanciona el feminicidio. Asimismo, existen otras leyes de protección como la Ley N.º 30709, que prohíbe la discriminación salarial entre hombres y mujeres, la Ley N.º 27942, que previene y sanciona el acoso, la Ley N.º 30367, que protege a las madres trabajadoras contra el despido arbitrario, la Ley N.º 30364, que previene y sanciona la violencia contra la mujer y miembros del grupo familiar.

40 Acuerdo Pleno N.º 1-2009/CJ-116.

Aunque los derechos consuetudinarios tienen un régimen especial como se mencionó anteriormente, no son absolutos. Según nuestro Estado constitucional democrático de derecho, los límites son el respeto a los derechos fundamentales y la articulación de estas normas especiales de acuerdo con los principios de todos los principios constitucionales.

4.8. Tratamiento legal y específico a grupos vulnerables

El reconocimiento normativo de identidades colectivas especiales en el Perú aún está en proceso, porque aún existe la necesidad de un mayor tratamiento y protección jurídica para ciertos grupos definidos por su orientación sexual e identidad de género. E incluso en aquellos colectivos que sí tienen un espacio en la legislación nacional, como lo que prevalece en el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y comunidades originarias, o el reciente incremento del enfoque de género por el principio de igualdad, las normas no son basta si se realiza un análisis sociológico del sistema patriarcal, clasista y desigual del Perú.

Sin embargo, la legislación peruana ha reconocido un tratamiento específico para ciertos grupos, especialmente los más vulnerables. Según la Ley N.º 30490-Ley del Adulto Mayor, las personas mayores reciben especial atención en el acceso a servicios públicos, programas de capacitación, atención integral de salud, atención oportuna y apoyo institucional especial, desde el enfoque de la promoción y protección de sus derechos fundamentales.

Lo mismo ocurre con el grupo de personas con discapacidad (PCD), a quienes se les reconoció un nuevo enfoque de modelo social, implementado por el Decreto Legislativo N.º 1384, que eliminó el modelo rehabilitador y la noción de “incapacidad jurídica” de las personas con discapacidad. A pesar de la dificultad de este proceso, el cambio de enfoque tuvo un fuerte impulso en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006), que entró en vigor en 2008 para el Perú. Así, la discapacidad no se consideraba como un aspecto inherente al individuo, sino más bien como la interacción entre la deficiencia y las barreras sociales impuestas por la sociedad. Así, si bien antes este grupo era limitado y marginado, ahora la legislación nacional apoya un nuevo trato, que reconoce igualdad de condiciones para este grupo en el ámbito de sus atribuciones legales, civiles y personales.

Por otro lado, hemos visto que las comunidades campesinas y nativas también han sido reconocidas por el ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito del pluralismo jurídico como en el derecho consuetudinario, que si bien está limitado por los derechos fundamentales y el poder jurisdiccional del Estado, está reconocida

constitucionalmente (artículo 149). Además, también en materia del derecho a la identidad étnica y cultural, la Constitución en su artículo 2, inciso 19 y artículo 89, señala que el Estado lo protege y reconoce. Vinculado a esto, también tenemos los derechos a la propiedad y al territorio de los pueblos indígenas u originarios desarrollados por la jurisprudencia constitucional en el caso N.º 01126-2011-PHC/TC, y la protección del medioambiente equilibrado, que se configuran a través de la aplicación del derecho a la consulta previa, amparado por la Ley N.º 29785, y el reconocimiento del Convenio N.º 139 de la OIT. Asimismo, tenemos que este grupo es susceptible de una cuota de ajustes razonables en materias que invocan, por ejemplo, el ingreso a universidades, y acceso a programas educativos a través de la provisión de becas completas. Además, los grupos cuyos miembros son personas en situación de pobreza o extrema pobreza también han sido sujetos al reconocimiento de ciertas cuotas dentro de la sociedad peruana, que los eximen de pagar una multa o sanción por no acudir a votar, es decir, por no ejercer su derecho. votar.

Finalmente, los grupos de mujeres también han sido reconocidos como un grupo vulnerable, en una situación de desigualdad estructural dentro de una sociedad que respalda el sistema patriarcal imperante. Ciertamente, la figura de la mujer está poco a poco dejando de verse desde una posición de subordinación a la del hombre. Asimismo, las políticas públicas del Estado y la gestión del desarrollo local y regional impulsadas por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables con instrumentos como el Plan Nacional de Igualdad de Género (PLANIG 2012-2017) y el Plan Estratégico Multisectorial para la Igualdad de Género-PEMIG (aprobado por Decreto Supremo N.º 002-2020, MIMP), intentan mejorar este alcance.

Sin embargo, la igualdad de género aún está en desarrollo, y en este escenario, la figura de las mujeres en la representación política enfrenta una gran brecha de desequilibrio. Por esta razón, se promulgó la Ley N.º 31030-Ley que modifica las normas de la legislación electoral para garantizar la paridad de género y la alternancia en las listas de candidatos, con el objetivo de buscar eliminar las barreras institucionales y culturales aún existentes, reafirmando así la necesidad de garantizar la participación plena y efectiva. participación de las mujeres, así como igualdad de oportunidades de liderazgo para este grupo en todos los niveles de toma de decisiones de la vida política, pública y económica.

Vemos, por tanto, que dentro de la legislación nacional se incorporan ajustes, dependiendo de cada grupo y las circunstancias por las que esté atravesando. Y, aunque hay algunos casos, como el del colectivo LGTBIQ+, que aún no cuentan con una protección jurídica específica, sí prevalecen normas sociales, usos y costumbres que reconocen el respeto y la igualdad.

4.9. Colectivos reconocidos en el Perú

Hay varios colectivos en el país que aún se encuentran en proceso de reconocimiento legal, y algunos otros que han sido considerados en las reformas constitucionales anteriores a la actual Constitución de 1993. Uno de estos casos se remonta a las comunidades andina y amazónica, reconocidas por primera vez en la Constitución de 1920. Así, el artículo 58 de dicha Constitución decía:

El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden.

Por lo tanto, a partir de la citada Constitución, el Estado peruano estaba obligado a respetar a estas comunidades y a sus miembros, con el propósito de promover un desarrollo equitativo a través de políticas descentralizadas diferenciadas.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional no ha estado ajena al reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas, como se puede apreciar en Exp. N.º 00042-2004-AI/TC, donde la Corte Constitucional reconoce su existencia jurídica y personalidad jurídica, en cumplimiento del artículo 88 de la vigente Constitución, e impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural. Además, tenemos Exp. N.º 00020-2005-AI y acumulado/TC, donde la Corte sostiene que el Estado debe respetar la propiedad de las comunidades sobre sus conocimientos colectivos, los cuales constituyen un conjunto dinámico de conocimientos organizados que se enriquecen con cada generación gracias a su descubrimientos, y que deben ser protegidos y recibir los incentivos necesarios para evitar su desaparición, porque estos no sólo tienen un carácter cultural, sino también económico, ya que su contribución a la investigación y nuevos productos, gozan de un derecho de patente. Asimismo, en la misma sentencia, la Corte reconoció que el uso de la planta hoja de coca por parte de estas comunidades trasciende del ámbito cultural al ámbito socioeconómico, por lo que el Estado peruano se beneficia al participar en la explotación comercial de esta planta.

Además, estos colectivos también han recibido un reconocimiento diferenciado en el régimen laboral, como señaló la Corte en Exp. N.º 00598-2004-AA/TC, que estas comunidades tienen autonomía funcional y organizativa, por lo que el trabajo que realizan está sujeto a normas propias, que difieren del régimen laboral del sector privado. Así, la Ley N.º 24656–Ley General de las Comunidades Rurales, establece que el trabajo de los integrantes de estos grupos no está sujeto a un contrato de trabajo ordinario.

Por otro lado, tenemos el grupo formado por la Policía Nacional, el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, a quienes se les impidió ejercer el derecho al voto por su condición de no civiles. Así, mediante una modificación constitucional del actual artículo 34, se les permitió el acceso a participar en los procesos electorales y se le reconoció el derecho al voto.

Sin embargo, para algunos grupos, a pesar de la alegación de principios constitucionales como la dignidad, la igualdad, la no discriminación y la identidad, esto no ha sido considerado como un estándar de referencia para una revisión constitucional. Un ejemplo de esto es la población LGTBIQ+, cuyo derecho a la identidad de género y orientación sexual resulta complejo e incorrectamente protegido dentro del ordenamiento jurídico. Si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ciertamente vincula las resoluciones a temas de orientación sexual e identidad de género para asegurar que no se cometan violaciones de derechos humanos en contra de estas personas, dentro del Perú aún no existe una regulación, ni ha habido posibilidad de realizar una revisión constitucional para incluir a este colectivo en el objeto de respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales, a pesar de que se suponen inherentes a toda persona. Sin embargo, algunos magistrados del Tribunal Constitucional, mediante votaciones singulares que no alcanzaron la mayoría, han reconocido en el Exp. N.º 01739-2018-PA/TC, que nuestro país ha suscrito declaraciones y tratados internacionales reconociendo los derechos de este grupo, por lo que el trato discriminatorio y cruel promovido por la sociedad hacia este grupo es absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.

5. PLURALIDAD Y DIVERSIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

5.1. Legislación peruana en materia de diversidad y pluralismo, inspirada en la jurisprudencia internacional

Tanto la legislación como la jurisprudencia nacional no han tenido mucho impacto en otros países en el ámbito de la pluralidad y diversidad de los derechos humanos. Por el contrario, todos los avances obtenidos hasta la fecha en esta materia han sido resultado de la influencia de legislaciones de otros países y de tratados internacionales suscritos por el Estado peruano que, según el artículo 55 de la Constitución, son vinculantes y pasan a formar parte de ella. legislación nacional. Tal es el caso del Tratado 169 de la OIT, que tuvo un gran impacto en el desarrollo de legislación y jurisprudencia nacional especial sobre pueblos indígenas. Por otro lado, es importante resaltar que el Perú es un país heterogéneo en cuanto a cultura y con una amplia variedad de pueblos indígenas que forman parte de la convivencia nacional. Un claro ejemplo de esto es el reconocimiento de las 47 lenguas que forman parte de los pueblos indígenas, teniendo cada grupo su propia cosmovisión y tradición. Finalmente, el Perú es un Estado que recientemente ha incorporado diversas figuras de pluralidad y diversidad, siendo el ámbito de los pueblos indígenas el más abundante, careciendo aún de la inclusión y desarrollo de otros grupos.

5.2. Influencia internacional hacia la legislación de grupos vulnerables

La legislación peruana se ha inspirado en diversas fuentes, y en particular en el reconocimiento de diferentes grupos en situación de vulnerabilidad. Específicamente, esto se puede observar en el caso de los derechos de las mujeres, las comunidades indígenas y la población LGBTI.

En el caso de los derechos de las mujeres, la mayor fuente de inspiración del derecho nacional proviene de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995, en el marco de la organización de la ONU. La Declaración de Beijing, cuyo objetivo es el empoderamiento de las mujeres y la promoción de la igualdad de género, ha influido en el desarrollo de la legislación peruana y la promoción de políticas públicas. Un ejemplo de esto es la modificación en 1997 de la Ley 26260, Ley de Protección contra la Violencia Familiar, que incluyó medidas cautelares para las víctimas de violencia familiar, que a su vez han sido desarrolladas y ampliadas en la reciente Ley N.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y Familiares. Ambas leyes están influenciadas por la Declaración de Beijing, que tiene como uno de sus principales ejes la promoción de medidas protectoras y garantías para proteger a las mujeres víctimas de violencia.

El desarrollo jurídico sobre los derechos de las mujeres incluye el desarrollo jurisprudencial del uso de anticonceptivos orales (CE) de emergencia. Recientemente en 2019, en el marco del expediente N.º 30541-2014-0-1801-JR-CI-01, el Primer Juzgado Constitucional Especializado de Lima emitió sentencia declarando fundada la demanda de amparo interpuesta contra el Ministerio de Salud; autorizando así al Ministerio de Salud a distribuir COE de forma gratuita. La relevancia de este caso es que incorporó la teoría de la nidación como punto clave para sostener que la OEC no es una pastilla abortiva; siendo este uno de los estándares internacionales fijados por la Corte CIDH en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

En el caso de los derechos de las comunidades nativas, si bien el derecho peruano se ha desarrollado a través de la jurisprudencia, un documento básico para el reconocimiento de derechos ha sido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Este acuerdo fue firmado en 1993 y posteriormente ratificado y tiene como objetivo promover la igualdad y el respeto a las comunidades nativas. Un ejemplo de ello es la Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocida en el Acuerdo 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Entre las adecuaciones realizadas a la legislación nacional se encuentra la modificación de los criterios para el reconocimiento de los pueblos indígenas. Los criterios establecidos por la OIT son: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas y auto identificación. Por otra parte, la referida ley peruana incorporó los siguientes criterios: ascendencia directa, estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente ocupan, instituciones sociales

y costumbres propias y lengua distinta; ampliando los criterios establecidos por la OIT.

Finalmente, la comunidad LGBTI se ha beneficiado de la incorporación de criterios desarrollados por la Corte CIDH. El año pasado, el Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de la Corte Superior de Lima emitió un fallo ordenando al Reniec permitir a personas transexuales e intersex cambiar su nombre y sexo. Este fallo incorporó los criterios desarrollados por la Opinión Consultiva OC-24/17 “Identidad de Género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” emitida por la Corte CIDH. La sentencia del Poder Judicial adopta los criterios presentados por la OC-24/17 para explicar y desarrollar el concepto de identidad de género y el deber de los Estados de garantizar este derecho.

5.3. El desafío de los derechos fundamentales en el Perú: protección urgente de grupos marginados

El cumplimiento de los derechos humanos ha sido un desafío constante para nuestro país, particularmente dada la estratificación socioeconómica que nos caracteriza, los índices de pobreza y extrema pobreza, así como las conductas discriminatorias que afectan a importantes sectores de nuestra población ancestralmente marginados, sin embargo, existen varias instituciones del Estado responsables de proteger y promover nuestros derechos, y a las que podemos acudir en busca de ayuda. Estos forman parte del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, así como los organismos autónomos creados por la Constitución tales como: la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, la Corte Constitucional, el Consejo Nacional de la Judicatura, el Contraloría General de la República, entre otros.

Sin embargo, el aporte jurisprudencial del Perú a la protección de grupos de personas que por razones culturales, históricas, geográficas, étnicas o de otra índole requieren protección, ha avanzado muy poco y a un ritmo lento, porque si bien ha habido avances, también ha habido algunos retrocesos por parte del Estado en materia de derechos humanos. Sin embargo, uno de los principales aportes es el caso de la STC N.º 04611-2007-PA/TC, en la que se reconoce por primera vez el derecho al honor de las comunidades nativas. Lo que destaca de la sentencia es cómo los jueces se pronunciaron sobre la interpretación cultural cuando se trata de diferentes valores éticos como es el caso de las comunidades indígenas. El principal aporte ha sido que estos casos deben ser interpretados desde un enfoque culturalmente abierto a la cosmovisión del grupo humano que interpreta, para lo cual debe estar dispuesto a olvidar sus prejuicios e incluso su propia cosmovisión para llegar a una solución equitativa y de conformidad con el sustrato cultural que establece la Constitución.

6. CONCLUSIONES

Como se mencionó anteriormente, la Constitución peruana de 1993 no tiene una concepción filosófica o moral particular. Esto se explica por el objetivo de esta nueva Constitución: darle legitimidad al régimen neoliberal y romper con el modelo democrático. Sin embargo, hay una influencia importante de la Iglesia Católica en nuestra Constitución, por su importancia histórica.

Los principios fundamentales que influyen en el constitucionalismo peruano son la libertad, la seguridad, la propiedad privada, la solidaridad, la soberanía popular, la separación de las funciones supremas del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales. El Estado peruano se muestra neutral, pero en realidad es un activista de derechos fundamentales, como los políticos.

En este orden de ideas, el Perú se caracteriza por su diversidad y es un país pluricultural, multilingüe y pluriétnico. Un ejemplo de esto son las comunidades campesinas y nativas, que tienen existencia legal. Es importante señalar que estas comunidades son autónomas, ya que actúan como pequeños estados. La Corte Constitucional tuvo un trabajo fundamental al identificar otros principios y derechos para estas comunidades, que abrazan la diversidad cultural y el multiculturalismo. Aun así, el Estado solo reconoce un sistema estatal único, además del reconocimiento de la jurisdicción comunal, lo que es un claro avance en esta materia.

Hoy en día se han desarrollado nuevas concepciones de identidad, como la identidad de género de las personas transexuales. Un ejemplo de identidad cultural/étnica son las comunidades indígenas, las cuales están reconocidas por el ordenamiento jurídico peruano. Además, el Estado reconoce identidades lingüísticas y religiosas diversas.

Uno de los grupos vulnerables que necesita mayor reconocimiento de su identidad son los derechos de la comunidad LGBTIQ+. La prohibición de la discriminación debe ser una realidad. Frente a este tema, el reconocimiento normativo de identidades colectivas especiales está en proceso, por lo que permanece como un desafío para el constitucionalismo y las Cortes peruanas. Debido a la influencia de la legislación, los tratados y la jurisprudencia internacional, ha habido algunos avances en la legislación nacional hacia el reconocimiento de esta comunidad. Esta influencia también se puede ver en el reconocimiento de otros grupos en situación de vulnerabilidad, como los derechos de las mujeres. Con la vista puesta en el futuro, es necesario erradicar los comportamientos discriminatorios y proteger los derechos humanos en todas las circunstancias.

Neoliberalismo y Estado constitucional

El neoliberalismo puede definirse como aquella corriente ideológica que defiende la no participación del Estado en la economía, basándose en un modelo que gira en torno al libre mercado. La Constitución Política del Perú de 1993 ha asumido en su artículo 58° que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado, como uno de los principios básicos del régimen económico constitucional. En este sentido, la Constitución vigente plantea diversos principios rectores que aseguran la participación en condiciones igualitarias de los privados en un mercado competitivo, asumiendo el Estado un rol de garante y promotor, pudiendo el mismo realizar actividad empresarial sólo de manera subsidiaria.

No obstante, el papel de la ideología económica neoliberal de los poderes económicos privados ha sido asumida por el Estado peruano tanto en las disposiciones legales como en la jurisprudencia administrativa y en algunos casos constitucional. Sin embargo, ante las graves deficiencias del modelo económico neoliberal, se plantean otros parámetros para regular la actuación del Estado sobre la regulación de la libre y leal competencia y la protección de los usuarios y consumidores; así como, el combate a los monopolios, acaparamientos, fusiones y concertaciones.

El artículo versará sobre el régimen económico actual planteado por la Constitución, así como los principios básicos que guían la actuación estatal de la libre competencia y el combate de los monopolios. Asimismo, se analizará brevemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto de estos principios, tomando en cuenta la jurisprudencia administrativa que centra los parámetros para regular o no la actividad anticompetitiva de los agentes económicos.

1. INTRODUCCIÓN

Los avances y cambios económicos que han transformado la sociedad de manera universal y nacional han estado siempre estrechamente ligados con las decisiones políticas que se han tomado en torno a la regulación del mercado y el rol del Estado en el mismo. Así, el caso peruano no es la excepción a esta regla. Si bien controversial, la presencia del orden económico como parte sustancial del orden constitucional otorga las directrices necesarias con respecto a la regulación de la economía nacional, tanto entendida como el rol del Estado en materias de

alta intervención social como servicios básicos, presupuesto y régimen tributario; como también respecto del alcance de la regulación constitucional sobre las normas del mercado, mediante los principios rectores que orientan al mismo.

El rol de la regulación del orden económico, y del mercado, toma mayor importancia en el contexto constitucional actual, el cual ha transitado del Estado liberal basado en el principio de legalidad al Estado social basado en el principio de constitucional, distinguiéndose ante todo por la presencia de principios orientadores que rigen no solo la actuación de los particulares sino también del Estado. Así, “el mercado, en el Estado constitucional, es —como toda la vida social— estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es, constituido” (Häberle, 1997). Es en este contexto que aumenta la importancia de la dicotomía entre la mano invisible del mercado y la mano visible del derecho, siendo además que una regulación constitucional del mercado debe tener como finalidad alinear los presupuestos económicos básicos con los conceptos de dignidad, solidaridad y de derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento constitucional.

En el caso específico referido al ordenamiento constitucional peruano, es recién con la Constitución de 1993 que se da el tránsito a un Estado constitucional de derecho regido por una Economía Social de Mercado, la cual se centra en otorgar al Estado un rol en la economía como regulador, limitando su función a la corrección de los excesos y desbalances que surgen de la actuación de los agentes económicos en el libre mercado. Es así, que dicha teoría se encuentra en directa contraposición con la postura más tradicional de la Constitución de 1979, que ponía al Estado como un agente activo del mercado, en el cual podía participar con total libertad, siendo un rol sumamente criticado por sus resultados económicos deficitarios.

Dentro de esta nueva regulación se resalta como principal principio y derecho de los particulares el de la libre competencia. Este mismo, incluye dentro de su aspecto negativo también la regulación, más no total prohibición, de monopolios. Asimismo, la libre competencia, reconocida de manera constitucional, se encuentra también regulada de manera legal mediante dos materias específicas: la represión de conductas restrictivas a la competencia por entidades privadas, y la restricción de estas por parte de organismos públicos.

2. RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Si bien la Constitución Política del Perú de 1993 no es la primera en colocar en su texto la regulación del régimen económico, sí puede diferenciarse sustancialmente de su antecesora de 1979 por la teoría económica que adopta. Así, el Título III de la Constitución de 1979 planteaba un régimen económico en el cual el Estado era un actor del mercado, susceptible no solo de realizar actividad empresarial por cuenta propia en sectores estratégicos, sino además de regular de manera más específica con precios sociales bienes y/o servicios ofrecidos por los

privados en el mercado. Si bien la Constitución de 1979 también proponía un modelo de economía social de mercado, tal como lo señalaba su artículo 115^{o41}, este no era tanto una expresión de la concepción alemana neoliberal que suele ser entendida como libre mercado, sino de una versión restringida, que fomenta la libertad de mercado, pero bajo parámetros estatales impuestos y permitiendo la presencia del Estado como un agente competidor.

La Constitución de 1993 varía sustancialmente esta regulación. Si bien se mantiene el régimen económico dentro del Título III de la Constitución, el mismo ya no empieza planteando como principio rector la justicia social, sino que inicia con el artículo 58° de la siguiente manera:

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

De esta manera, el constituyente plasma un modelo de economía social de mercado⁴² coherente con lo establecido en el pacto de la Ley Fundamental de Bonn alemana de 1949, teniendo como característica prominente la libertad del mercado. En este sentido, la nueva Constitución peruana no otorga al Estado un rol de actor capaz de involucrarse en el mercado; sino un rol de promotor y orientador, siendo que sus deberes se limitan a la regulación y mantenimiento del equilibrio de la economía, combatiendo los monopolios y con respecto de los principios y derechos fundamentales expresados por la misma carta magna.

Es por ese motivo, que la Constitución cumple además con reconocer una serie de principios que regulan y guían la actuación del mercado, enfocados tanto a la actuación estatal como entre privados. Los principios más resaltantes de la Constitución Política del Perú de 1993 son los expuestos a continuación:

2.1. Economía social de mercado

La economía social de mercado, como ya se ha señalado, es el modelo económico propio del Estado constitucional social de derecho. Dicho modelo tiene

41 Cfr. Constitución Política de la República Peruana de 1979.

Artículo 115°- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

42 Debe señalarse que la economía social de mercado es un modelo económico que surgió en Alemania, luego de la Segunda Guerra Mundial, momento en el cual se buscó implementar un modelo que se distanciara de los extremismos de la planificación estatal obligatoria —que subordinó la iniciativa privada— y de la economía de libre de mercado —que, insólitamente, deshumanizó al trabajo en función del interés del capital y la empresa—. Es por ese motivo que se le conoce como la tercera vía entre el capitalismo y el socialismo.

como principal objetivo integrar de una manera razonable dos principios de extremos opuestos: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado; y, del otro extremo, el principio de igualdad y solidaridad social. De esta manera, la economía social de mercado busca una libertad de mercado que continúe asegurando los estándares mínimos de bienestar social para los ciudadanos, siendo que la iniciativa privada coadyuve a la función social del Estado. Así, si bien el Estado no limita o dirige la actividad económica de manera expresa; la misma se rige en base a los principios constitucionales establecidos.

Es así, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 58° de la Constitución vigente, la Administración Pública tiene un rol de supervisor y promotor de la actividad económica privada y pública; pero, limitándose, a su vez, la actuación empresarial pública, como se verá más adelante. Esta facultad cobra especial importancia en el contexto peruano, al rechazarse una política de inacción del Estado, en una sociedad que vive en una situación evidente de desigualdad económica, social y cultural, que convive con la pobreza de grupos vulnerables. Asimismo, el rol promotor de la Administración Pública es vital con respecto a aquellas condiciones necesarias para que la dignidad humana sea verdaderamente efectiva para todos; y activa, asegurando la realización de los derechos fundamentales sociales y, en ese sentido, remover los obstáculos que dificulten su plena realización. (Landa, 2006).

2.2. Rol subsidiario del Estado

El también llamado principio de subsidiariedad de la actividad estatal se encuentra tutelado en el artículo 60 de la Constitución⁴³, el mismo varía el tratamiento dado a la actividad empresarial estatal en la Constitución de 1979, estableciendo parámetros excepcionales para su ejercicio, el cual a su vez debe cumplir con determinados requisitos establecidos. Así, la jurisprudencia lo describe como “una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común”. (Tribunal Constitucional, 2003)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado, además, que este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal. De esta manera, puede entenderse como subsidiariedad vertical a aquella:

relación existente entre un ordenamiento mayor —que puede ser una organización nacional o central— y un ordenamiento menor —que pueden ser las organizaciones locales o regionales—, según la cual el primero de ellos sólo puede

⁴³ Cfr. Constitución Política de la República Peruana de 1993.

Artículo 60.- [...] *Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional* [...].

intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social (Tribunal Constitucional, 2003).

Así, lo que plantea la subsidiariedad vertical es una especialidad por competencia, según la cual el órgano estatal estará facultado para realizar actividad económica siempre que sea de su competencia, no pudiendo asumir deberes de ordenamientos menores sin ahondar en un conflicto competencial. Asimismo, se desprende la proscripción de que los órganos de ordenamientos menores puedan realizar actividades económicas que correspondan a ordenamientos superiores.

Mientras tanto, la subsidiariedad horizontal tiene lugar en la relación que existe entre el Estado y la ciudadanía; “en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial” (Tribunal Constitucional, 2003). En este sentido, y de manera coherente con el artículo 60° de la Constitución, la actuación del Estado será tan solo supletoria cuando sus fines respondan al interés general y siempre que los privados no estén en condiciones de brindar dichos servicios, o no deseen incursionar en el sector que necesita de la actuación económica del Estado. Es tan importante el mantener la actuación del Estado como una actividad subsidiaria que incluso se le exige estar facultada mediante ley expresa.

Con respecto a la subsidiariedad en sentido horizontal, a nivel legal, el Indecopi se ha pronunciado en el caso “Pollería el Rancho” (Resolución N.º 3134-2010/SC1-INDECOPI, 2010), emitiendo el siguiente precedente que resume los requisitos de su actuación:

3. Para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una “ley expresa” aprobada por el Congreso de la república que autorice su desarrollo. [...]
4. En segundo lugar, se debe analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial. Este análisis requiere delimitar primero el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal [...]
5. Como tercer requisito, la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. [...] Solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito. (Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 2010: 49-50)

2.3. Protección de consumidores y usuarios

El mandato constitucional de defensa del interés de los consumidores y usuarios se encuentra regulado en el artículo 65 de la Constitución⁴⁴, el cual se funda en la soberanía del consumidor como expresión de los derechos y libertades económicas que le son inherentes. Este principio es una expresión del Estado social de derecho y se entiende como la intervención de los consumidores en los procesos de formación de precios y de la calidad de los bienes y servicios en el mercado, tanto mediante sus asociaciones como mediante la tutela por reclamos en su defensa.

El contenido esencial de dicho mandato va más allá de la participación de los consumidores y usuarios mediante la negociación del precio o composición del servicio; sino que incluye el derecho a la información sobre el producto o servicio que se oferta, de manera que puedan tomar una decisión racional y consciente conforme a sus necesidades. Asimismo, el artículo 5 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 716 (Ley de Protección al Consumidor) desarrolla los derechos de los consumidores que el ordenamiento legal reconoce.

3. PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

De manera coherente con el modelo económico constitucionalmente adoptado y con todos los principios previamente explicados se encuentra el *principio de la promoción de la libre competencia*, el cual se basa en el presupuesto según el cual, el Estado tiene un rol vital en garantizar el acceso al mercado en condiciones de igualdad. Así, este principio puede describirse de manera general como aquel mandato mediante el cual tanto el Estado como los privados deben asegurar que los agentes ofertantes y demandantes en el mercado gocen de iguales condiciones para competir, encontrando, mediante la comparación de precios, la oferta más óptima para la satisfacción de sus intereses (Kresalja y Ochoa, 1999).

Históricamente, el Perú ha pasado por diversos cambios políticos y económicos que han dejado de lado usualmente el principio de la libre competencia en favor de modelos más estatizados o regulados, imponiendo diversas restricciones al ingreso y la participación en el mercado. Así, es recién en la década de los noventa con el tránsito al estado social de mercado y la creación de entidades administrativas como el Indecopi que se puede hablar de una libre competencia propiamente reconocida, la cual ha ido evolucionando tanto en su desarrollo legal como jurisprudencial, a nivel constitucional y en niveles infra constitucionales (Winslow, 2004).

44 Cfr. Constitución Política de la República peruana de 1993.

Artículo 61.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Par tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular por la salud y seguridad de la población.

El Tribunal Constitucional, a su vez, ha reconocido en repetidas ocasiones la relevancia del principio de libre competencia en el régimen económico planteado por la Constitución, así como su inherente relación con el principio de libre iniciativa privada y el de economía social de mercado. Así, ha señalado que:

En su formulación básica, mediante la libre competencia la Constitución garantiza la coexistencia y concurrencia de una pluralidad de agentes económicos en el mercado y que la determinación de los precios de los bienes y servicios que se ofertan, se fijen libremente por acción de la ley de la oferta y la demanda. (Tribunal Constitucional del Perú, 2015: fundamento 25)

Un ideal de la libre competencia llevaría al “óptimo de Pareto”, situación económica en la que el equilibrio entre la oferta y la demanda sea tal que ambos agentes se vean satisfechos en su bienestar, sin verse perjudicada ninguna parte. Naturalmente, esta situación de perfección es prácticamente imposible de alcanzar, sobre todo en una sociedad y un mercado tan fragmentado y desigual como el peruano, debido a la informalidad económica, que alcanza al 70 % de la economía nacional. Por lo que, el rol del Estado no se limitará a la corrección de las imperfecciones del mercado formal, sino también a promover la superación de dichas desigualdades, facilitando el acceso a la pequeña y mediana empresa.

Asimismo, el rol de la Administración pública será el de observar la dinámica del mercado, a fin de asegurar que no se produzcan posiciones preferenciales ni dominantes en él, que restrinjan o discriminen la necesaria redistribución equitativa de los recursos entre la oferta y la demanda que postula el Estado social de derecho. Además, de corregir las imperfecciones del mercado que puedan causar dicha desigualdad o menguar la confianza de los consumidores. Es así que la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 61 confiere al Estado el deber de combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas.

3.1. Desarrollo legal de la libre competencia

Así como la Constitución reconoce el principio a la libre competencia y el Tribunal Constitucional ha desarrollado su contenido en repetidas ocasiones de manera jurisprudencial, el mismo también se ha visto desarrollado en la vía legal y administrativa mediante la vigilancia de organismos públicos como el Indecopi. Es de esta manera, que hay incluso quien considera que a partir de la creación del Indecopi en 1993 y su evolución es que se puede hablar de un “derecho de la Competencia” en el Perú (Chávez, 2007).

Con respecto a los dispositivos legales propiamente dichos, se puede señalar a la “Ley de Defensa de la Competencia” como aquel instrumento básico en el tema, el cual fue publicado en el año 1991 habiendo sido reformada dos veces, pero manteniéndose en su esencia de regulación y control de las prácticas que puedan

resultar restrictivas a la competencia. Así, esta ley continúa siendo de aplicación general para toda persona natural y jurídica que se dedique a la realización de una actividad económica, “así como a todas aquellas personas que ejerzan la dirección o la representación de entidades que incurran en actividades ilegales” (Winslow, 2004). Si bien la susodicha no plantea ningún régimen de exención expreso, de su interpretación se deriva que quedan excluidos de su aplicación aquellos organismos públicos cuya función sea puramente regulatoria, por no realizar una actividad económica que lo convierta en sujeto objetivo de la ley.

Asimismo, esta ley no plantea ninguna “regla de mínimos” por lo que, en su ausencia, se debe aceptar su aplicación para todas las microempresas, así como aquellas macro, siendo que la ley se encarga de regular a *toda* persona jurídica o natural que realice actividad económica, sin importar el ingreso mínimo de la misma o el rubro de la actividad. Además, estas empresas caen dentro de la jurisdicción del Indecopi de infringir esta norma, con la excepción de aquellas empresas del sector de telecomunicaciones quienes se encuentran reguladas por Osiptel (Winslow, 2004).

Cabe señalar que, en la modificación realizada en el año 2008, se añadió como sujeto de la ley a aquellos patrimonios autónomos, sociedades irregulares y otras entidades, a las cuales la ley se refiere como “agentes económicos”. Con respecto a su contenido, la ley plantea prohibiciones absolutas y relativas, sobre todo con respecto al abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales.

Asimismo, esta ley posee tanto un mecanismo de control *ex ante* como uno *ex post*. El primero, se basa en las prohibiciones planteadas y asume que los sujetos susceptibles de ser autores de las prácticas anticompetitivas cometerán dichas infracciones, siendo un enfoque preventivo; mientras que el segundo plantea un mecanismo de denuncia y de procedimiento sancionador a cargo del Indecopi, presentando vías administrativas para el control y sanción de las prácticas anticompetitivas que puedan surgir en el mercado.

Existen a su vez otros dispositivos legales que buscan prohibir el establecimiento de restricciones al acceso al mercado mediante reglamentos que no encuentren un sustento legal o constitucional propio.

3.2. Combate contra prácticas monopólicas

Otro aspecto importante de la libre competencia es el combate y la regulación contra prácticas monopólicas. Como se mencionó anteriormente, esto no presupone la ausencia o prohibición total de monopolios, puesto que la misma Constitución señala que los monopolios que se buscan evitar son aquellos no naturales o legales. Es decir, que los monopolios naturales, entendidos como aquellos causados por las

economías de escala o los altos costes de capital que conllevan a que los costos de producción sean más rentables con la presencia de una sola empresa en el mercado; no se encuentran prohibidos, puesto que ello obedece a un principio de bienestar social y al régimen democrático que se plantea en la Constitución.

Asimismo, la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución permite que se mantengan algunos monopolios legales con la mira a su progresivo desmantelamiento. Esta disposición, no obstante, debe ser interpretada de manera restrictiva y siempre teniendo en cuenta el principio de unidad constitucional, por lo cual, no podrá servir para argumentar una desviación del mandato del artículo 61 mencionado previamente (Quintana y Villarán, 2016).

Cabe resaltar, que esta regulación se dio en respuesta de la criticada prohibición de monopolios y oligopolios de la Constitución de 1979 que planteaba desaparecer estos fenómenos económicos de manera absoluta, siendo tachada de irracional por desconocer las situaciones en las que los monopolios naturales suelen resultar de beneficio por la sociedad (Bullard, 1994); reconociendo de esa manera que solo los monopolios legales, o aquellos que sean producto de prácticas anticompetitivas, son aquellos que deben de ser regulados, prohibidos y desmantelados.

En ese sentido, actualmente además de la “Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico” Ley N.º 26876 de 1997, se cuenta con la “Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial” Ley N.º 31112 del 2021. Su reglamento (DS N.º 039-2021-PCM) establece que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi únicamente evaluará las operaciones de concentración que superen los umbrales de ventas y activos previstos en la norma: i) umbral conjunto: 118 00 UIT (equivalente a 150 millones de dólares), y ii) umbral individual: por lo menos 18 000 UIT (equivalente a 23 millones de dólares).

La norma señala además que, en base a la evaluación que se realice, la CLC podrá tomar tres decisiones: i) Aprobar la fusión empresarial sin condiciones, ii) aprobar la fusión empresarial con condiciones, o iii) denegar la fusión de las empresas.

En cuanto al proceso de evaluación previo, si se determina que la operación de concentración no plantea un alto riesgo contra la libre competencia, el procedimiento concluye en primera fase, en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles. De lo contrario, se da inicio a la segunda fase, que tiene un plazo máximo de noventa (90) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales. Es importante destacar, además, que la norma contempla la posibilidad de que los agentes económicos realicen consultas de carácter orientativo a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, con la finalidad de determinar si la operación estaría sujeta a los términos de la ley.

4. CONCLUSIÓN

El Perú es uno de los países con mayor auge económico en Latinoamérica, habiendo pasado por diversas etapas de transformación política y económica que lo han llevado finalmente a la adopción de un modelo de Economía Social de Mercado con la Constitución del año 1993, modelo por el cual se limita la actuación estatal a un rol de regulador y a una actividad económica subsidiaria cuando cumpla con los requisitos constitucionales y legales propuestos para ello.

Parte de este modelo son también los principios rectores del régimen económico, dentro de los cuales se destaca el principio de libre competencia por el cual no solo se prohíbe la realización de toda práctica por parte del Estado o los privados que pueda devenir en una restricción ilegítima del acceso al mercado, sino que además se busca regular la presencia de los monopolios y oligopolios, de manera que solo deban existir cuando se trate de motivos naturales.

La confluencia de estos factores se puso en evidencia durante el contexto de emergencia sanitaria, vivido en el Perú desde el año 2020, a raíz de la pandemia por el COVID-19. Durante la crisis sanitaria, se observaron diversas situaciones de injusticia económica y social, tales como el alza de precios de bienes y servicios médicos, como lo son el oxígeno, las pruebas de descarte de COVID-19, y la atención médica a pacientes COVID-19 en clínicas privadas. Dicha situación llevó a un necesario debate sobre el marco de actuación del Estado peruano sobre los monopolios en las cadenas de farmacias, precios de los medicamentos básicos, la producción de oxígeno medicinal, entre otros.

En este sentido, no debe perderse de vista lo señalado en la presente con respecto al rol económico del Estado. Si bien es cierto que la Constitución Política Peruana de 1993 prescribe un rol promotor y orientador del Estado, ello no implica que este sea un mero observador pasivo sin ningún deber o posibilidad de actuación. Por el contrario, como se ha sostenido anteriormente, el Estado cumple un rol de regular la actuación económica de los privados, asegurando que esta se oferte en condiciones de igualdad, y siempre en respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales, manteniendo el balance entre el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado, y el principio de igualdad y solidaridad social.

No obstante, el modelo práctico de la economía peruana se encuentra inserta en un mercado mundial neoliberal, que postula una actuación más abierta del mercado local con una menor regulación por parte del Estado; de manera que, el rol estatal se limite tan solo a uno de control *ex ante* y *ex post*, dejando a los privados un margen de libre actuación en la actividad económica y reconociendo sus derechos, entre otros, a la libre iniciativa privada y la libre competencia. De modo que, sigue pendiente la realización plena del artículo 58 de la Constitución,

que tiene como objetivo: “tanto mercado como sea posible y, tanto Estado como sea necesario”.

BIBLIOGRAFÍA

- Bullard, A. (1994). “Los monopolios en la Constitución entre el mito y la verdad”. *Derecho & Sociedad*, 8(9), 8-10.
- Chávez, S. (2007). “Entrevista a Joselyn Olaechea Flores: Evolución y Desafíos del derecho de la Competencia”. *Derecho & Sociedad*, (28), 28-33.
- Häberle, P. (1997). “Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”. *Pensamiento Constitucional*, 4(4), 13-29.
- Kresalja, B. y César, O. (1999). “Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional”. *Pensamiento Constitucional*, 6(6), 729-790.
- Landa, C. (2006). *Constitución y fuentes del derecho*. Palestra.
- Quintana, E. y Villarán, L. (2016). “Regulación de entrada: Experiencia peruana sobre prohibiciones y restricciones para el acceso al mercado”. *IUS ET VERITAS*, 24(53), 48-72.
- Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00008-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00010-2014-PI/TC.
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.
- Winslow, T. (2004). *Derecho y Política de la Competencia en Perú: Examen Inter Pares*. Editorial OECD.

