Tribunal Constitucional del Perú

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.° 20

ESTADO SOCIAL Y DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

20 | Nueva Época | Julio - Diciembre 2025

Centro de Estudios Constitucionales

ISSN: 2222-0615
ISSN-e: 2664-2719

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

ESTADO SOCIAL Y DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Centro de Estudios Constitucionales

Tribunal Constitucional del Perú

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros N.° 209 - San Isidro - Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL N.° 20
ESTADO SOCIAL Y DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES
N.° 20 - Nueva Época - Julio - Diciembre 2025

Director: César Augusto Ochoa Cardich
Coordinador: Alfredo Orlando Curaca Kong
Editor: Eddy Chávez Huanca

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N.° 99-3844
ISNN: 2222-0615
ISSN-e: 2664-2719

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia CREATIVE COMMONS Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* no se solidariza necesariamente con las opiniones vertidas por los autores de los artículos. El contenido y lo redactado en estos es de su exclusiva responsabilidad.

Los artículos de la *Sección Especial* son arbitrados de manera anónima por especialistas externos.

Publicado: año 2025

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Revista Peruana de Derecho Constitucional

Publicación semestral del Tribunal Constitucional
N.° 20, julio-diciembre 2025
Lima, Perú

PRESIDENTA
Luz Imelda Pacheco Zerga
Tribunal Constitucional del Perú

DIRECTOR
César Augusto Ochoa Cardich
Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú

COORDINADOR
Alfredo Orlando Curaca Kong

EDITOR
Eddy Chávez Huanca

Consejo editorial

Javier Antonio Adrián Coripuna
Tribunal Constitucional del Perú

Edgar Enrique Carpio Marcos
Tribunal Constitucional del Perú

Luis Andrés Roel Alva
Universidad San Martín de Porres

Óscar Arturo Díaz Muñoz
Tribunal Constitucional del Perú

Nadia Paola Iriarte Pamo
Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

Berly Javier Fernando López Flores
Tribunal Constitucional del Perú

Roger Rafael Rodríguez Santander
Tribunal Constitucional del Perú

Luis Raúl Sáenz Dávalos
Tribunal Constitucional del Perú

Camilo Suárez López de Castilla
Tribunal Constitucional del Perú

María Candelaria Quispe Ponce
Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

Hernesto Vásquez Pérez
Tribunal Constitucional del Perú

Elmer Arce Ortiz
Pontificia Universidad Católica del Perú

Baldo Kresalja Rosselló
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan Manuel Sosa Sacio
Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

Consejo consultivo

Jorge Alejandro Amaya
Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Ronald Cárdenas Krenz
Universidad de Lima, Perú

Francisco Javier Díaz Revorio
Universidad de Castilla -
La Mancha, España

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense de Madrid, España

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Universidad Nacional
Autónoma de México

Domingo García Belaúnde
Pontificia Universidad Católica del Perú

Tania Groppi
Universidad de Siena, Italia

Peter Häberle
Universidad de Bayreuth, Alemania

Luis López Guerra
Universidad Carlos III, España

Pablo Luis Manili
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Patricio Maraniello
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Consejo consultivo

Luiz Guilherme Marinoni
Universidad Federal de Paraná, Brasil

Luca Mezzetti
Universidad de Boloña, Italia

Marco Olivetti
Universidad de Roma LUMSA, Italia

Lucio Pegoraro
Universidad de Bologna, Italia

Juan Carlos Remotti Carbonell
Universidad Autónoma de Barcelona, España

Roberto Romboli
Universidad de Pisa, Italia

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz
Universidad de Jaén, España

Néstor Pedro Sagüés (†)
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Alejandro Saiz Arnaiz
Universidad Pompeu Fabra, España

Michel Troper
Universidad de París X-Nanterre, Francia

Diego Valadés Ríos
Universidad Nacional Autónoma de México

Eduardo Andrés Velandia Canosa
Universidad Libre, Colombia

Sabrina Ragone
Universidad de Bolonia, Italia

María Sofía Sagüés
Universidad Austral, Argentina

María José Añón Roig
Universidad de Valencia, España

Martha Cecilia Paz
Universidad Santo Tomás de Aquino de Bogotá, Colombia

Carina X. Gómez Fröde
Universidad Nacional Autónoma de México

Carlos Bernal Pulido
Universidad Externado de Colombia

Patricia Tatiana Ordeñana Sierra
Centro de Estudios Sociales
y Jurídicos del Ecuador

ISSN: 2222-0615
ISSN-e: 2664-2719

© Fondo Editorial del Tribunal Constitucional
Los Cedros N.° 209, San Isidro, Lima, Perú
Teléfonos: (511) 440-3587 y (511) 440-3589
publicaciones.cec@tc.gob.pe

ÍNDICE GENERAL

César Ochoa Cardich
Presentación..... 13

SECCIÓN ESPECIAL

Abigahi Paola Viza Huaracallo
La protección multinivel de los derechos sociales en el Perú: ¿pérdida de soberanía o fortalecimiento de las garantías constitucionales?..... 23

Aldo Jorge Hoyos Benavides
El impacto de la corrupción en la efectividad del Estado social de derecho y la garantía de los derechos sociales en el Perú..... 47

Marco Antonio García Sánchez
El derecho social a la vivienda adecuada en el Perú: estándares internacionales, competencias institucionales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... 63

Manuel de J. Jiménez Moreno / Patricio Rodríguez Morales
El derecho a la educación como derecho cultural en lo relativo a la lengua. Un abordaje de la polémica de 2023 sobre el libro de texto Nuestros saberes: libro para alumnos, maestros y familia de primer grado de primaria..... 87

Patricio Heriberto Cargua Villalva / Paolo Vega López
El derecho a un nivel de vida adecuado: fundamentos, desafíos y perspectivas.... 107

Luis Andrés Roel Alva
La reforma constitucional del artículo 21 y la protección del patrimonio cultural no descubierto como expresión del derecho a la identidad cultural en un Perú pluricultural 129

SECCIÓN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Martin Borowski
La ponderación de los medios alternativos 151

Antonio Albanese
Nulidad contractual y remuneración del trabajador subordinado en Italia 169

José Luis Santivañez Sánchez / José Carlos Santivañez Sánchez
Hever Miguel Santivañez Matos
Interculturalidad y derechos humanos: un reto para los estados democráticos 195

Andrea Micaela Sánchez Pachas
Análisis de la efectividad del marco legal peruano sobre la garantía constitucional del derecho al acceso a la energía eléctrica 225

Gian Diego Jesús Velasco Bustamante
Derecho al internet y nuevas amenazas digitales: la deuda constitucional en el Perú 261

Erick J. V. Tarazona Alatrista
El deber de trabajar regulado en el artículo 22 de la constitución política del Perú de 1993: análisis y aplicación 283

Álvaro Castellanos Howell
Arbitrajes por mandato legal o por acuerdo arbitral presunto: «¿A la fuerza ahorcan?» 305

SECCIÓN HOMENAJE JAVIER ALVA ORLANDINI

Discurso de juramentación del Dr. Javier Alva Orlandini como presidente del Tribunal Constitucional 329

Víctor García Toma
Alva Orlandini: El referente del Tribunal Constitucional 335

Luis Andrés Roel Alva
Homenaje a la vida y carrera profesional de un defensor de la democracia y del constitucionalismo peruano 339

Tania Patricia de los Ríos Rivera
Semblanza al doctor Javier Alva Orlandini 345

Carlos Enrique Peláez Camacho
JAO: semblanza – del activismo político al activismo jurisdiccional 349

SECCIÓN JURISPRUDENCIA COMENTADA

Nadia Paola Iriarte Pamo
Derecho de acceso a la información pública
Comentario a la Sentencia 125/2025 (Expediente 04106-2022-PHD/TC) 359

Astrid K. Cabezas Poma
Luces y sombras en la protección de las enfermedades raras o huérfanas (ERH)
Comentario a la Sentencia 147/2025 (Expediente 05031-2022-PA/TC) 371

SECCIÓN CLÁSICOS

María Sofía Cortez Olazábal
Nota preliminar. El Tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad y de los nombramientos judiciales 389

Tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad y de los nombramientos judiciales 395

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Edwin Morocco Colque
¿Realmente existen conflictos entre derechos? Un diálogo con las tesis conflictivistas 405

María Sofía Cortez Olazábal
Manual de derecho constitucional 411

Rodrigo Brito Melgarejo
El modelo del juez complejo en el Estado constitucional de derecho 415

Andrés Arcila Chavarría
Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional del Perú 421

SECCIÓN DOCUMENTOS

Discurso de la instalación del Tribunal de Garantías Constitucionales, dado por su primer presidente, magistrado Alberto Eguren Bresani 433

Presentación

Como director de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, es grato para mí presentar en esta ocasión el número 20, que dedica su sección especial al tema Estado social y derechos sociales fundamentales. La presente edición ofrece valiosos artículos de autores nacionales y extranjeros, que reflejan diversas perspectivas sobre los derechos sociales, pero tomando a la calidad de vida y el bienestar de la ciudadanía como ejes comunes para su análisis. Y es que la satisfacción plena de los derechos sociales es de suyo necesaria para combatir las desigualdades, garantizar la dignidad de la persona humana y alcanzar su desarrollo integral al cubrirse sus necesidades básicas y vitales. Bajo esa comprensión y relevancia, algunos derechos sociales fundamentales que se abordan en el presente número son el derecho a la vivienda, a la educación, al trabajo, entre otros, ya sea mediante el estudio de las políticas públicas o de las obligaciones y servicios brindados por el Estado y por los particulares.

La aludida *sección especial* comienza con el artículo titulado *La protección multinivel de los derechos sociales en el Perú: ¿pérdida de soberanía o fortalecimiento de las garantías constitucionales,* de Abigahi Paola Viza Huaracallo, quien analiza el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el desarrollo del contenido de los derechos sociales y su aplicabilidad, lo cual ha incidido en la labor interpretativa de los tribunales nacionales. Ante ello, aborda la cuestión de si este diálogo entre tribunales nacionales y supranacionales compromete la soberanía de los países en la administración de justicia o, por el contrario, implica un fortalecimiento de la justicia constitucional.

El siguiente artículo, denominado *El impacto de la corrupción en la efectividad del Estado social de derecho y la garantía de los derechos sociales en el Perú,* de Aldo Jorge Hoyos Benavides, plantea cómo la corrupción afecta la vigencia plena de los derechos sociales en los casos en los que el presupuesto nacional es utilizado en actos de corrupción, lo que perjudica el funcionamiento de los servicios públicos. Asimismo, el autor propone que la lucha contra la corrupción debe realizarse con un enfoque multidimensional, integral y sostenido del problema y debe involucrar a todos los actores de la sociedad civil.

Por su parte, el trabajo *El derecho social a la vivienda adecuada en el Perú: estándares internacionales, competencias institucionales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* de Marco Antonio García Sánchez, expone cómo, en ocasiones, el accionar de las municipalidades puede vulnerar la seguridad jurídica y los derechos fundamentales, particularmente el acceso a una vivienda adecuada. En esa línea, propone una necesaria evaluación de las competencias municipales en materia de licencias de construcción que en su momento han sido delimitadas por las sentencias del Tribunal Constitucional.

En *El derecho a la educación como derecho cultural en lo relativo a la lengua. Un abordaje de la polémica de 2023 sobre el libro de texto Nuestros saberes: libro para alumnos, maestros y familia de primer grado de primaria,* de Manuel de J. Jiménez Moreno y Patricio Rodríguez Morales, los autores examinan la relación entre el derecho a la cultura y el derecho a la educación. De igual modo, enfatizan que deben desarrollarse condiciones esenciales mínimas para que la educación sea efectiva en su aspecto cultural, con una vigencia plena de la pluralidad, la tolerancia y la cultura de los derechos humanos.

A continuación, el trabajo titulado *El derecho a un nivel de vida adecuado: fundamentos, desafíos y perspectivas,* de Patricio Cargua Villalva y Paolo Vega López, argumenta que el derecho a un nivel de vida adecuado es un «macroderecho» fundamental y social continente de necesidades básicas no taxativas, que, además, busca promover el desarrollo personal de las capacidades, así como garantizar la libertad e igualdad de los individuos. Para alcanzar estos objetivos, los autores proponen desarrollar la renta básica universal y la redistribución de alimentos.

Esta sección cierra con el artículo *La reforma constitucional del artículo 21 y la protección del patrimonio cultural no descubierto como expresión del derecho a la identidad cultural en un Perú pluricultural,* de Luis Andrés Roel Alva. El autor sostiene que la modificación del referido artículo constituye un avance importante para la protección de los bienes culturales, con el fin de frenar su destrucción, pérdida o saqueo. Asimismo, examina la necesidad de reforzar el rol del Estado

para que garantice la protección y recuperación del patrimonio cultural, así como su integridad y, de ese modo, también se garantice el derecho a la igualdad, la dignidad y la continuidad histórica de los pueblos.

De otra parte, la *sección estudios constitucionales* empieza con el interesante artículo rotulado *La ponderación de los medios alternativos,* de Martin Borowski, profesor y filósofo del derecho alemán, donde el autor destaca la importancia del análisis de proporcionalidad ante los conflictos de derechos y examina sus tres gradas clásicas. En ese marco, plantea la cuestión sobre el análisis de los medios alternativos que se presentan ante un caso de control de constitucionalidad y culmina proponiendo un nuevo esquema de test de proporcionalidad, que considere la ponderación de los medios alternativos.

En el artículo *Nulidad contractual y remuneración del trabajador subordinado en Italia*, del profesor italiano Antonio Albanese, se examinan las consecuencias jurídicas de la invalidez de un contrato laboral y se pone énfasis en la cuestión acerca de si el derecho a percibir una remuneración se mantiene en ese caso. Al tomar en cuenta el caso italiano, el profesor Albanese argumenta que la respuesta a esta problemática según la Constitución y el derecho civil es la de reconocer la primacía de la dignidad del trabajador frente a las formalidades contractuales. Asimismo, sustenta que el salario constituye un derecho fundamental e irrenunciable y es la manifestación del principio de tutela de la persona en el ámbito laboral.

Por otro lado, en el trabajo académico *Interculturalidad y derechos humanos: un reto para los estados democráticos,* de José Luis Santivañez Sánchez, José Carlos Santivañez Sánchez y Hever Miguel Santivañez Matos, los autores realizan un estudio de la justicia intercultural y afirman que su consolidación depende de una adecuada formación de los protagonistas jurídicos. En ese orden, sostienen que dicha justicia, para que sea efectiva, debe ser implementada en el marco de una interpretación normativa que tenga en cuenta aspectos como la diversidad cultural, los derechos colectivos, entre otros.

En *Análisis de la efectividad del marco legal peruano sobre la garantía constitucional del derecho al acceso a la energía eléctrica,* de Andrea Micaela Sánchez Pachas, se destaca la existencia de una discordancia entre el contenido del derecho de acceso a la energía eléctrica y su vigencia efectiva, por lo que advierte la necesidad de una actualización de la regulación sobre este derecho, especialmente en comunidades rurales y sistemas aislados. Cabe resaltar que este artículo obtuvo el primer lugar en el II Concurso en investigación en derecho constitucional «Manuel Aguirre Roca».

Seguidamente, el artículo *Derecho al internet y nuevas amenazas digitales: la deuda constitucional en el Perú,* de Gian Diego Jesús Velasco Bustamante ofrece una crítica a la reforma constitucional sobre el reconocimiento del derecho al acceso al internet, en razón a que aún es deficiente ante los retos actuales de la era digital. El autor realiza también una revisión de la doctrina nacional e internacional, así como de la jurisprudencia pertinente, con el fin de demostrar que el marco jurídico vigente aún requiere de mecanismos que garanticen la efectividad de este derecho fundamental. Este artículo obtuvo el segundo lugar en el II Concurso en investigación en derecho constitucional «Manuel Aguirre Roca».

En el artículo *El deber de trabajar regulado en el artículo 22 de la Constitución política del Perú de 1993: análisis y aplicación,* de Erick J. V. Tarazona Alatrista, en que el autor tiene como objetivo principal determinar la naturaleza jurídica y social de la norma contenida en el artículo 22 de la Constitución, mediante el análisis de sus antecedentes constitucionales, de la legislación comparada y de la doctrina nacional e internacional. En esa línea, sostiene que el deber de trabajar debe ser interpretado como un principio ético y social, que tiene la finalidad de asegurar la implementación de políticas públicas en favor del empleo digno.

La sección estudios constitucionales culmina con el trabajo *Arbitrajes por mandato legal o por acuerdo arbitral presunto: «¿A la fuerza ahorcan?»*, del profesor guatemalteco Alvaro Castellanos Howell. En este, el autor estudia la obligación constitucional del Estado de Guatemala de crear condiciones para promover la inversión extranjera y nacional, y aborda cómo se podría resolver la problemática del cumplimiento de la referida obligación a través del arbitraje. Para ello, analiza dos sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en las que se reconoce que es factible el uso del arbitraje en materia de inversiones, siempre que sea voluntad de las partes.

La revista prosigue con su acostumbrada *sección homenaje*, la cual, está dedicada al exmagistrado y expresidente del Tribunal Constitucional, Javier Alva Orlandini, quien además fue un destacado político y académico, y se distinguió como un defensor de la democracia y los derechos humanos.

Esta sección presenta, en primer lugar, el discurso de juramentación de Javier Alva Orlandini como presidente del Tribunal Constitucional dado el 10 de diciembre de 2002. En este, el doctor Alva Orlandini reflexiona, entre otras cosas, sobre el rol del Tribunal Constitucional como protector de la Norma Suprema y que, para ello, ya se había superado la visión de Hans Kelsen del Tribunal Constitucional tan solo como legislador negativo, pues las labores del tribunal ya no solo se limitan

a declarar la inconstitucionalidad de la ley, sino que también expiden sentencias normativas, en las que brindan criterios para interpretar las leyes de manera que su sentido sea acorde con la Constitución.

Asimismo, como es habitual, se presentan en esta sección algunas semblanzas de distintas personas cercanas al homenajeado: la primera semblanza se titula *Alva Orlandini: El referente del Tribunal Constitucional*, escrita por Víctor García Toma, también exmagistrado y expresidente del Tribunal Constitucional, quien compartió colegiado con el doctor Alva. La segunda denominada *Homenaje a la vida y carrera profesional de un defensor de la democracia y del constitucionalismo peruano*, es de autoría de Luis Roel Alva, nieto de Javier Alva Orlandini y reconocido abogado y político. La tercera semblanza está a cargo de la doctora Tania Patricia de los Ríos, quien fuera asesora de su despacho en el Tribunal Constitucional, y se titula *Semblanza al doctor Javier Alva Orlandini,* en la que se realiza un recuento de su trayectoria. Esta sección finaliza con la semblanza titulada *JAO: semblanza – del activismo político al activismo jurisdiccional,* de Carlos Enrique Peláez Camacho, quien también trabajó junto a Alva Orlandini en el TC. En este texto, el autor también reconoce la contribución del homenajeado en las mejoras al Tribunal Constitucional en su gestión como presidente, tanto en el ámbito jurisdiccional, como en el administrativo.

En la *sección comentarios a la jurisprudencia*, contamos con dos valiosos análisis de sentencias constitucionales: el primero, se denomina *Derecho de acceso a la información pública. Comentario a la Sentencia 125/2025 (Expediente 04106-2022-PHD/TC)* de Nadia Paola Iriarte Pamo, autora que advierte que el Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública abarca no solamente el acceso a la información requerida y la obligación de brindarla por parte del Estado, sino también implica que el costo de reproducción debe ser proporcional, de manera que no obstaculice el acceso al derecho. El segundo, titulado *Luces y sombras en la protección de las enfermedades raras o huérfanas (ERH): Comentario a la Sentencia 147/2025 (Expediente 05031-2022-PA/TC)* de Astrid Cabezas Poma, en el que expone que esta sentencia es de especial relevancia toda vez que da visibilidad a la problemática en torno a la atención médica de quienes padecen enfermedades raras o huérfanas (ERH) en el Perú y proporciona medidas individuales y estructurales para resolver este problema.

Seguidamente, la Revista presenta la *sección clásicos,* en la que se reproduce el proyecto de reforma constitucional que planteó el jurista José León Barandiarán en 1969 para la creación de un tribunal encargado del control de constituciona-

lidad, de la legalidad y los nombramientos judiciales. Precede a este texto una nota preliminar, de María Sofía Cortez Olazábal, a modo de introducción para el lector. En esta se reconoce la preocupación temprana de la comunidad jurídica de institucionalizar el modelo de control concentrado de constitucionalidad para el Perú, mucho antes de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú en la Constitución de 1979.

La *sección reseñas bibliográficas* inicia con el comentario al libro *¿Realmente existen conflictos entre derechos? Un diálogo con las tesis conflictivistas,* de Juan Antonio García Amado (Editor). La reseña explica que la obra desafía la visión de que los derechos fundamentales muchas veces colisionan entre sí y que solo el equilibrio puede solucionarlo. De este modo, se argumenta que en realidad no hay un conflicto constante entre los derechos fundamentales y que la ponderación puede llegar a relativizar los derechos.

Esta sección prosigue con la reseña al libro titulado *Manual de derecho constitucional,* de Raúl Ferrero Costa. En ella, se explica que la obra reseñada condensa las enseñanzas del autor como profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de modo que teoriza con rigurosidad sobre las principales instituciones del derecho constitucional, valiéndose de la doctrina clásica y de la jurisprudencia para sostener su aporte, así como de sucesos resaltantes en la historia constitucional.

La reseña siguiente está dedicada a la obra *El modelo del juez complejo en el Estado constitucional de derecho*, de Jaime Coaguila. La obra comentada brinda un análisis de los aspectos que caracterizan a los jueces en el Estado constitucional y revisa diversos arquetipos sobre los impartidores de justicia a partir de juristas célebres, como el juez Júpiter, inspirado en las ideas de Hans Kelsen; el juez Hércules, en las de Ronald Dworkin; el juez Hermes, en las de François Ost; así como el juez poeta y el juez constructor formulado por los impulsores de la *Critical Legal Studies*.

Concluye esta sección con la reseña del libro *Las sentencias estructurales del tribunal constitucional del Perú,* de Piero Toyco Suárez, en la que se comenta que la obra desarrolla de manera didáctica la importancia de comprender la ineficacia e ineficiencia de las entidades administrativas, las cuales son causadas por el incumplimiento de los mandatos contenidos en las sentencias estructurales, y expone posibles soluciones a este problema.

Como ya es una tradición, la revista cierra con la *sección documentos,* en la que se publica el primer discurso del primer presidente del Tribunal de Garantías

Constitucionales, doctor Alberto Eguren Bresani, pronunciado el día de la instalación de dicho órgano, el 19 de noviembre de 1982. Este discurso viene precedido de una nota preliminar, a cargo de Alfredo Orlando Curaca Kong, la cual, entre otros aspectos, relata el contexto en el que se instaló el TGC y la expectativa por el funcionamiento de este novísimo tribunal.

Por último, expreso un agradecimiento a mis colegas magistrados del Tribunal Constitucional, quienes de manera permanente colaboran con las actividades y proyectos del Centro de Estudios Constitucionales. Igualmente, expreso mi gratitud hacia los integrantes del consejo editorial y consultivo; al equipo del CEC, que lleva a cabo las tareas académicas encomendadas con rigor y profesionalismo; al equipo de la Dirección de Publicaciones y Documentación, por su ardua labor en la edición de la Revista; a los revisores que, mediante el sistema de evaluación por pares ciegos, contribuyen a preservar la calidad científica de la revista; y a cada uno de los autores que, con sus valiosas investigaciones, hacen posible esta nueva edición de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional,* que esperamos sea de su agrado.

César Ochoa Cardich
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú
Director General del Centro de Estudios Constitucionales
Director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional

SECCIÓN ESPECIAL

La protección multinivel de los derechos sociales en el Perú: ¿pérdida de soberanía o fortalecimiento de las garantías constitucionales?

The multilevel protection of social rights in Peru: loss of sovereignty or strengthening of constitutional guarantees?

✍ Abigahi Paola Viza Huaracallo*

Resumen

La protección multinivel de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el Perú configura un paradigma jurídico avanzado, en el cual el diálogo entre el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos trasciende la recepción de estándares, convirtiéndose en un proceso de interpretación crítica y contextualizada. Guiado por el principio pro persona y el control de convencionalidad, este modelo ha dotado de densidad jurídica a derechos considerados programáticos. No obstante, plantea tensiones entre el fortalecimiento garantista y la preservación de la autonomía constitucional. Frente a ello, se sostiene que dicha dinámica no implica colonización jurídica, sino una forma de soberanía cooperativa, donde el juez constitucional actúa como árbitro de compatibilidad entre parámetros supranacionales y realidades nacionales. A partir de esta premisa, se proponen lineamientos para institucionalizar la recepción jurisprudencial, extender el diálogo a derechos emergentes y fortalecer el seguimiento de sentencias, a fin de consolidar un constitucionalismo social abierto, crítico y arraigado a la realidad peruana.

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María. Maestrante de la Maestría en Derecho Penal Internacional y Transnacional por la Universidad Internacional de La Rioja (España) y de la Maestría en Economía con mención en Gestión y Políticas Públicas por la Universidad Nacional de San Agustín. Código ORCID: 0009-0004-2619-084X. Correo electronico: vizaabigahi70@gmail.com

Palabras clave

protección multinivel; derechos económicos, sociales y culturales; control de convencionalidad; principio pro persona; soberanía cooperativa; proporcionalidad reforzada.

Abstract

The multilevel protection of economic, social and cultural rights (ESCR) in Peru configures an advanced legal paradigm, in which the dialogue between the Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights transcends the reception of standards, becoming a process of critical and contextualized interpretation. Guided by the pro-person principle and control of conventionality, this model has provided legal density to rights considered programmatic. However, it raises tensions between strengthening guarantees and preserving constitutional autonomy. It is argued that this dynamic does not imply legal colonization, but rather a form of cooperative sovereignty, where the constitutional judge acts as an arbiter of compatibility between supranational parameters and national realities. Guidelines are proposed to institutionalize jurisprudential reception, extend dialogue to emerging rights and strengthen the monitoring of judgements, in order to consolidate an open, critical social constitutionalism rooted in the Peruvian reality.

Keywords

multilevel protection; economic, social and cultural rights; control of conventionality; pro persona principle; cooperative sovereignty; reinforced proportionality.

Sumario

I. PLANTEAMIENTO. **II.** LEGITIMIDAD DEL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES. **III.** COMPLEMENTARIEDAD VS. COLONIZACIÓN JURÍDICA: ¿PÉRDIDA DE SOBERANÍA O FORTALECIMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES? **IV.** VALORACIÓN CRÍTICA. **V.** CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

La efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) constituye uno de los desafíos centrales del constitucionalismo contemporáneo, especialmente en contextos de profunda desigualdad estructural como el peruano. Su realización no se agota en el reconocimiento formal consagrado en la Constitución, sino que depende de la existencia de mecanismos jurídicos efectivos capaces de transformar dichos derechos en garantías exigibles. En este marco, el diálogo entre el ordenamiento jurídico interno y el sistema interamericano de derechos

humanos adquiere una relevancia singular, configurándose como un modelo de protección multinivel que articula esfuerzos institucionales a distintos niveles para robustecer la tutela de los DESC.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desempeñado un papel decisivo en la elaboración de estándares que desarrollan el contenido, alcance y justiciabilidad de los derechos sociales. A través de su jurisprudencia, ha delineado obligaciones estatales positivas, criterios de proporcionalidad, parámetros de reparación integral y principios de no regresividad, los cuales han incidido directamente en la interpretación constitucional de múltiples países de la región. En el caso peruano, esta dinámica no es ajena; sentencias como *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003), *Lagos del Campo vs. Perú* (2017) o *Gelman vs. Uruguay* (2011) han abierto debates sustantivos sobre el alcance del derecho al trabajo, la seguridad social, la salud y la educación, colocando a los jueces nacionales frente al reto de armonizar sus decisiones con los parámetros establecidos por el sistema interamericano.

No obstante, este modelo de protección no está exento de tensiones. La recepción de estándares internacionales plantea una interrogante fundamental: ¿constituye esta apertura una pérdida de soberanía jurídica o, por el contrario, un fortalecimiento de las garantías constitucionales? La percepción de una colonización jurídica surge cuando se interpreta el diálogo como una subordinación automática del juez nacional a los pronunciamientos de un tribunal supranacional. Sin embargo, la práctica jurisprudencial revela una realidad más matizada. La incorporación de estándares interamericanos no opera como una traslación mecánica, sino como un proceso de traducción normativa activa, guiado por principios como el *pro persona*, el control de convencionalidad y la ponderación entre exigibilidad de derechos y viabilidad institucional.

En efecto, se observa una asimetría en la recepción jurisprudencial, entusiasta en temas como la libertad sindical o la seguridad social, pero más cautelosa en materias como el acceso al agua, la vivienda digna o la alimentación. Esta heterogeneidad evidencia que el diálogo multinivel no responde a una lógica uniforme, sino a un ejercicio de interpretación crítica y contextualizada, en el cual el Tribunal Constitucional del Perú actúa como árbitro de compatibilidad entre estándares internacionales y condiciones reales del ordenamiento nacional.

En este contexto, el principio *pro persona* emerge como un criterio hermenéutico superior que orienta la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Este es reconocido en múltiples sentencias de la Corte IDH, específicamente en el caso *González y otras («Campo Algodonero») vs. México*

(2009), donde la Corte precisó que, «cuando existan varias interpretaciones posibles de una norma, debe prevalecer aquella que asegure un mayor goce y ejercicio de los derechos humanos de la persona» (Corte IDH, 2009, párr. 231). Posteriormente, en el caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009), se reforzó esta lógica al recordar que «el Estado no puede invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, especialmente cuando existen estándares más favorables a la persona» (Corte IDH, 2009, párr. 190). Esta línea interpretativa se reafirmó y consolidó aún más en el caso *López Soto y otros vs. Venezuela* (2018), al sostener que «el principio *pro persona* impone al juez nacional la obligación de aplicar la norma interna o internacional que resulte más favorable a la protección integral del derecho» (Corte IDH, 2018, párr. 167).

Este enfoque, centrado en la dignidad y la protección efectiva de las personas, ha sido progresivamente incorporado en la jurisprudencia constitucional peruana. En concreto, establece que, ante opciones interpretativas, debe prevalecer aquella que otorgue la mayor protección posible al derecho fundamental. Su fundamento normativo en el ordenamiento peruano se encuentra en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, que abre el catálogo de derechos fundamentales a estándares superiores derivados de la dignidad humana y de los tratados internacionales, y en el artículo 55, que otorga rango constitucional a los instrumentos de derechos humanos ratificados por el Estado. De este modo, el principio *pro persona* trasciende el plano teórico para convertirse en una herramienta jurídica operativa que habilita a los jueces a integrar estándares internacionales siempre que estos amplíen el margen de protección de los derechos sociales.

Así, este diálogo entre el derecho peruano y el sistema interamericano no debe concebirse como una relación jerárquica de subordinación, sino como una interacción complementaria y dialógica, que permite expandir las posibilidades de tutela sin comprometer la coherencia del bloque de constitucionalidad. A partir de ello, el presente trabajo se propone analizar cómo esta dinámica de protección multinivel se ha manifestado en la práctica peruana, examinando las tensiones entre complementariedad y colonización jurídica, así como sus aportes al fortalecimiento de las garantías constitucionales. El objetivo no es cuestionar la legitimidad institucional del Tribunal Constitucional, sino ofrecer una lectura crítica y constructiva que ponga en relieve el valor práctico de este diálogo para la consolidación del Estado social y democrático de derecho en el Perú.

II. LEGITIMIDAD DEL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

2.1. Perspectiva jurídico-teórica

Ante la discusión sobre la legitimidad del diálogo jurisprudencial en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), debe partirse del modelo de Estado social y democrático de derecho, que constituye hoy el marco normativo e ideológico dentro del cual se desarrollan los estándares de protección nacional e internacional. Tal como sostiene Ferrajoli (2007), el Estado constitucional contemporáneo se caracteriza no por la sujeción del poder a la ley, sino por la garantía de los derechos fundamentales como límites infranqueables a la acción estatal y como condiciones de validez del orden jurídico. En este sentido, los DESC, lejos de ser simples objetivos programáticos, representan verdaderos derechos subjetivos exigibles constitucionalmente.

Por ello, la legitimidad de la cooperación entre los diversos sistemas nacionales e internacionales para la protección de estos derechos se fundamenta en la naturaleza misma del constitucionalismo actual, el cual ha logrado superar la concepción clásica del Estado soberano cerrado para abrirse a un constitucionalismo multinivel. En este contexto, el constitucionalismo contemporáneo se muestra propositivo a cooperar con fuentes que permitan la protección de los derechos como justificación de la autoridad constitucional. En esta línea, Häberle (1975) ha destacado que el constitucionalismo moderno solo puede entenderse en clave de una «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución» (p. 207), lo cual supone que los jueces internos dialoguen con tribunales internacionales en un proceso dinámico de construcción de sentido normativo y de consensos, permitiendo al juez nacional seleccionar, en todos los casos, la interpretación que mejor armonice la protección de los derechos con la preservación del núcleo constitucional interno.

En este marco, el principio *pro persona* adquiere relevancia primordial. Es reconocido expresamente en la jurisprudencia de la Corte IDH, particularmente en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), e incorporado con posterioridad en la práctica judicial peruana. Este principio implica la obligación de preferir aquella interpretación o norma que resulte más favorable a la persona. Como explica Nogueira Alcalá (2013), el principio *pro persona* constituye «*un mandato de optimización hermenéutica* que orienta tanto la interpretación constitucional como la convencional hacia la máxima eficacia de los derechos» (p. 105).

En mayor medida, el principio *pro persona* está directamente vinculado con la eficacia práctica de los DESC en el Perú. En un contexto de desigualdades persistentes, este principio ha permitido que la judicatura peruana supere lecturas restrictivas y avance hacia la justiciabilidad de derechos históricamente considerados programáticos, como la salud o la seguridad social. De este modo, no se trata de un recurso retórico, sino de una herramienta jurídica operativa que habilita a los jueces a extender y ampliar los márgenes de protección de los derechos de manera efectiva.

Asimismo, la idea de *protección multinivel* resulta clave para justificar la legitimidad del diálogo. Conforme indican Von Bogdandy, Piovesan y Morales (2017), «la noción de un sistema integrado de protección de derechos en América Latina refiere que la integración permite que los tribunales nacionales y la Corte IDH interactúen de forma complementaria y cooperativa» (p. 45). Bajo este enfoque, el sistema interamericano de derechos humanos no sustituye al nacional, sino que lo refuerza al ofrecer un parámetro común de derechos mínimos que los Estados deben respetar. En un constitucionalismo multinivel, como señala Pernice (1999), los distintos niveles de protección pueden interactuar bajo una lógica de comunidad judicial transnacional, en la que cada corte aporta a la construcción de un *ius commune*, preservando en todo momento la identidad constitucional.

En consecuencia, desde una perspectiva teórica, la legitimidad del diálogo multinivel se sostiene en tres ejes: (i) la base axiológica del Estado social y democrático de derecho, que impone la exigibilidad de los DESC; (ii) la centralidad del principio *pro persona* como criterio hermenéutico superior que vincula el derecho interno con el derecho internacional, y (iii) la noción de protección multinivel como marco conceptual que posibilita la interacción entre distintos niveles de protección sin implicar subordinación jerárquica.

2.2. Perspectiva jurídico-positiva

Desde la perspectiva jurídico-positiva, la Constitución peruana ofrece un marco normativo adecuado para el diálogo multinivel en materia de derechos. El artículo 3 de la Constitución Política del Perú establece que la enumeración de derechos fundamentales no excluye a otros derechos derivados de la dignidad humana o de los tratados de los que el Perú sea Estado parte, lo que constituye una cláusula abierta de reconocimiento de derechos sociales. Por su parte, el artículo 55 dispone que los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional una vez que entran en vigor. En conjunto, ambas disposiciones configuran una cláusula de apertura constitucional hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

En este contexto, adquiere especial relevancia el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual impone a los Estados la obligación de adoptar medidas internas y de cooperación internacional para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y educativos. En este sentido, el marco constitucional peruano no solo posibilita la incorporación de fuentes internacionales, sino que se articula con el mandato interamericano de desarrollo progresivo de los DESC, reforzando la idea de un constitucionalismo abierto y multinivel, en el que las obligaciones nacionales e internacionales convergen para ampliar la protección de los derechos fundamentales.

Este diseño ha sido interpretado por la doctrina peruana como una manifestación de constitucionalismo de apertura. Al respecto, Abad Yupanqui (2014) sostiene que la Constitución peruana «no se encierra en sí misma, sino que habilita expresamente la incorporación de fuentes internacionales como parte de su sistema de derechos fundamentales» (p. 123). En esta línea, el control de convencionalidad no debe entenderse como un mecanismo de aplicación automática de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino como el deber de los jueces nacionales de interpretar las normas internas de manera compatible con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, sin afectar la primacía de la Constitución como norma suprema. Así entendido, el control de convencionalidad no debilita la soberanía nacional si se ejerce de forma responsable, al asumir los compromisos internacionales adoptados como parte de la propia integrante de la identidad jurídica del Estado democrático, fortaleciendo de esta manera la protección de los derechos sociales desde una perspectiva integrada y coherente.

Bajo esta lógica, el control de convencionalidad, desarrollado inicialmente en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), impone a todos los jueces nacionales el deber de verificar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana y con la interpretación que de ella realiza la Corte IDH. En el Perú, este deber ha sido reconocido en diversas sentencias, consolidando la idea de que los tribunales nacionales son también jueces interamericanos. Como señala Ferrer Mac-Gregor (2011), «el control de convencionalidad no es un 'trasplante' exógeno, sino una consecuencia del principio *pacta sunt servanda* y del reconocimiento voluntario de la jurisdicción interamericana por parte de los Estados» (p. 145). Este criterio, al incorporarse en la práctica jurisdiccional peruana, no implica una pérdida de soberanía, sino la materialización de compromisos internacionales previamente asumidos.

Lejos de configurar una renuncia a las prerrogativas estatales, importantes estudiosos del constitucionalismo latinoamericano han reconceptualizado esta práctica como una manifestación actualizada de soberanía cooperativa. Desde

esta perspectiva, como señala Bernal Pulido (2014), el juez nacional no actúa como mero repetidor de estándares externos, sino que despliega una autonomía interpretativa al entablar un diálogo crítico con la jurisprudencia interamericana, sopesándola a las particularidades del marco constitucional local. Precisamente por esta dinámica dialógica, la paulatina incorporación de dicho estándar en la praxis judicial nacional no representa una merma de la capacidad autodeterminada del Estado, sino la puesta en práctica concreta y contextualizada de obligaciones internacionales que el Perú asumió voluntariamente al integrarse al sistema interamericano de derechos humanos.

En última instancia, debe subrayarse que este diálogo no se configura como un proceso mecánico de recepción automática. Como advierte Brewer-Carías (2012), «los jueces nacionales ejercen un papel de 'filtros críticos' que deben armonizar los estándares internacionales con el marco constitucional interno» (p. 89). La legitimidad del modelo reside precisamente en este proceso de adaptación contextualizada y progresiva, en el cual los parámetros internacionales se traducen en soluciones compatibles con las particularidades institucionales y sociales del país.

Esta función mediadora, como refiere Góngora-Mera (2014), encuentra sustento en la doctrina latinoamericana del *ius constitutionale commune*, concepto que describe cómo tribunales nacionales y la Corte IDH co-construyen estándares regionales mediante procesos de recepción crítica y contextualizada, sin que ello implique subordinación jerárquica. Precisamente, esta adaptación dinámica permite a los Estados residir en la legitimidad del modelo multinivel de protección de derechos, dado que evita un aislamiento constitucional democrático, así como la homogeneización autoritaria de estándares.

III. COMPLEMENTARIEDAD VS. COLONIZACIÓN JURÍDICA: ¿PÉRDIDA DE SOBERANÍA O FORTALECIMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES?

3.1. Receptividad y límites

La receptividad al derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento constitucional peruano no constituye un ejercicio retórico, sino una praxis jurisprudencial consolidada que se verifica en la jurisprudencia cotidiana. En especial, el Tribunal Constitucional ha mostrado una marcada apertura hacia los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), particularmente en materias sensibles como los derechos laborales, previsionales y sindicales. En estos ámbitos, donde la efectividad de los derechos sociales

se encuentra permanentemente tensionada por limitaciones presupuestarias y exigencias de sostenibilidad fiscal, el diálogo con el sistema interamericano ha adquirido una dimensión estratégica.

Ahora bien, esta apertura no debe interpretarse como una sumisión automática o una aplicación acrítica a los pronunciamientos supraestatales. Por el contrario, el Tribunal Constitucional asume un rol activo de mediación normativa, en el que no se limita a trasladar mecánicamente los criterios del sistema interamericano, sino que los somete a un proceso de interpretación contextualizada dentro del marco del bloque de constitucionalidad nacional. Este ejercicio, que algunos autores han denominado internalización modulada —como Uprimny (2014)—, implica una selección, adaptación y contextualización de los estándares internacionales, en coherencia con la dogmática constitucional peruana y las condiciones reales del Estado.

En materia previsional, por ejemplo, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, ha introducido límites a la exigibilidad inmediata de ciertos beneficios cuando su implementación plena podría comprometer la estabilidad del sistema financiero del Estado. Estas decisiones no revelan una resistencia al derecho internacional, sino una ponderación constitucional compleja, en la que se equilibra la exigibilidad progresiva de los derechos sociales con la necesidad de preservar la viabilidad institucional del Estado. Lejos de constituir una negación de derechos, esta prudencia jurisprudencial constituye un ejercicio hermenéutico de ponderación, en el cual se equilibra la eficacia de los derechos con la sostenibilidad del sistema peruano (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 2945-2003-AA/TC, 2004).

Esta experiencia peruana no es aislada y dialoga con experiencias comparadas. Se observan modelos de integración que comparten principios similares. Para ilustrar, en Colombia, a través del artículo 93 de la Constitución Política colombiana, se reconoce expresamente que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y adoptados por el Estado forman parte del bloque de constitucionalidad y gozan de rango constitucional. En este sentido, la Corte Constitucional, en el marco de sus funciones, ejerce un control de constitucionalidad sobre estos instrumentos, evaluando su exequibilidad o inexequibilidad antes de que puedan integrarse en el ordenamiento jurídico interno. De esta manera, la Corte no solo garantiza la coherencia del sistema jurídico, sino que promueve una interpretación armónica entre los compromisos internacionales y los principios fundamentales de la carta política, de forma que los tratados deben interpretarse conforme a la Constitución, evitando lecturas que generen tensiones insalvables con el ordenamiento interno (Sentencias C-295/1993 y C-067/2003).

De manera análoga, en España, el Tribunal Constitucional ha sostenido que los tratados deben interpretarse en armonía con la Constitución de 1978, evitando soluciones que generen tensiones insalvables entre el derecho interno y el internacional (Sentencia 28/1991). Asimismo, como sostiene Görgülü (2004), el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en su jurisprudencia posterior a la sentencia Solange II (1986), ha establecido que, si bien las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son relevantes, corresponde al juez nacional garantizar su compatibilidad con la ley fundamental. Estos referentes demuestran una tendencia global: la receptividad judicial de los estándares internacionales no implica subordinación, sino un diálogo constitucional multinivel, en el que cada tribunal nacional mantiene su papel de último garante interno de los derechos fundamentales en su propio ordenamiento. En esa línea, el Tribunal Constitucional del Perú no actúa como un mero canal de transmisión de decisiones externas, sino como un árbitro de compatibilidad normativa, cuya tarea consiste en asegurar que la incorporación de parámetros supranacionales fortalezca y no desestabilice la arquitectura constitucional interna.

Un referente teórico especialmente útil en este debate es la doctrina del margen de apreciación nacional (*margin of appreciation*), desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Según esta doctrina, corresponde a los Estados un espacio de discrecionalidad razonable para determinar el modo y la forma específica de cumplimiento de sus obligaciones internacionales en derechos humanos —comprendidos los derechos sociales—, en atención a sus particularidades culturales, históricas, sociales y económicas. Dicho margen, como refiere Handyside (1976), se ha establecido en la sentencia *Handyside c. Reino Unido* (1976), la cual no niega la fuerza vinculante de los estándares internacionales comprendidos en los tratados, sino que reconoce que su concreción práctica debe respetar el pluralismo democrático y las capacidades institucionales de cada país.

Este enfoque ofrece un referente útil y aplicable para el Tribunal Constitucional peruano, dado que la internalización modulada de estándares interamericanos no implica ni debe ser apreciada como desobediencia, sino como el ejercicio de un margen de apreciación constitucional que posibilita la armonización del impulso garantista de la Corte IDH con las capacidades institucionales del Estado. Tal articulación evita tanto el riesgo de un formalismo retórico como el de una colonización jurídica, así como reafirma que la soberanía contemporánea se ejerce en clave cooperativa, mediante un diálogo multinivel internacional que robustece la eficacia de los derechos sociales sin sacrificar la coherencia del orden constitucional nacional.

No obstante, esta apertura tiene límites materiales. En varias oportunidades, el Tribunal Constitucional ha optado por preservar la coherencia sistémica del ordenamiento jurídico nacional frente a la aplicación inmediata y literal de ciertos estándares interamericanos, cuando dicha aplicación hubiera generado vacíos normativos o contradicciones internas. Este criterio no revela una actitud de resistencia, sino una prudencia técnica orientada a asegurar la funcionalidad del sistema jurídico como un todo (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 00025-2005-PI/TC, 2005).

En consecuencia, el valor del diálogo multinivel no reside en la frecuencia con la que se citan sentencias de la Corte IDH, sino en la capacidad del Tribunal Constitucional para traducir esos estándares en soluciones jurídicas efectivas y contextualizadas. El verdadero desafío no es invocar una autoridad extranjera, sino construir respuestas internas que hagan realidad los derechos sociales sin comprometer la estabilidad del orden constitucional ni la viabilidad del Estado. Por tanto, el rol del Tribunal Constitucional no puede reducirse al de un receptor pasivo. Más bien, debe entenderse como un interlocutor activo y autónomo en el sistema de derechos humanos, cuya función es doble: garantista, en cuanto promueve la máxima efectividad de los derechos, y prudencial, en cuanto asegura que dicha efectividad se desarrolle dentro de un marco de coherencia normativa, proporcionalidad y viabilidad institucional. En este equilibrio, la soberanía no se diluye, se ejerce.

3.2. Complementariedad vs. colonización jurídica

El debate en torno al diálogo entre tribunales nacionales e instancias internacionales no se agota en cuestiones formales de jerarquía normativa, sino que se desplaza hacia un terreno más complejo: el de la tensión entre el fortalecimiento de las garantías y la preservación de la autonomía constitucional del Estado. La pregunta central no es, en rigor, si el derecho internacional debe ser tomado en cuenta, sino hasta qué punto su incorporación efectiva puede comprometer el margen de configuración estatal en materia de políticas públicas, sin caer en una sujeción desproporcionada a estándares externos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente que su función no consiste en crear derechos, sino en desarrollar estándares interpretativos a partir de los instrumentos ya asumidos por los Estados partes, como se evidencia en el caso *Las Petitioner vs. Trinidad y Tobago* (2001), en el cual se precisó el alcance de la protección judicial efectiva. No obstante, en la práctica jurisprudencial, estas interpretaciones no se agotan en el plano hermenéutico, dado que se

proyectan efectos directos sobre la gestión presupuestaria, la planificación social y la organización administrativa del Estado. A modo de ilustración, en caso de que la Corte ordene la restitución de beneficios laborales o la implementación de prestaciones previsionales, la discusión trasciende lo estrictamente jurídico y se convierte en un problema de viabilidad económica, diseño institucional y gobernanza estatal.

Este salto del plano jurídico al político-administrativo ha generado críticas, en especial desde posturas que denuncian un supuesto «activismo judicial transnacional». Desde esta perspectiva, la Corte IDH estaría asumiendo funciones propias del poder legislativo o ejecutivo, así como un rol de legislador supranacional, expandiendo el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) más allá de lo expresamente previsto en los tratados, y ejerciendo así una influencia desmedida sobre decisiones soberanas de política interna. Tal percepción alimenta el temor a una colonización jurídica, entendida como una imposición indirecta de agendas garantistas que restringirían el margen de maniobra constitucional del Estado y desplazarían la centralidad de su ordenamiento fundamental.

Sin embargo, la doctrina constitucional contemporánea ha matizado esta crítica, al indicar que no es legítimo equiparar la interpretación evolutiva con una usurpación de competencias. Como señala Bazán (2019), los Estados, al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al aceptar su jurisdicción contenciosa, se comprometen y asumen conscientemente no solo con normas textuales establecidas, sino también con una función interpretativa, dinámica y progresiva. En este sentido, lejos de representar una interferencia foránea, la dinámica evolutiva de la jurisprudencia interamericana se deriva directamente de decisiones soberanas adoptadas por los propios Estados al incorporarse al sistema regional de derechos humanos. En este escenario, el intérprete nacional no renuncia a su competencia, sino que la despliega en un entorno normativo que él mismo ha contribuido a conformar. Así, la autonomía jurídica genuina no radica en el aislamiento, sino en la capacidad de interactuar con estándares internacionales desde una postura crítica, coherente y comprometida con los principios constitucionales del ordenamiento interno.

En línea similar, Fix-Zamudio y Brewer-Carías (2012) han propuesto entender esta dinámica como un ejercicio de soberanía cooperativa, en el que «los Estados no transfieren su poder constituyente, sino que lo ejercen en colaboración con instancias supranacionales, reforzando mutuamente sus capacidades de protección jurídica» (p. 103). Esta noción desplaza la dicotomía entre autonomía y subordinación hacia un modelo de interacción estratégica, en el que la soberanía no se pierde, sino que se transforma.

Un referente comparado especialmente ilustrativo es el desarrollo jurisprudencial del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán). En su famosa sentencia *Solange I*, estableció que la primacía del derecho comunitario europeo no sería reconocida mientras no se garantizara un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente al de la Ley Fundamental alemana (BVerfGE 37, 339, 1974). Posteriormente, en *Solange II*, flexibilizó su postura al constatar que el orden comunitario había alcanzado un estándar protector suficiente, lo que permitió así una integración más fluida (BVerfGE 73, 339, 1986). Este tránsito no refleja una sumisión, sino un modelo de diálogo condicionado, en el que el tribunal nacional mantiene su rol de guardián último de la constitucionalidad, pero lo hace desde una posición de apertura crítica.

De manera análoga, la Corte Constitucional italiana, en el caso *Frontini* (1973), afirmó la supremacía de la Constitución de la República frente a las normas comunitarias, salvo que estas respetaran el núcleo esencial de los derechos fundamentales. De esta manera, ambas experiencias evidencian que la recepción de estándares supranacionales no implica una abdicación de la soberanía, sino la construcción de un mecanismo de control de compatibilidad, en el que el juez constitucional nacional actúa como filtro de integración, asegurando que el diálogo internacional no disuelva la identidad del ordenamiento interno.

Estas lecciones son altamente pertinentes para el contexto peruano. Ellas demuestran que la autonomía constitucional no se defiende mediante el aislamiento, sino mediante un ejercicio activo de mediación jurídica de receptividad hacia los estándares supranacionales, en el que el Tribunal Constitucional evalúa, adapta y, cuando es necesario, modula la aplicación de estándares interamericanos, sin desconocer su autoridad, pero tampoco renunciando a su responsabilidad última como garante del bloque de constitucionalidad nacional.

El verdadero núcleo del debate reside en la tensión entre seguridad jurídica y progresividad de los DESC. La primera exige estabilidad en la interpretación de los derechos y en las expectativas legítimas de los actores sociales y económicos; la segunda demanda un dinamismo interpretativo constante, capaz de responder a nuevas formas de exclusión y vulnerabilidad. Como advierte Carbonell (2017), el reto del constitucionalismo contemporáneo es «conciliar la certeza normativa con la expansión progresiva de los derechos, evitando que la seguridad se convierta en rigidez y que la progresividad derive en inseguridad» (p. 89).

En el caso peruano, esta tensión es particularmente aguda: la incorporación de estándares interamericanos ha permitido avances significativos en la tutela de derechos laborales, sindicales y sociales, pero también ha planteado interrogantes

sobre la capacidad real del Estado para implementar obligaciones de realización progresiva dentro de un contexto de limitaciones fiscales, déficits estructurales y debilidad institucional. En este sentido, es indispensable un dinamismo evolutivo acompañado de responsabilidad institucional. Ello, a través de una posición que permita ejercer una ponderación hermenéutica equilibrada que implique el reconocimiento del valor garantista de los estándares interamericanos como catalizadores de progresividad, pero que module su aplicación en función de la viabilidad material, la proporcionalidad y la coherencia sistémica del ordenamiento interno.

Este enfoque, lejos de representar una debilidad de la soberanía, la reafirma y moderniza. En el siglo XXI, la soberanía no se mide por la capacidad de aislamiento o resistencia externa, sino por la habilidad del Estado para articular su autonomía e integrarse dentro de un sistema jurídico multinivel, en el que participa no como sujeto pasivo, sino como actor estratégico y responsable en la construcción colectiva del derecho a los derechos humanos. Lejos de representar una colonización jurídica, esta dinámica revela una soberanía cooperativa, en la que el Estado peruano, al integrar estándares internacionales, no renuncia a su autonomía, sino que la ejerce de manera estratégica y responsable.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA

4.1. Fortalezas del modelo multinivel: una dinámica de convergencia normativa

El modelo multinivel de protección de derechos fundamentales ha demostrado poseer una capacidad expansiva significativa, particularmente en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), tradicionalmente desplazados a un estatus de eficacia programática. En el contexto peruano, uno de sus logros más característicos ha sido la convergencia jurisprudencial progresiva entre el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual ha permitido dotar de densidad jurídica a derechos que, por décadas, permanecieron en la periferia del control constitucional.

Este fenómeno ha sido conceptualizado por García Ramírez (2005) como la emergencia de una «comunidad judicial de interpretación» (p. 42), en la cual los tribunales nacionales y el tribunal regional no operan en esferas estancas, sino que interactúan y cooperan en un diálogo hermenéutico que fortalece la protección y promoción de los núcleos esenciales de los derechos. En esta línea, Ferrer MacGregor (2011) ha resaltado que el control de convencionalidad no debe interpretarse como una imposición jerárquica, sino como un mecanismo colaborativo de refuerzo institucional, en el que el juez nacional se apropia de estándares internacionales para robustecer su capacidad garantista.

Un ejemplo paradigmático de esta dinámica se encuentra en el campo previsional, donde el diálogo entre el ordenamiento nacional y el sistema interamericano ha sido particularmente fructífero. La sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (Exp. 2945-2003-AA/TC, *Caso Pensionistas de la Policía Nacional*) reconoció la seguridad social como un derecho fundamental exigible, anticipándose a la posterior sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003). Este fenómeno, denominado por algunos como «adelantamiento dialógico», revela que el Tribunal Constitucional no actúa únicamente como receptor pasivo de estándares internacionales, sino también como productor de jurisprudencia que luego es validada o amplificada por el sistema interamericano.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ya había sentado precedente con la Sentencia 65/1987, al reconocer la seguridad social como un derecho estructural del Estado social. Por su parte, en el Reino Unido, aunque con enfoques más restrictivos, el caso *R (Carson) v. Secretary of State for Work and Pensions* (2005) puso en evidencia las tensiones entre la igualdad material y la discrecionalidad presupuestaria. Aunque estas decisiones surgieron en contextos jurídicos distintos, convergen en una premisa central: la protección de los derechos sociales como fundamento del Estado democrático y social de derecho.

En materia de salud, el Tribunal Constitucional del Perú ha dado pasos significativos. En la sentencia Exp. 02005-2009-PA/TC (*Caso Lupe Acosta*), ordenó el suministro de antirretrovirales, articulando el derecho a la salud con el principio de dignidad humana. Esta decisión dialoga con la Sentencia T-760/2008 de la Corte Constitucional colombiana, que estableció un marco estructural para garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario. Asimismo, la House of Lords, en *R v. North West Lancashire Health Authority, ex parte A, D & G* (1999), reconoció que la negativa a proveer tratamientos esenciales puede vulnerar derechos fundamentales, anticipando debates sobre la razonabilidad de la asignación de recursos públicos.

En conjunto, como ha señalado Sagüés (2010), estas interacciones configuran una «circulación de principios que enriquece la argumentación constitucional y fortalece la justiciabilidad de los DESC» (p. 95). La principal fortaleza del modelo multinivel radica, pues, en su capacidad para elevar el piso mínimo de protección, posicionar al Tribunal Constitucional como un actor relevante en el constitucionalismo comparado y construir un orden jurídico de corte garantista, sensible a las exigencias de justicia social.

4.2. Desafíos del modelo multinivel: límites estructurales y oportunidades de refinamiento

Pese a sus logros, el modelo no está exento de tensiones estructurales. Estos desafíos, lejos de invalidar el sistema, deben entenderse como oportunidades para su consolidación y perfeccionamiento institucional.

En primer lugar, persiste una asimetría en la recepción jurisprudencial. Mientras los derechos sindicales y previsionales han sido objeto de un tratamiento robusto judicial y constitucional, otros derechos de alta sensibilidad social como el acceso al agua, la vivienda digna o la alimentación carecen aún de un desarrollo jurisprudencial sistemático. Frente a esta laguna, el derecho comparado ofrece rutas claras; la Sentencia T-418/2010 de la Corte Constitucional colombiana reconoció el derecho al agua como un derecho fundamental autónomo, y en España, la Sentencia 7/2019 del Tribunal Supremo reforzó la obligación estatal de garantizar la vivienda frente a desalojos arbitrarios. Estos precedentes indican que el desafío para el Tribunal Constitucional del Perú consiste en extender la lógica del diálogo multinivel a derechos emergentes, en contextos de vulnerabilidad creciente.

En segundo lugar, se observa una selectividad estratégica en el uso de la jurisprudencia interamericana. Con frecuencia, los estándares de la Corte IDH son invocados solo cuando refuerzan posturas ya consolidadas, mientras se omiten cuando podrían exigir un replanteamiento crítico. Para superar este desafío, se hace necesaria la institucionalización de un método explícito de recepción, inspirado en experiencias como el «test de proporcionalidad reforzado» de la Sentencia 197/2006 del Tribunal Constitucional español o el test de razonabilidad intensificada de la Corte colombiana. En esa dirección, Abad Yupanqui (2019) refiere que un enfoque metodológico claro no solo aumentaría la coherencia del diálogo, sino que reforzaría su legitimidad frente a críticas de arbitrariedad o desproporcionalidad (p. 112).

En tercer lugar, subsiste la necesidad de armonizar el control de convencionalidad con la legitimidad democrática. Como ha señalado Carbonell (2013), este mecanismo no implica una sumisión acrítica a la jurisprudencia de la Corte IDH, sino un deber de interpretación razonada y contextualizada, en el que el juez nacional puede ejercer autonomía hermenéutica dentro del marco del bloque de constitucionalidad. A su vez, aun cuando los tratados internacionales formen parte de dicho bloque, resulta esencial distinguir entre el control de constitucionalidad referido a la primacía de la Constitución Política del Perú y el control de convencionalidad orientado a la compatibilidad con los compromisos internacionales, evitando una fusión que pudiera menoscabar la norma suprema del ordenamiento jurídico. En un sentido concordante, Brewer-Carías (2012) advierte que «el riesgo no reside en la

apertura internacional, sino en que esta sea percibida como una colonización jurídica que desdibuje la soberanía interpretativa del juez nacional» (p. 89).

Un modelo equilibrado podría inspirarse en el *Human Rights Act* de 1998 del Reino Unido, donde los jueces están obligados a interpretar la legislación conforme a los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pero dentro de un margen de apreciación nacional que respeta el rol del legislador. En el Perú, este equilibrio podría traducirse en decisiones que, sin desconocer la autoridad de la Corte IDH, exijan al Estado una justificación razonada cuando no sea posible cumplir inmediatamente con ciertos estándares, atendiendo a limitaciones presupuestarias o institucionales. En ese marco, resulta necesario un diálogo horizontal que permita una interpretación sensible a las realidades sociales, presupuestarias e institucionales del Perú, sin alejarse de los principios del sistema interamericano.

El mayor desafío radica en el traslado efectivo de las sentencias a la política pública. La Corte Constitucional colombiana, mediante el seguimiento al caso T-025/2004 sobre desplazados internos, demostró que la efectividad de los DESC exige coordinación interinstitucional sostenida y mecanismos de rendición de cuentas. En el Perú, donde los déficits estructurales de gestión pública son más marcados, se presenta una oportunidad: desarrollar sentencias estructurales de cumplimiento progresivo, dotadas de indicadores verificables, plazos definidos y sistemas de monitoreo judicial. Ello no diluiría la función del Tribunal Constitucional, sino que la profundizaría, al convertirlo en un actor clave del diseño institucional de políticas públicas.

4.3. Lineamientos propositivos para el Tribunal Constitucional peruano: hacia un modelo institucionalizado del diálogo multinivel

Frente a los avances y tensiones identificados en el modelo multinivel de protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), se hace necesario delinear criterios que permitan consolidar, racionalizar y legitimar la interacción entre el Tribunal Constitucional del Perú y el sistema interamericano de derechos humanos. Estos lineamientos buscan superar la improvisación o la selectividad en la recepción de estándares internacionales y transformar el diálogo jurisprudencial en una práctica estructurada, previsible y jurídicamente fundada.

a) Institucionalización de una metodología de recepción jurisprudencial

Uno de los principales desafíos para la legitimidad del control de convencionalidad radica en la ausencia de un método explícito que dirija la incorporación de la jurisprudencia de la Corte IDH. Para atenderlo, el Tribunal Constitucional

podría desarrollar un esquema metodológico diferenciado, que distinga grados de recepción según el nivel de compatibilidad con el orden constitucional interno y la factibilidad de implementación.

i. En primer lugar, la recepción directa aplicaría cuando los estándares interamericanos se alinean plenamente con el bloque de constitucionalidad y no generan tensiones sistémicas. Un ejemplo es la aplicación del *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003), describiendo parámetros sobre igualdad en el sistema previsional. Este tipo de recepción no solo cumple con el deber de acatamiento, sino que refuerza la coherencia entre el derecho interno y el internacional.

ii. En segundo lugar, la recepción por analogía permitiría extender principios establecidos en casos específicos a contextos jurídicos análogos, sin exigir identidad total de circunstancias. El *Caso Lagos del Campo vs. Perú* (2017) podría servir como fundamento para abordar otras formas de exclusión indirecta en el ámbito público o privado, siempre que se respeten criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por último, la recepción crítica constituiría un mecanismo de autonomía interpretativa, que permitiría al Tribunal Constitucional apartarse de ciertos estándares cuando su aplicación inmediata comprometa la coherencia del ordenamiento o la viabilidad institucional, siempre que exista justificación racional. Este enfoque no implica desobediencia, sino el ejercicio de un margen de apreciación constitucional. Se ha trazado un paralelo con la sentencia *Solange II* (1986) del Tribunal Constitucional Federal alemán y con el caso *R (Horncastle) v. Criminal Cases Review Commission* (2009) de la Corte Suprema del Reino Unido, en los que se rechaza la aplicación mecánica de estándares externos bajo determinadas condiciones.

Estos precedentes muestran que la crítica no es sinónimo de resistencia, sino de responsabilidad constitucional. La adopción de este esquema fortalecería la transparencia del diálogo multinivel, reduciría la percepción de arbitrariedad y elevaría el nivel de exigencia técnica en la argumentación judicial.

b) Extensión del diálogo a derechos emergentes y de alta sensibilidad social

Hasta ahora, el modelo multinivel ha tenido mayor impacto en derechos como la seguridad social o la libertad sindical, mientras que otros derechos como el acceso al agua, la vivienda digna o la alimentación han sido objeto de protección fragmentaria. Esta asimetría limita la capacidad del Tribunal Constitucional para responder a nuevas formas de exclusión que afectan a sectores históricamente

marginados. En este sentido, el Tribunal podría avanzar hacia un reconocimiento más sistemático de derechos emergentes, tomando como referencia experiencias comparadas. La Sentencia T-418/2010 de la Corte Constitucional colombiana, que declaró el derecho al agua como fundamental y autónomo, constituye un hito. Asimismo, la Sentencia T-302/2017 estableció estándares sobre la obligación estatal de garantizar condiciones mínimas de subsistencia. En España, la Sentencia 7/2019 del Tribunal Supremo reforzó los deberes estatales frente a desalojos forzosos.

En el Perú, aunque existen antecedentes promisorios como el Exp. 06534-2006-PA/TC (*Comunidad Campesina de Santa Ana*), aún falta un salto cualitativo: reconocer el derecho al agua como autónomo, no solo como derivado. Ello permitiría enfrentar crisis hídricas, conflictos socioambientales y desigualdades territoriales con mayor contundencia jurídica, en coherencia con la Constitución peruana.

c) Aplicación de un test de proporcionalidad reforzado en materia de DESC

Un obstáculo recurrente para la efectividad de los DESC es el uso de la «reserva del posible» o la invocación genérica de escasez de recursos. Para evitar que se conviertan en cláusulas de inmunidad, el Tribunal Constitucional podría desarrollar un test de proporcionalidad reforzado que exija una justificación intensificada de toda restricción a derechos sociales. Este estándar, inspirado en la Sentencia 197/2006 del Tribunal Constitucional español, implicaría no solo evaluar idoneidad y necesidad, sino exigir la demostración concreta de un esfuerzo razonable en la asignación de recursos.

En el Perú, la sentencia del Expediente 02005-2009-PA/TC (*Caso Lupe Acosta*) ya ordenó el suministro de antirretrovirales, desestimando la insuficiencia presupuestaria como justificación absoluta; sin embargo, el criterio no ha sido plenamente sistematizado.

d) Fortalecimiento del diálogo interinstitucional y seguimiento estructural

La efectividad de las sentencias sobre DESC depende en gran medida de su implementación en políticas públicas. Para superar la brecha entre decisión judicial y acción estatal, el Tribunal Constitucional podría institucionalizar mecanismos de seguimiento activo, con referencias comparadas como el seguimiento del caso T-025/2004 en Colombia (informes periódicos, audiencias, monitoreo). Este modelo, adaptado a la realidad peruana, resultaría particularmente pertinente en ámbitos de alta sensibilidad social como el acceso a medicamentos esenciales, la universalización de pensiones no contributivas o la garantía de servicios básicos en zonas rurales marginadas; ello, dado que la exigencia de indicadores verificables

y rendición de cuentas ante el Tribunal no vulneraría la separación de poderes, sino que reforzaría la función garantista en contextos de cumplimiento complejo.

e) Consolidación de un discurso de complementariedad soberana

Es indispensable que el Tribunal Constitucional impulse una narrativa jurídica clara y coherente sobre el control de convencionalidad como expresión de soberanía responsable, no de subordinación. El Expediente N.º 00025-2005-PI/TC ya marcó un precedente al reconocer la fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana; el paso siguiente es profundizar este enfoque, mostrando que la apertura al sistema interamericano puede fortalecer la autonomía constitucional.

En esa línea, Cançado Trindade (2008) ha sostenido que «la internacionalización de los derechos humanos no debe entenderse como pérdida de soberanía, sino como una forma de internacionalización que amplía la capacidad estatal para proteger la dignidad humana» (p. 215). En este marco, el Tribunal Constitucional no es un mero intermediario, sino un intérprete activo y responsable de un orden jurídico que trasciende fronteras sin renunciar a su identidad. De este modo, su rol trasciende la aplicación mecánica de precedentes; se proyecta como un actor institucional capaz de articular el estándar interamericano de debida diligencia con las capacidades reales del Estado, generando compromisos verificables sin desconocer las complejidades presupuestales o administrativas

Este conjunto de lineamientos no busca imponer una fórmula rígida, sino proponer un camino institucional para que el Tribunal Constitucional del Perú asuma, con mayor coherencia técnica, su rol en el constitucionalismo multinivel.

V. CONCLUSIÓN

El modelo de protección multinivel de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el Perú no constituye una subordinación del orden constitucional a instancias supranacionales, sino una expresión del Estado social y democrático de derecho, en el cual la apertura al sistema interamericano se configura como un mecanismo de profundización normativa y garantista. Lejos de erosionar la soberanía nacional, esta dinámica revela una soberanía cooperativa, en la que el Estado peruano, al integrar estándares internacionales, no abdica de su autonomía constitucional, sino que la ejerce de forma contextualizada y responsable.

Este enfoque encuentra sustento en experiencias comparadas que han desarrollado mecanismos de armonización entre el derecho interno y el derecho internacional sin sacrificar la identidad del ordenamiento nacional. La doctrina

del margen de apreciación, ejemplificada en la jurisprudencia alemana (*Solange II*) y en el marco del *Human Rights Act* de 1998 del Reino Unido, muestra cómo los tribunales nacionales pueden desempeñar un rol de mediación, garantizando que la aplicación de estándares externos considere condiciones institucionales, presupuestarias y sociales del país.

No obstante, el modelo enfrenta desafíos estructurales que requieren atención. Persiste una asimetría en la protección jurisprudencial, concentrada en derechos como la seguridad social o la libertad sindical, mientras que otros como el acceso al agua o el derecho a la vivienda digna carecen de desarrollo sistemático. Asimismo, se advierte selectividad en la recepción de estándares interamericanos, lo que afecta la coherencia y previsibilidad del control de convencionalidad. El mayor desafío radica en la brecha entre sentencia e implementación efectiva en políticas públicas: la eficacia de los DESC exige coordinación interinstitucional, seguimiento, indicadores verificables y rendición de cuentas.

Resulta pertinente avanzar hacia un diálogo multinivel institucionalizado, que reconozca que los tribunales no operan aislados, sino dentro de una estructura estatal cuya colaboración es decisiva para la efectividad de los derechos. En esa dirección, se propone un marco integrado basado en: (i) una metodología clara de recepción jurisprudencial; (ii) el reconocimiento de derechos emergentes; (iii) un test de proporcionalidad reforzado; (iv) mecanismos de seguimiento estructural, y (v) un discurso jurídico que reafirme el control de convencionalidad como expresión de responsabilidad constitucional compartida.

En definitiva, el futuro del constitucionalismo social en el Perú depende de su capacidad para proyectar la Constitución hacia un entorno jurídico abierto, dialógico y dinámico, sin perder su esencia: un constitucionalismo que no se funda en el aislamiento, sino en el diálogo; que no rechaza el estándar externo, sino que lo transforma en una herramienta de justicia interna; y que sostiene la dignidad humana como un fundamento de legitimidad y límite del poder.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, S. (2014). *Derecho constitucional peruano: jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2001-2013)*. Gaceta Jurídica.

Abad Yupanqui, S. (2019). *La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana en el Perú.* Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bazán, V. (2019). La interpretación evolutiva en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Entre el activismo y la legitimidad. *Anuario de Derechos Humanos,* 15, 45-67.

Bernal Pulido, C. (2014). El control de convencionalidad: Un nuevo paradigma en la protección de los derechos humanos en América Latina. En M. E. Góngora Mera y M. García García (Eds.), *Constitucionalismo latinoamericano: desafíos y perspectivas* (pp. 27-48). Universidad Externado de Colombia.

Brewer-Carías, A. R. (2012). *El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad*. Jurídica Venezolana.

Bundesverfassungsgericht. (1986). *Urteil vom 22. Oktober 1986 – 2 BvR 197/83* (BVerfGE 73, 339).

Cançado Trindade, A. A. (2008). *La realización de los derechos humanos: hacia una comunidad de solidaridad jurídica internacional.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/libros/realizacion_dh.pdf

Carbonell, M. (2013). *El control de convencionalidad: un nuevo paradigma en la protección de los derechos humanos*. Porrúa Editorial.

Carbonell, M. (2017). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Fontamara Editorial.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia C-295/1993.*

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia C-067/2003*.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T-025/2004*.

Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia T-760/2008*.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T-418/2010.*

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-302/2017.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Caso Las Palmeras vs. Trinidad y Tobago. Fondo (Serie C nº 80).* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_80_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas (Serie C nº 101).* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Serie C nº 154).* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México. Fondo, reparaciones y costas (Serie C nº 205).* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Radilla Pacheco vs. México. Fondo, reparaciones y costas (Serie C nº 204)*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_204_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Serie C nº 337).* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_337_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas (Serie C nº 358).* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_358_esp.pdf

Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris: teoría del derecho y teoría del Estado* (Vol. 1). Marcial Pons.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). *El control difuso de convencionalidad en México*. Porrúa.

Fix-Zamudio, H. y Brewer-Carías, A. R. (2012). *Soberanía cooperativa y derechos humanos.* Iustel.

García Ramírez, S. (2005). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Góngora Mera, M. E. (2014). *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano.* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Häberle, P. (1975). *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*. Mohr Siebeck.

House of Lords. (1999). *R v. North West Lancashire Health Authority, ex parte A, D and G [1999] UKHL 26.* https://publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990325/north-1.htm

Nogueira Alcalá, H. (2013). *Los derechos fundamentales*. Tecnos.

Pernice, I. (1999). The European federal court and the federal constitutional court: Towards a transnational system of justice. *Common Market Law Review, 36(4)*, 763-791.

Sagüés, N. (2010). La circulación de principios en el constitucionalismo multinivel. *Revista de Derecho Público, 28, 89-112.*

Supreme Court of the United Kingdom. (2009). *R (Horncastle) v. Criminal Cases Review Commission* [2009] UKSC 14. https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0014_Judgment.pdf

Tribunal Constitucional de España. (1987). *Sentencia 65/1987.*

Tribunal Constitucional de España. (1991). *Sentencia 28/1991.*

Tribunal Constitucional de España. (2006). *Sentencia 197/2006.*

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). *Expediente 2945-2003-AA/TC.*

Tribunal Constitucional del Perú. (2005*). Expediente 00025-2005-PI/TC.*

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). *Expediente 1417-2005-PA/TC.*

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). *Expediente 06534-2006-PA/TC.*

Tribunal Constitucional del Perú. (2009). *Expediente 02005-2009-PA/TC.*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1976). *Handyside c. Reino Unido (Serie A nº 24).* https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57990

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2004). *Görgülü c.* Turquía *(Serie A nº 498)*. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66189

Uprimny, R. (2014). La internalización modulada de estándares internacionales de derechos humanos. *Revista IIDH*, *58*, 11–45. https://doi.org/10.2139/ssrn.2437662

Von Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Piovesan, F. y Soley, X. (Eds.). (2014). *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos.* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Von Bogdandy, A., Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M. (Eds.). (2017). *Transformative constitutionalism in Latin America.* Hart Publishing.

Recibido: 30-08-2025
Aprobado: 03-02-2026

El impacto de la corrupción en la efectividad del Estado social de derecho y la garantía de los derechos sociales en el Perú

The impact of corruption on the effectiveness of the social rule of law and the guarantee of social rights in Peru

✍ Aldo Jorge Hoyos Benavides*

Resumen

El presente artículo analiza la profunda erosión que la corrupción ejerce sobre la efectividad del Estado social de derecho y la consecuente garantía de los derechos sociales en el Perú. Se examina cómo este fenómeno sistémico desvía recursos públicos, debilita las instituciones y socava la confianza ciudadana, impidiendo al Estado cumplir con su rol fundamental en la provisión de servicios esenciales como salud, educación y seguridad social. La metodología empleada se basa en un análisis documental exhaustivo de informes de organismos nacionales e internacionales, literatura académica especializada y jurisprudencia relevante, con un enfoque crítico sobre los mecanismos de afectación y las respuestas institucionales. Las principales conclusiones revelan que la corrupción no es solo un problema económico, sino una barrera estructural para la realización de los derechos humanos, que exige un enfoque multidimensional que fortalezca la gobernanza, la transparencia y la participación ciudadana.

* Juez de la Corte Superior de Justicia de Amazonas. Abogado, maestro y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque. Código ORCID: 0000-0002-0481-9705. Correo electrónico: aldohoyosbenavides@gmail.com

Palabras clave
corrupción; Estado social de derecho; derechos sociales; Perú; gobernanza; políticas públicas.

Abstract
This article analyzes the profound erosion that corruption exerts on the effectiveness of the Social Rule of Law and the consequent guarantee of social rights in Peru. It examines how this systemic phenomenon diverts public resources, weakens institutions, and undermines citizen trust, preventing the State from fulfilling its fundamental role in providing essential services such as health, education, and social security. The methodology employed is based on an exhaustive documentary analysis of reports from national and international organizations, specialized academic literature, and relevant jurisprudence, with a critical focus on the mechanisms of impact and institutional responses. The main conclusions reveal that corruption is not only an economic problem but a structural barrier to the realization of human rights, demanding a multidimensional approach that strengthens governance, transparency, and citizen participation.

Keywords
corruption; Social Rule of Law; Social Rights; Peru; Governance; Public Policies.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: UN MARCO DE REFERENCIA Y SUS IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES. **III.** LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ: UNA RADIOGRAFÍA MULTIDIMENSIONAL DEL FENÓMENO. **IV.** IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES. **V.** MECANISMOS INSTITUCIONALES Y LEGALES PARA FORTALECER LA CAPACIDAD DEL ESTADO Y LA GOBERNANZA. **VI.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Perú, inmerso en un proceso continuo de consolidación democrática y desarrollo, se enfrenta al imperativo de edificar un modelo de Estado que no solo garantice las libertades individuales inherentes a toda sociedad democrática, sino que también asegure las condiciones materiales dignas para el pleno desarrollo de sus ciudadanos. Este anhelo se encarna en la concepción del Estado social de derecho, un entramado jurídico-político que trasciende la mera observancia de la legalidad formal para abrazar los principios de justicia social y la provisión efectiva de bienes y servicios públicos esenciales a toda la población. Sin embargo, esta trascendente aspiración se ve recurrentemente socavada por un flagelo endémico

y profundamente arraigado en la estructura social y política peruana: la corrupción. En el Perú, la corrupción no es un fenómeno coyuntural, sino una patología arraigada que ha minado la fe en las instituciones democráticas (Pasara, 2016).

La corrupción, lejos de ser un mero desvío de fondos o un acto aislado de malversación, debe ser comprendida como un fenómeno sistémico y complejo que permea las diversas esferas de la administración pública y de la sociedad en su conjunto. Constituye un obstáculo formidable para la eficacia del Estado y, en consecuencia, para la plena garantía de los derechos sociales. Su impacto va más allá de la afectación patrimonial, representa una deformación estructural que distorsiona las prioridades nacionales, desincentiva la inversión pública en áreas críticas para el desarrollo humano y erosiona de manera profunda la confianza ciudadana en las instituciones. Cuando los recursos públicos, originalmente destinados a la construcción de hospitales, la mejora de escuelas, la implementación de programas de asistencia social o el aseguramiento de la infraestructura básica, son desviados o malversados, no solo se configura un delito patrimonial, sino que se priva directamente a millones de ciudadanos de sus derechos fundamentales a la salud, la educación y la protección social, prerrogativas consagradas tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos[1].

Este artículo se propone como objetivo principal analizar el impacto multidimensional de la corrupción en la efectividad del Estado social de derecho y la consiguiente garantía de los derechos sociales en el Perú. Se buscará responder a preguntas de investigación cardinales: ¿de qué manera la corrupción socava la provisión de servicios públicos esenciales y la consecución efectiva de los derechos sociales? y ¿qué mecanismos institucionales o legales podrían ser implementados o fortalecidos para robustecer la capacidad del Estado y proteger así los derechos sociales frente a la embestida de la corrupción? La relevancia de este estudio radica en su abordaje crítico de una problemática contemporánea y transversal que afecta de manera directa la capacidad intrínseca del Estado para cumplir con sus fines sociales irrenunciables, ofreciendo una perspectiva crítica y propositiva sobre los desafíos actuales y las posibles vías para su superación, en aras de la construcción de una sociedad más justa e inclusiva[2].

---

1 La afectación de los derechos humanos por la corrupción es un tema abordado por diversos organismos internacionales, enfatizándose su carácter sistémico. Véase, por ejemplo, Varón (2018).

2 La importancia de un enfoque multidimensional para combatir la corrupción es resaltada por Huerta (2020), quien sostiene que solo así se puede lograr un cambio estructural.

II. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: UN MARCO DE REFERENCIA Y SUS IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES

La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 43, establece de manera categórica que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. Si bien la denominación explícita de «Estado social de derecho» no figura de manera textual en su articulado, la doctrina constitucionalista y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han interpretado unívocamente que la carta magna adopta sus principios fundamentales. Como señala el jurista peruano Rubio Correa (2012, pp. 125-130), la inclusión de un amplio catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, junto con la promoción activa del bienestar general de la población, dota al Estado peruano de una clara e innegable vocación social. Este modelo, que se distancia conscientemente del Estado liberal clásico, impone al poder público la obligación ineludible de intervenir activamente para corregir las desigualdades estructurales, garantizar un mínimo vital para todos los ciudadanos y promover la igualdad de oportunidades.

El Tribunal Constitucional del Perú, en su labor interpretativa y de protección de los derechos fundamentales, ha desarrollado una abundante y consistente jurisprudencia sobre el contenido y alcance de los derechos sociales. En la emblemática sentencia del Expediente 008-2005-PI/TC, en su fundamento jurídico 15 y siguientes, el Tribunal enfatizó la crucial dimensión prestacional de estos derechos, señalando que imponen al Estado deberes positivos de actuación para su realización progresiva. Esto implica, de manera concreta, la obligación de destinar los recursos necesarios, diseñar e implementar políticas públicas inclusivas y establecer mecanismos institucionales robustos que aseguren el acceso efectivo a servicios esenciales como la salud (art. 7), la educación (art. 13), la seguridad social (art. 10) y la vivienda digna (art. 7). La efectividad del Estado social de derecho, por tanto, no se mide únicamente por la existencia formal de normas jurídicas que consagran estos derechos, sino por su capacidad real y tangible de transformar estas garantías en realidades concretas y palpables para el conjunto de la población, especialmente para los sectores más vulnerables.

La eficacia intrínseca del Estado social de derecho depende de manera indisoluble de su capacidad de gestión pública eficiente y, fundamentalmente, transparente. Un Estado que aspira a ser verdaderamente social debe ser, ante todo, un Estado íntegro y probo. El desvío de fondos públicos, la malversación de recursos destinados al bien común y la proliferación del clientelismo no solo atentan gravemente contra principios éticos universales, sino que socavan la base

misma sobre la que se construye el bienestar colectivo y la legitimidad de las instituciones. Como bien afirma el reconocido constitucionalista peruano Bernales Ballesteros (2009, p. 78), la plena garantía de los derechos sociales requiere de un «aparato estatal robusto y honesto», capaz de administrar los bienes públicos con probidad inquebrantable y orientarlos de manera estratégica hacia la satisfacción de las necesidades más apremiantes de la ciudadanía, priorizando siempre el interés general sobre los intereses particulares.

III. LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ: UNA RADIOGRAFÍA MULTIDIMENSIONAL DEL FENÓMENO

La corrupción en el Perú no constituye un fenómeno reciente ni aislado; por el contrario, representa un mal endémico con profundas raíces históricas, culturales y estructurales que ha permeado de manera persistente los diversos niveles de la administración pública y de la sociedad en su conjunto. Desde el retorno a la democracia a inicios del siglo XXI, el país ha sido testigo de numerosos escándalos de gran magnitud que han puesto en evidencia la alarmante envergadura del problema, afectando a figuras políticas de alto rango como presidentes de la República, ministros, congresistas, gobernadores regionales y alcaldes. La Defensoría del Pueblo (2023) —una de las instituciones clave en la salvaguarda de los derechos fundamentales— subraya de manera contundente, en su *Informe Anual 2022*, cómo la corrupción ha evolucionado de prácticas individuales a complejas redes criminales organizadas, evidenciando una sofisticación creciente en sus métodos operativos y un impacto sistémico que desborda las capacidades de respuesta tradicionales del Estado.

Las principales manifestaciones de la corrupción en el Perú, ampliamente documentadas por organismos de control y la academia, incluyen, entre otras:

- **Malversación de fondos públicos:** consiste en el desvío ilícito de dinero y recursos originalmente destinados a proyectos o servicios públicos esenciales, para el beneficio personal o de terceros.
- **Sobrecostos y obras inconclusas:** implica la inflación artificial y fraudulenta de los presupuestos asignados a obras públicas y proyectos de infraestructura, o el abandono deliberado de estos una vez desviados los fondos, dejando proyectos vitales sin terminar.
- **Adjudicaciones irregulares de contratos:** se refiere a la manipulación de procesos de licitación pública para favorecer de manera ilícita a empresas o consorcios vinculados, a cambio de sobornos o prebendas.

- **Nepotismo y clientelismo:** representa el uso indebido de la posición pública para favorecer a familiares o allegados en la contratación laboral, la asignación de beneficios, licencias o cualquier otra ventaja indebida, en detrimento del mérito y la igualdad de oportunidades.
- **Cohecho activo y pasivo:** comprende el ofrecimiento o la aceptación de sobornos (dádivas, ventajas económicas o de cualquier otra índole) para realizar, omitir o retrasar actos inherentes a la función pública, distorsionando así la imparcialidad y probidad administrativa[3].

Transparency International (2024), en su influyente *Corruption perceptions index 2023*, ha ubicado consistentemente al Perú en una posición que refleja serios y persistentes desafíos en la lucha contra este flagelo. Este panorama se ve agravado por la alarmante impunidad que prevalece en muchos casos de corrupción de alto perfil y la lentitud exasperante de los procesos judiciales, lo que contribuye a un ciclo vicioso de desconfianza, frustración y resignación ciudadana. Por otro lado, Alberto Zegarra (2018, pp. 45-50), destacado investigador sobre el tema, argumenta que la corrupción en el Perú no es solo un problema de ética individual o de conducta de funcionarios aislados, sino un fallo estructural profundo del sistema, donde las debilidades en los mecanismos de supervisión y control, la ausencia de una carrera pública meritocrática sólida y la injerencia política indebida en los órganos de control y en el sistema de justicia facilitan de manera alarmante su proliferación y consolidación.

La Contraloría General de la República del Perú, como órgano superior de control, a través de sus exhaustivos informes de control y auditoría, ha documentado cuantiosas pérdidas económicas para el Estado producto de la inconducta funcional y de los actos de corrupción. Estos informes no solo revelan el monto del perjuicio económico ocasionado, sino que también identifican de manera precisa a los funcionarios y servidores públicos involucrados, lo que fundamenta el inicio de las acciones legales correspondientes, como la demanda de indemnización por daño económico que se analiza en el presente estudio. La labor de la Contraloría es vital y estratégica para la defensa del patrimonio público, pero se enfrenta a la creciente complejidad de la corrupción organizada y a la persistente resistencia de ciertos sectores políticos y económicos que se benefician de la informalidad y de la falta de transparencia[4].

---

3 Para una clasificación más detallada de las manifestaciones de corrupción, véase Montoya (2019).

4 La labor de la Contraloría es vital, pero se enfrenta a la complejidad de la corrupción organizada y la resistencia de ciertos sectores. Al respecto, Mejía (2017) profundiza en los desafíos del control gubernamental.

IV. IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

El impacto devastador de la corrupción trasciende con creces el mero desfalco económico, afectando de manera directa y profunda la capacidad intrínseca del Estado para garantizar los derechos sociales de sus ciudadanos y, por ende, comprometiendo la efectividad misma del Estado social de derecho. Cuando los recursos públicos, que son limitados y provienen de los impuestos de todos los ciudadanos, son desviados o utilizados de forma ineficiente debido a actos corruptos, los servicios esenciales que deberían llegar a la población, especialmente a los sectores más vulnerables y desfavorecidos, se ven drásticamente comprometidos, sufren de una calidad deficiente o, en el peor de los casos, simplemente no se materializan, dejando a millones de personas desprotegidas y vulnerables.

4.1. Salud pública: vulneración del derecho fundamental a la salud y el colapso asistencial

El derecho a la salud, reconocido y garantizado en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú, implica la obligación ineludible del Estado de asegurar la atención médica integral, la prevención de enfermedades, la promoción de la salud y el acceso universal y equitativo a medicamentos e insumos esenciales. Sin embargo, este sector vital es, lamentablemente, uno de los más permeados por la corrupción. Los casos recurrentes de sobrevaloración en la compra de medicamentos e insumos médicos, la adjudicación irregular de contratos para la construcción, ampliación o equipamiento de hospitales y centros de salud, y el desvío sistemático de fondos destinados al mantenimiento de la infraestructura sanitaria, son ejemplos lamentables que minan la confianza pública y la eficacia del sistema[5].

Cuando se desvían fondos de la salud, las consecuencias son devastadoras y se traducen directamente en:

- **Infraestructura hospitalaria deficiente y precaria:** los hospitales y centros de salud operan con equipamiento obsoleto o inexistente, carecen de camas suficientes para atender la demanda y adolecen de un mantenimiento adecuado, lo que afecta gravemente la capacidad de atención y la seguridad del paciente.

---

5 La corrupción en el sector salud ha sido objeto de múltiples investigaciones y reportajes periodísticos en el Perú, evidenciando su impacto directo en la vida de los ciudadanos.

- **Escasez crónica de medicamentos y material médico:** la malversación en los procesos de compra y abastecimiento deja a los centros de salud sin los insumos básicos para atender a los pacientes, obligándolos a incurrir en gastos de bolsillo exorbitantes que impactan severamente su economía familiar, empujándolos a menudo a la pobreza.
- **Personal de salud mal remunerado o insuficiente:** los recursos que deberían destinarse a mejorar las condiciones laborales y salariales del personal médico, enfermeras y asistencial son desviados, afectando la motivación, la moral y la calidad del servicio que se presta, lo que, a su vez, puede conducir a la migración de talento.

Estas deficiencias estructurales, directamente atribuibles a la corrupción, tienen un impacto directo y letal en la salud de la población, especialmente en los sectores más vulnerables y desprotegidos. El acceso tardío o inexistente a tratamientos vitales, la propagación de enfermedades prevenibles que deberían ser erradicadas y el alarmante aumento de la mortalidad infantil o materna son consecuencias trágicas y directas de un sistema de salud que ha sido sistemáticamente debilitado y desfinanciado por la corrupción.

4.2. Educación: deterioro de la calidad, la equidad y la hipoteca del futuro

El derecho a la educación (art. 13 de la Constitución) es un pilar fundamental para el desarrollo humano, la movilidad social y la construcción de una ciudadanía plena y crítica. No obstante, la corrupción en este sector compromete seriamente su calidad, equidad y pertinencia. Los casos de amaño en la construcción de infraestructura escolar, la sobrevaloración en la adquisición de materiales educativos, el desvío de presupuestos destinados a programas de capacitación docente o el mantenimiento de infraestructuras educativas son ejemplos lamentables que hipotecan el futuro de generaciones enteras.

Las consecuencias de la corrupción en el sector educativo incluyen:

- **Infraestructura escolar precaria y peligrosa:** numerosas escuelas operan con aulas deterioradas, carecen de servicios básicos indispensables (agua potable, saneamiento, electricidad) y adolecen de equipamiento tecnológico, creando un ambiente de aprendizaje inadecuado, insalubre y, en ocasiones, inseguro para estudiantes y docentes.
- **Escasez y baja calidad de materiales educativos:** la falta de inversión o el desvío de fondos resultan en la escasez de libros, cuadernos y herramientas

didácticas, o en la provisión de materiales de mala calidad, afectando de manera directa y negativa el proceso de enseñanza-aprendizaje.

- **Deterioro de la calidad docente y la meritocracia:** la falta de inversión en la capacitación continua y la mejora de las condiciones laborales y salariales de los maestros, sumado a prácticas de nombramiento irregulares, impacta directamente en el nivel educativo impartido y en la motivación del personal, socavando la meritocracia.

En un país con marcadas brechas educativas entre zonas urbanas y rurales, y entre la educación pública y la privada, la corrupción agrava estas desigualdades, perpetuando círculos de pobreza intergeneracionales y limitando de manera drástica las oportunidades de desarrollo personal y profesional para las futuras generaciones, comprometiendo así el desarrollo del país en su conjunto[6].

4.3. Seguridad social y protección social: desfinanciación, precariedad y desconfianza

La seguridad social (art. 10 de la Constitución) y los programas de protección social son pilares irrenunciables del Estado social de derecho, destinados a cubrir riesgos como la enfermedad, la vejez, el desempleo y la pobreza extrema, buscando asegurar un mínimo de bienestar y dignidad para todos. Sin embargo, los fondos destinados a pensiones, seguros de salud y programas de asistencia social son altamente vulnerables a la corrupción y a la mala gestión.

Los efectos de la corrupción en este ámbito se manifiestan en:

- **Desfinanciamiento y colapso de los sistemas previsionales:** el desvío de fondos o la gestión deficiente de los aportes y reservas puede comprometer seriamente la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones, afectando la calidad de vida y el sustento de millones de jubilados y futuros pensionistas.
- **Limitación en la cobertura y la efectividad de beneficios:** los programas sociales que buscan mitigar la pobreza o proteger a poblaciones vulnerables (adultos mayores, personas con discapacidad, niños en situación de riesgo) se ven afectados por la malversación y la ineficiencia, lo que reduce su alcance o la efectividad real de los beneficios prometidos.

---

6 La literatura especializada en educación peruana ha documentado ampliamente cómo la corrupción afecta la calidad y la equidad del sistema.

- **Pérdida de confianza ciudadana y deslegitimación del sistema:** la percepción generalizada de que los fondos de seguridad social son administrados de forma corrupta o negligente desincentiva la participación activa de los ciudadanos en el sistema y el cumplimiento de sus obligaciones, minando la legitimidad y la sostenibilidad de todo el entramado de protección social.

4.4. Infraestructura y servicios básicos: obras inconclusas, sobrecostos y el retraso del desarrollo

La corrupción en los proyectos de infraestructura y servicios básicos (agua potable, saneamiento, electrificación, transporte vial) es particularmente visible y genera un profundo malestar en la ciudadanía. Los megaproyectos con sobrecostos exorbitantes que superan con creces los presupuestos iniciales, así como las obras que quedan inconclusas o paralizadas por años, son un testimonio palpable del desvío masivo de recursos y de la ineficiencia generada por la corrupción.

Estas prácticas perversas conllevan:

- **Retraso crítico en la provisión de servicios esenciales:** poblaciones enteras, especialmente en zonas rurales y periurbanas, quedan sin acceso a agua potable segura, saneamiento básico, electrificación o vías de comunicación adecuadas. Esto afecta drásticamente su calidad de vida, su salud y su dignidad, y perpetúa la exclusión.
- **Recursos públicos dilapidados e irrecuperables:** el dinero invertido en proyectos corruptos o abandonados representa una pérdida irrecuperable para el Estado y, por ende, para la ciudadanía, que ve cómo sus impuestos no se traducen en mejoras tangibles. Estos fondos podrían haber sido destinados a otras necesidades urgentes.
- **Brechas de desarrollo persistentes y ampliadas:** la falta de infraestructura adecuada y funcional limita de manera significativa el desarrollo económico, social y cultural de diversas regiones del país, acentuando las desigualdades territoriales y frenando el progreso nacional, lo que termina por perpetuar el subdesarrollo[7].

---

7 Las obras inconclusas y los sobrecostos en infraestructura son una lamentable constante en el panorama peruano, documentados por la Contraloría y la prensa.

V. MECANISMOS INSTITUCIONALES Y LEGALES PARA FORTALECER LA CAPACIDAD DEL ESTADO Y LA GOBERNANZA

La lucha contra la corrupción y el fortalecimiento de la capacidad del Estado para garantizar de manera efectiva los derechos sociales requiere de un enfoque multidimensional e integral, el cual abarque desde la solidez del marco normativo hasta la promoción activa de la participación ciudadana. Solo a través de una acción coordinada y persistente se podrá construir una gobernanza más íntegra y transparente.

5.1. Marco normativo anticorrupción y la defensa del patrimonio estatal

El Perú ha desarrollado, en las últimas décadas, un robusto marco legal anticorrupción que busca prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos ilícitos en la administración pública. Este entramado normativo incluye, entre otras, la Ley 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, art. 22, inciso d), el Decreto Legislativo 1326 (que reestructura el sistema administrativo de defensa jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado) y diversas normas penales que tipifican de manera detallada los delitos contra la administración pública.

La Novena Disposición Final de la Ley 27785 es de especial relevancia al establecer de manera explícita la responsabilidad civil de los servidores y funcionarios públicos que, por su acción u omisión, con dolo o culpa (sea esta inexcusable o leve), ocasionen un daño económico a su entidad o al Estado. Esta disposición, que fundamenta la acción de indemnización por daño económico presentada por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República en el caso analizado, constituye un mecanismo legal vital para la recuperación del patrimonio estatal y, fundamentalmente, para la disuasión de futuras inconductas funcionales. El reciente Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (2023), al reiterar la competencia del juez civil para conocer de estas demandas, refuerza la vía judicial como un camino efectivo para el resarcimiento del perjuicio causado al erario público. La naturaleza contractual de esta responsabilidad, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia, facilita el proceso de recuperación de los fondos.

5.2. Fortalecimiento de las entidades de control y la autonomía funcional

La Contraloría General de la República, la Procuraduría General del Estado y la Defensoría del Pueblo son instituciones clave y estratégicas en la primera línea de la lucha contra la corrupción. Sin embargo, su efectividad y el éxito de su labor dependen críticamente de su autonomía funcional, independencia política,

suficiencia de recursos presupuestales y, sobre todo, de su capacidad técnica y de la profesionalización de su personal. Es imperativo fortalecer estas entidades, garantizando que su accionar no esté sujeto a presiones políticas o de cualquier otra índole, dotándolas de los instrumentos legales, financieros y tecnológicos necesarios para investigar de manera exhaustiva, sancionar con rigor y, fundamentalmente, recuperar los activos y fondos desviados producto de la corrupción.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República ha sido consistente en reconocer y respaldar la legitimidad y la capacidad de la Contraloría General de la República para iniciar acciones legales en defensa del patrimonio del Estado. Por ejemplo, en la Casación 2450-2017-Lima, la Sala Civil Permanente ratificó de manera expresa la competencia de los jueces civiles para conocer procesos de indemnización derivados de informes de auditoría que determinen responsabilidad civil, enfatizando la naturaleza reparadora de la acción y su objetivo de recomponer el patrimonio estatal. Asimismo, la judicatura ha destacado la importancia de la imputabilidad de la responsabilidad civil al funcionario que, en el ejercicio de sus funciones y con dolo o culpa, causa un daño al patrimonio estatal, remarcando la necesidad de acreditar fehacientemente el nexo causal entre la conducta antijurídica del funcionario y el daño económico efectivamente producido. Estos fallos jurisprudenciales son vitales para establecer un marco de seguridad jurídica en la aplicación de la responsabilidad civil de los funcionarios.

5.3. Rol de la sociedad civil y la participación ciudadana como fiscalizadores activos

La participación activa y vigilante de la sociedad civil es un pilar fundamental y, a menudo, subestimado en la prevención y la lucha frontal contra la corrupción. Organizaciones no gubernamentales (ONG) como Transparencia, la propia Defensoría del Pueblo y diversas iniciativas de la sociedad civil desempeñan un rol crucial en la fiscalización de la gestión pública, la denuncia de actos de corrupción, la promoción de una cultura de integridad y la defensa de la ética pública. La Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, es una herramienta vital para la rendición de cuentas, al permitir a los ciudadanos acceder a información relevante y, de esta manera, fiscalizar el uso de los recursos públicos, empoderando a la ciudadanía.

Asimismo, la promoción y el fortalecimiento de la participación ciudadana en la vigilancia de los presupuestos públicos y la ejecución de proyectos de infraestructura, a través de mecanismos como los presupuestos participativos o los comités de vigilancia ciudadana, contribuyen significativamente a una mayor transparencia y reducen las oportunidades para la comisión de actos de corrupción.

La vigilancia social complementa de manera efectiva la labor de los órganos de control, creando una red de contención frente a la inconducta funcional y fomentando una cultura de probidad desde la base de la sociedad[8].

5.4. Desafíos en la implementación de políticas anticorrupción y la persistencia de la impunidad

A pesar de los importantes avances normativos e institucionales, persisten desafíos significativos y estructurales que limitan la efectividad de las políticas anticorrupción en el Perú. La politización de los órganos de control, la infiltración de la corrupción en el propio sistema de justicia (lo que genera impunidad), la persistente falta de una cultura de integridad arraigada en todos los niveles de la administración pública y la sociedad, y la lentitud y la ineficacia de los procesos judiciales para sancionar la corrupción de manera oportuna y ejemplar son factores que debilitan gravemente la efectividad de las medidas adoptadas. Esta ineficacia fomenta un ciclo de reincidencia y desincentiva la denuncia por parte de ciudadanos y funcionarios honestos[9].

El Tribunal Constitucional ha sido enfático en la necesidad de contar con una administración pública proba, transparente y eficiente para la plena materialización de los derechos fundamentales. En la Sentencia del Expediente 0005-2012-PI/TC, en el fundamento jurídico 28, el TC subrayó que la lucha contra la corrupción es un imperativo constitucional ineludible, ya que esta «desnaturaliza los fines del Estado y vulnera los derechos fundamentales de las personas, al desviar recursos que deberían destinarse a la satisfacción de necesidades públicas». Esta postura refuerza la idea fundamental de que la corrupción no es un mero problema administrativo o ético, sino una amenaza directa y existencial al modelo de Estado social de derecho y, por ende, a la dignidad humana.

VI. CONCLUSIONES

La corrupción en el Perú representa un desafío estructural y persistente que socava de manera profunda la efectividad del Estado social de derecho y la plena garantía de los derechos sociales. Este fenómeno no es un mero problema económico, sino una barrera formidable para el desarrollo humano, la equidad social y la consolidación de una sociedad justa. El desvío de fondos públicos, la ineficiencia

---

8 La importancia de la participación ciudadana en la fiscalización de los fondos públicos ha sido estudiada por Tapia (2021), quien destaca su rol preventivo.

9 La politización de la justicia es un problema recurrente en el Perú, abordado por autores como García Toma (2014) y Landa Arroyo (2010) en el ámbito del derecho constitucional.

crónica en la gestión de recursos y el deterioro progresivo de la confianza institucional que genera la corrupción impactan directamente en la calidad y el acceso a servicios públicos esenciales como la salud, la educación y la seguridad social, privando a vastos segmentos de la ciudadanía de sus derechos fundamentales.

Para fortalecer la capacidad del Estado peruano frente a este flagelo, es indispensable adoptar un enfoque multidimensional, integral y sostenido que incluya, de manera concurrente: el fortalecimiento de los marcos normativos anticorrupción y su efectiva aplicación; el empoderamiento y la dotación de autonomía a las entidades de control; la promoción decidida de la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a la información pública; y, fundamentalmente, una activa y consciente participación de la sociedad civil. Solo a través de una voluntad política firme y sostenida, un sistema de justicia independiente y eficaz que garantice la sanción oportuna de los actos de corrupción, y una ciudadanía vigilante y comprometida con la integridad pública, se podrá avanzar hacia un Estado más íntegro, capaz de cumplir plenamente con su rol social y garantizar los derechos de todos sus ciudadanos sin distinción. La lucha contra la corrupción no es una opción deseable, sino una condición *sine qua non* para la plena realización del Estado social de derecho en el Perú y para la construcción de un futuro más justo y equitativo.

BIBLIOGRAFÍA

Bernales Ballesteros, E. (2009). *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Cultural Cuzco.

Congreso de la República. (1993). *Constitución Política del Perú*.

Congreso de la República. (2002). *Ley 27785. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*.

Congreso de la República. (2002). *Ley 27806. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.*

Contraloría General de la República del Perú. (2024). *Informe anual de gestión*. https://www.gob.pe/institucion/contraloria/informes-publicaciones

Corte Suprema de Justicia de la República. (18 de septiembre de 2018). *Casación 2450-2017-Lima*. Sala Civil Permanente.

Defensoría del Pueblo. (2023). *Informe Anual de la Defensoría del Pueblo 2022*. Defensoría del Pueblo.

García Toma, V. (2014). *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Palestra Editores.

Huerta, J. A. (2020). *Corrupción y desarrollo en el Perú: una mirada desde la gobernanza*. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico.

Landa Arroyo, C. (2010). *Derecho constitucional* (T. I y II). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mejía, J. (2017). *El control gubernamental y la lucha contra la corrupción en el Perú*. Gaceta Jurídica.

Montoya, J. (2019). *Políticas públicas y corrupción: desafíos para la gobernabilidad en el Perú*. Instituto de Gobierno y Gestión Pública.

Olivera, R. y Torres, S. (2021). *Manual de responsabilidad civil en la función pública*. Gaceta Jurídica.

Pasara, L. (2016). *Jueces, justicia y corrupción: el caso peruano*. Fondo Editorial PUCP.

Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil. (2023). *Acuerdo referido a la competencia civil en demandas de indemnización por responsabilidad de funcionarios públicos*.

Presidencia de la República. (2017). *Decreto Legislativo 1326*. *Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado.*

Rubio Correa, M. (2012). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Santy, L. E. (2013). *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos por daño al Estado*. Gaceta Jurídica.

Tapia, A. (2021). *El rol de la sociedad civil en la prevención de la corrupción*. Ius Et Praxis.

Transparency International. (2024). *Corruption perceptions index 2023*. https://www.transparency.org/en/cpi/2023

Tribunal Constitucional del Perú. (12 de agosto de 2005). *Sentencia del Expediente 008-2005-PI/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (23 de octubre de 2012). *Sentencia del Expediente 0005-2012-PI/TC*.

Varón, F. (2018). *Gobernanza y corrupción en América Latina: una perspectiva comparada*. Editorial Gedisa.

Zegarra, A. (2018). *Corrupción y desarrollo en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos (IEP).

Recibido: 02-07-2025

Aprobado: 09-10-2025

El derecho social a la vivienda adecuada en el Perú: estándares internacionales, competencias institucionales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional

The social right to adequate housing in Peru: International standards, institutional competences, and jurisprudence of the Constitutional Court

✍ Marco Antonio García Sánchez*

Resumen

El artículo analiza el derecho a una vivienda adecuada en el marco constitucional e internacional, con énfasis en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú y su impacto en las competencias municipales y del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) respecto a las licencias de construcción. Se examina cómo la suspensión arbitraria o revisión indiscriminada de licencias puede vulnerar la seguridad jurídica y afectar proyectos de vivienda de interés social (VIS), restringiendo el acceso de la población vulnerable a un hogar digno. El estudio integra estándares internacionales, principios de progresividad y adecuación, así como la necesidad de coordinación intergubernamental para garantizar la efectividad de este derecho social fundamental.

* Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, egresado de la Maestría en Derecho Penal por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Abogado en el Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0007-2885-340X. Correo electrónico: mgarsan88@gmail.com

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 20, 2025, julio-diciembre, pp. 63-86.

Palabras clave

vivienda adecuada; vivienda social; seguridad jurídica; competencias municipales; MVCS; licencias de construcción; Tribunal Constitucional; estándares internacionales.

Abstract

The article analyzes the right to adequate housing within the constitutional and international framework, with emphasis on the jurisprudence of the Constitutional Court of Peru and its impact on the powers of municipalities and the Ministry of Housing, Construction and Sanitation (MVCS) regarding building permits. It examines how the arbitrary suspension or indiscriminate review of permits can undermine legal certainty and affect Social Interest Housing (VIS) projects, restricting vulnerable populations' access to a decent home. The study integrates international standards, the principles of progressiveness and adequacy, as well as the need for intergovernmental coordination to ensure the effectiveness of this fundamental social right.

Keywords

adequate housing; social housing; legal certainty; municipal powers; MVCS; building permits; Constitutional Court; international standards.

Sumario

I. PLANTEAMIENTO. **II.** FUNDAMENTO TEÓRICO. **III.** JURISPRUDENCIA. **IV.** RESULTADOS. **V.** ANÁLISIS**. VI.** CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

La importancia del artículo jurídico radica en que aborda, de manera sistemática y comparada, un conjunto de sentencias clave del Tribunal Constitucional peruano que delimitan el alcance de las competencias municipales en materia de licencias de construcción y la intervención del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS). Este análisis no solo clarifica la distribución de atribuciones entre niveles de gobierno, sino que también evidencia cómo el ejercicio indebido o desproporcionado de facultades por parte de las municipalidades puede vulnerar principios esenciales del ordenamiento jurídico, como la seguridad jurídica, y derechos fundamentales, como el acceso a una vivienda adecuada.

El trabajo adquiere relevancia académica y práctica porque integra la dimensión normativa con la jurisprudencial, lo que permite comprender cómo el máximo intérprete de la Constitución interpreta las leyes frente a tensiones entre la autonomía municipal y la rectoría nacional. A su vez, pone de relieve el impacto real que estas decisiones tienen sobre proyectos de vivienda de interés

social (VIS) y sobre el cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado peruano derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el plano práctico, el artículo ofrece a operadores jurídicos, autoridades municipales y desarrolladores inmobiliarios una guía sobre los límites legales para la fiscalización y suspensión de licencias, lo cual ayuda a prevenir conflictos competenciales y a fortalecer la coherencia de las políticas públicas de vivienda. En el plano académico, contribuye a la doctrina nacional al sistematizar criterios jurisprudenciales que, hasta ahora, han sido analizados de forma aislada, así como propone una lectura crítica que vincula la gestión administrativa local con la protección efectiva de derechos fundamentales. A nivel global, la adecuada protección del derecho social a una vivienda digna se ha convertido en uno de los desafíos más urgentes para los Estados y las ciudades. El concepto de «vivienda adecuada» trasciende la mera disponibilidad de un refugio físico: implica que las personas vivan con seguridad, dignidad y estabilidad jurídica. Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la vivienda adecuada exige que las personas no teman ser desalojadas de sus hogares y tengan acceso a un entorno seguro (ONU, 1948).

El Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (UNHabitat) (2019) señala que la seguridad de tenencia es el pilar fundamental del derecho a una vivienda adecuada y que esta puede asumir distintas formas, como alquileres, cooperativas de vivienda o propiedad pública. Además, el derecho internacional, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), articula que la vivienda adecuada debe abarcar condiciones como seguridad de tenencia, accesibilidad, costo razonable, infraestructura básica y ubicación adecuada. Pese a este reconocimiento, las instituciones advierten sobre importantes desafíos globales. El documento preparado por UN-Habitat (2025) destaca que los desalojos forzados afectan desproporcionadamente a comunidades sin reconocimiento formal de sus derechos sobre la tierra o la vivienda. Por su parte, investigaciones académicas como la de Leijten y De Bel (2020) subrayan que garantizar la seguridad de tenencia requiere protección legal efectiva contra desalojos forzosos, acoso o amenazas, así como la mitigación de la inestabilidad administrativa. La falta de soluciones formales ha incentivado mecanismos informales de regulación del uso del suelo y tenencia de vivienda, particularmente en contextos urbanos.

En muchos países en desarrollo, hasta el 90 % de la tierra urbana permanece fuera de los registros oficiales y bajo regímenes informales de tenencia (Christensen, 2024). Esta situación genera vulnerabilidades persistentes, ya que millones de personas carecen de estabilidad jurídica y de acceso a servicios básicos, lo que

afecta directamente su derecho a una vivienda digna. América Latina y el Caribe es una de las regiones más urbanizadas del planeta: alrededor de 80–82 % de la población vive en ciudades, lo que concentra la presión por suelo, servicios y vivienda en áreas metropolitanas con mercados formales e informales altamente segmentados (UN-Hábitat, 2012; CEPAL, 2024). En este contexto, el déficit habitacional persiste y, según estimaciones recientes del sistema interamericano de desarrollo, cerca del 45 % de los hogares no dispone de una vivienda adecuada, lo que refleja carencias tanto cuantitativas (falta de unidades) como, sobre todo, cualitativas (materiales precarios, hacinamiento, déficits de infraestructura y saneamiento) (BID, 2022, 2024). De hecho, la evidencia regional indica que el déficit cualitativo supera ampliamente al cuantitativo en entornos urbanos —se ha estimado alrededor del 94 % del déficit urbano— y coexiste con elevados niveles de informalidad residencial (BID, 2022).

La informalidad del hábitat sigue siendo un rasgo estructural del crecimiento urbano: aproximadamente una quinta parte de la población urbana de la región habita en asentamientos informales, con fuerte heterogeneidad subnacional y nacional (BID, 2022; UN-Hábitat, 2014). Esta realidad expone a millones de personas a riesgos climáticos y de desastres, por ubicarse a menudo en laderas, cuencas o planicies de inundación y por la fragilidad constructiva de las viviendas; los reportes regionales de la Oficina de la ONU para la Reducción del Riesgo de Desastres documentan la alta exposición de ciudades de ALC y la necesidad de integrar la gestión del riesgo en la política habitacional (UNDRR, 2023, 2024). La accesibilidad económica es otro nudo crítico: la combinación de ingresos reales estancados, encarecimiento del suelo urbano y costos de construcción limita el acceso a vivienda formal, especialmente para hogares con empleo informal o crédito restringido; organismos multilaterales recomiendan reformas de gobernanza del suelo, profundización del mercado de alquiler asequible y marcos regulatorios que habiliten producción de vivienda resiliente y de bajas emisiones (BID, 2022, 2024). A la vez, mediciones recientes muestran que, aunque las cifras varían por metodología, una proporción sustantiva de hogares urbanos continúa en situación de déficit, lo cual respalda la urgencia de políticas integrales y datos armonizados para el seguimiento regional (MINURVI, 2024; CEPAL-BID-OCDE, 2024).

Desde el enfoque de derechos humanos, los órganos del sistema interamericano subrayan la obligación estatal de garantizar protección efectiva frente a desalojos, personas en situación de calle y hogares en extrema vulnerabilidad, incorporando estándares de vivienda adecuada y seguridad de tenencia a lo largo del ciclo de las políticas públicas (CIDH/REDESCA, 2023). En síntesis, América Latina enfrenta un déficit persistente, predominantemente cualitativo, con alta

informalidad y creciente exposición a riesgos, que exige articular política urbana, vivienda, suelo y clima bajo principios de asequibilidad, resiliencia y derechos. En el Perú, el déficit habitacional sigue siendo una realidad tangible que afecta tanto a zonas urbanas como rurales. Según datos recientes del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2024), el 10,1 % de los hogares en el país presentaba algún tipo de déficit habitacional, ya sea cualitativo —por condiciones precarias, hacinamiento o falta de servicios— o cuantitativo —falta de vivienda adecuada—. Esta problemática se agrava en el ámbito rural, donde el déficit cualitativo alcanza el 12,6 % frente al 6,8 % en zonas urbanas. Cuando se examina la situación en términos absolutos, diversos análisis reportan que el Perú enfrenta un déficit total de aproximadamente 1,6 millones de viviendas, de las cuales el 75 % corresponde a zonas urbanas. Esta brecha refleja que mientras cada año se forman alrededor de 142 000 nuevos hogares urbanos, solo se construyen cerca de 45 000 viviendas formales, lo cual deja así una diferencia anual que ronda las 97 000 unidades. Una parte significativa de este déficit proviene del hacinamiento, que representa casi un tercio del problema general, junto con la falta de acceso a servicios básicos como agua, saneamiento y luz (INEI, 2024). Estas condiciones no solo implican una ausencia de vivienda digna, sino también graves riesgos para la salud y el bienestar de las familias. En síntesis, el país atraviesa una problemática habitacional estructural y multidimensional: existe una carencia sostenida de unidades habitacionales adecuadas, sobre todo en entornos urbanos en expansión; una calidad deficiente de las viviendas existentes, caracterizada por hacinamiento y falta de servicios, particularmente en zonas rurales; y una clara incapacidad del sistema formal para atender la demanda habitacional generada cada año. Esta realidad exige políticas públicas que integren soluciones habitacionales formales, mejoramiento de servicios, estrategias de inclusión rural y una robusta fiscalización técnica y jurídica para garantizar el derecho a una vivienda digna.

El presente trabajo académico se justifica en la necesidad de analizar, de manera crítica y comparada, un conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional peruano que definen los alcances y límites de las competencias municipales en materia de licencias de construcción y su relación con las atribuciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS). Dichos pronunciamientos tienen una incidencia directa en la seguridad jurídica de los procedimientos administrativos, en la viabilidad de los proyectos habitacionales y en la protección de derechos fundamentales, particularmente el derecho a una vivienda adecuada. En el Perú, el déficit habitacional asciende a aproximadamente 1,6 millones de viviendas, con un marcado predominio del déficit cualitativo y altos niveles de informalidad en la ocupación del suelo, lo que refleja una brecha estructural que afecta tanto

a zonas urbanas como rurales. Esta situación evidencia que la forma en que se regulan, fiscalizan y ejecutan las licencias de construcción influye decisivamente en la capacidad de atender la demanda de vivienda, en especial la destinada a los sectores de menores ingresos, como las viviendas de interés social (VIS).

Esta situación se caracteriza por: un déficit habitacional persistente, una informalidad urbana generalizada y una creciente exposición a riesgos climáticos y de desastres. En este escenario, la distribución clara de competencias entre niveles de gobierno y el respeto al principio de seguridad jurídica resultan esenciales para garantizar que las políticas públicas de vivienda se implementen de forma eficiente, equitativa y conforme a los estándares internacionales, como los previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Por ello, este artículo no solo busca sistematizar y comparar la jurisprudencia constitucional relevante, sino también aportar insumos académicos y prácticos que orienten a legisladores, autoridades locales, operadores jurídicos y desarrolladores inmobiliarios hacia una gestión de licencias que respete el marco legal, fortalezca la gobernanza urbana y contribuya efectivamente a la materialización del derecho a la vivienda en nuestro país.

Este artículo sostiene que la suspensión generalizada o automática de licencias de edificación —especialmente para proyectos de vivienda de interés social (VIS)— vulnera el principio de seguridad jurídica y el mandato de progresividad en el derecho a la vivienda, así como que solo puede superar el control constitucional si: (i) está prevista de manera expresa en una norma con rango de ley; (ii) se fundamenta en riesgos técnicos específicos, verificables y actuales; (iii) tiene una duración estrictamente limitada, y (iv) cuenta con una motivación reforzada que descarte la existencia de medidas menos gravosas.

El presente análisis permite identificar cuatro núcleos constitucionales en tensión que orientan la discusión. En primer lugar, se encuentra la relación entre la seguridad jurídica y la potestad fiscalizadora municipal, pues el control posterior de licencias por parte de los gobiernos locales, cuando se ejerce de manera masiva, automática o sin motivación individualizada, puede comprometer la estabilidad de actos administrativos firmes y afectar la confianza legítima de los administrados, en contravención del principio de seguridad jurídica reconocido por el Tribunal Constitucional. En segundo término, la progresividad del derecho a la vivienda adecuada impone al Estado el deber de adoptar medidas concretas y verificables para ampliar el acceso a la vivienda, en particular a través de proyectos de vivienda de interés social (VIS), sin que este principio pueda ser invocado para amparar la inacción estatal o justificar medidas regresivas carentes de una motivación sufi-

ciente. En tercer lugar, la reserva de ley y la distribución de competencias entre el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) y los gobiernos locales exigen que cualquier limitación sustantiva al ejercicio de atribuciones esté sustentada en una norma con rango de ley, así como que las facultades de supervisión sectorial y fiscalización municipal se ejerzan de forma complementaria y coordinada, evitando superposiciones que generen conflictos de competencia. Finalmente, las medidas restrictivas que afectan de manera desproporcionada a proyectos VIS pueden incidir negativamente en el acceso a una vivienda digna para poblaciones de menores recursos, lo que demanda un escrutinio reforzado desde la perspectiva de la razonabilidad, la proporcionalidad y la no discriminación.

II. FUNDAMENTO TEÓRICO

La teoría de los derechos fundamentales representa un eje estructural del constitucionalismo moderno, al reconocer al ser humano como titular de derechos inalienables frente al poder del Estado. Su principal exponente es Robert Alexy, quien desarrolló una concepción normativa de los derechos fundamentales como principios jurídicos con fuerza vinculante. Esta teoría surgió en el contexto de la reconstrucción democrática posterior a la Segunda Guerra Mundial, en respuesta a los regímenes autoritarios y a las violaciones sistemáticas de derechos humanos (De Sousa y Gonçalves, 2021). Concretamente, propone que estos derechos constituyen límites y directrices para la actuación del poder público, y que deben ser considerados en procesos de ponderación y argumentación jurídica (Lemos y Silva, 2021). En consecuencia, no se trata de declaraciones simbólicas, sino de normas activas que exigen respeto, protección y garantía por parte del Estado. Esta visión permite evaluar la constitucionalidad de leyes y políticas públicas, lo que asegura la primacía de la dignidad humana, la igualdad y la libertad como pilares del orden jurídico democrático. El derecho a una vivienda adecuada es un derecho humano fundamental reconocido en diversos instrumentos jurídicos internacionales, regionales y nacionales, que trasciende la simple provisión de un espacio físico para habitar. Conforme a la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC, 1991), este derecho implica que toda persona debe gozar de un lugar seguro, accesible, habitable, con servicios e infraestructura básica, asequible económicamente y ubicado en un entorno que permita el desarrollo de una vida digna.

En el plano internacional, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, lo que incluye la vivienda, y el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce expresamente

el derecho a una vivienda adecuada como componente esencial del derecho a un nivel de vida digno (Naciones Unidas, 1966). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2017), aunque no reconoce un derecho autónomo a la vivienda en la Convención Americana, ha protegido dimensiones relacionadas a través de su jurisprudencia, particularmente cuando su vulneración afecta otros derechos, como la vida, la integridad personal o la protección de la familia.

La noción de «adecuación» definida por Naciones Unidas comprende siete elementos esenciales: seguridad jurídica de la tenencia, disponibilidad de servicios e infraestructura, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, ubicación y adecuación cultural (Comité DESC, 1991). Estos criterios obligan a los Estados a adoptar medidas legislativas, administrativas, financieras y judiciales que garanticen que las políticas de vivienda no se limiten a un enfoque meramente cuantitativo, sino que incorporen estándares de calidad y sostenibilidad. En el ordenamiento jurídico peruano, el derecho a una vivienda digna y adecuada se encuentra implícitamente protegido por el artículo 3 y el artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política, y desarrollado en normas sectoriales como la Ley 30156 (Ley de Organización y Funciones del MVCS) y la Ley 27829 (Ley del Bono Familiar Habitacional), según el Fondo Mi Vivienda S. A. (2002). No obstante, la efectividad de este derecho depende de la articulación entre los marcos normativos y las políticas públicas, así como de la coherencia en la actuación de los distintos niveles de gobierno para garantizar el acceso y la calidad de las viviendas, especialmente en sectores vulnerables.

En consecuencia, el derecho a la vivienda adecuada debe entenderse como un derecho indivisible e interdependiente con otros derechos humanos, cuya realización requiere tanto de un marco normativo garantista como de una implementación efectiva a través de políticas inclusivas, transparentes y sostenibles. Los programas de vivienda de interés social (VIS) son políticas públicas orientadas a facilitar el acceso a una vivienda digna para familias de bajos y medianos ingresos, que por sus condiciones socioeconómicas no pueden acceder a una solución habitacional adecuada en el mercado inmobiliario formal. Según la definición del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) (2023), la VIS se destina prioritariamente a la población que se encuentra en situación de vulnerabilidad económica o social, y busca garantizar condiciones mínimas de habitabilidad, seguridad, accesibilidad y ubicación.

Estos programas se sustentan en el marco del derecho a una vivienda adecuada, reconocido en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en la Observación General nº 4

del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establecen la obligación de los Estados de promover mecanismos que hagan efectivo este derecho, incluidos subsidios, créditos blandos, garantías y otras facilidades de acceso (Comité DESC, 1991; Naciones Unidas, 1966). En el contexto latinoamericano, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2020) señala que los programas de VIS no solo cumplen una función social, sino que también inciden en la reducción del déficit habitacional, la formalización de la propiedad y la mejora de la calidad urbana, siempre que se integren con políticas de suelo, infraestructura y transporte. Asimismo, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID, 2022) enfatiza que estos programas deben incorporar criterios de sostenibilidad ambiental, resiliencia frente al cambio climático y participación comunitaria, para garantizar su impacto a largo plazo.

En el caso peruano, la VIS se implementa a través de instrumentos como el Bono Familiar Habitacional (BFH) regulado por la Ley 27829, el programa Techo Propio, el programa Mivivienda y las modalidades de construcción en sitio propio o adquisición de vivienda nueva. Estos esquemas combinan subsidios estatales con ahorro familiar y, en algunos casos, financiamiento complementario, lo que prioriza proyectos que cumplan con estándares técnicos establecidos por el Reglamento Nacional de Edificaciones y localizados en zonas con acceso a servicios básicos. Por tanto, los programas de vivienda de interés social representan una herramienta clave para materializar el derecho a la vivienda adecuada, siempre que su diseño e implementación garanticen criterios de equidad, calidad, sostenibilidad y articulación interinstitucional. Las competencias municipales en materia de licencias de construcción constituyen una función esencial de la gestión urbana y de la regulación del uso del suelo en el ámbito local. De acuerdo con la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, las municipalidades provinciales y distritales ejercen funciones normativas y fiscalizadoras sobre el desarrollo urbano y el acondicionamiento territorial, incluyendo la autorización, supervisión y, en su caso, sanción de obras de edificación (Congreso de la República, 2003).

La licencia de construcción es el acto administrativo mediante el cual la autoridad municipal autoriza la ejecución de una obra de edificación, remodelación, ampliación o demolición, siempre que cumpla con las condiciones técnicas y legales establecidas en el Reglamento Nacional de Edificaciones (RNE) y en las demás normas aplicables (MVCS, 2006). Este procedimiento, en el Perú, está regulado principalmente por la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, que establece los requisitos, modalidades y plazos para su otorgamiento, así como los mecanismos de supervisión y fiscalización (Congreso de la República, 2007). En el marco del principio de autonomía municipal consagrado

en el artículo 194 de la Constitución Política del Perú, las municipalidades ejercen dichas competencias en coordinación con las políticas nacionales y sectoriales que formula y supervisa el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) (2013). Este principio se encuentra limitado por el deber de respetar el marco legal nacional y por el principio de legalidad administrativa, que impide a las autoridades locales establecer exigencias o procedimientos no previstos en la ley o que excedan su competencia (Tribunal Constitucional, 2015).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha precisado que, si bien las municipalidades tienen atribuciones para fiscalizar y sancionar el incumplimiento de las normas de edificación, estas no pueden desconocer licencias válidamente otorgadas ni imponer revisiones generales sin sustento legal, ya que ello vulnera la seguridad jurídica y puede afectar derechos fundamentales como el acceso a la vivienda (STC Exp. 00018-2015-PI/TC, 2015). En este sentido, la competencia municipal sobre las licencias de construcción debe entenderse como un equilibrio entre la autonomía local para gestionar el desarrollo urbano y la obligación de actuar conforme a las leyes nacionales, lo cual exige respetar los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como los derechos de los administrados.

El Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) es el órgano rector del sector vivienda en el Perú y, como tal, tiene la responsabilidad de formular, aprobar, ejecutar y supervisar las políticas nacionales en materia de vivienda, urbanismo, construcción y saneamiento. De acuerdo con la Ley 30156, Ley de Organización y Funciones del MVCS, este ministerio ejerce funciones rectoras, normativas, técnico-normativas y de supervisión, que deben ser cumplidas de forma articulada con los gobiernos regionales y locales (Congreso de la República, 2014). En relación con las licencias de construcción, el MVCS no actúa como autoridad emisora directa —competencia que corresponde a las municipalidades—, sino como ente normativo y supervisor que establece los criterios técnicos, procedimientos y requisitos que deben cumplir las autoridades locales al otorgar dichas licencias. Esta función se materializa principalmente a través del Reglamento Nacional de Edificaciones (RNE), aprobado mediante el Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA, que fija las especificaciones técnicas y estándares de seguridad, habitabilidad y accesibilidad que toda edificación debe cumplir (MVCS, 2006). Asimismo, el MVCS administra el Registro Nacional de Revisores Urbanos, profesionales autorizados para evaluar proyectos de edificación y emitir informes técnicos que sirven de base para que las municipalidades otorguen licencias (Decreto

Supremo 008-2013-VIVIENDA). De esta forma, el ministerio asegura que el proceso de evaluación cumpla estándares técnicos uniformes a nivel nacional, lo cual evita que las autoridades locales adopten criterios discrecionales que puedan vulnerar el principio de legalidad y la seguridad jurídica.

En casos en que se adviertan prácticas municipales que exceden sus competencias —como la revisión del 100 % de expedientes sin sustento legal o la suspensión generalizada de licencias válidamente otorgadas—, el MVCS puede ejercer funciones de supervisión y coordinación intergubernamental para restablecer el marco legal y garantizar la coherencia de la política nacional de vivienda y urbanismo (Tribunal Constitucional, 2015). Por tanto, las competencias del MVCS en relación con las licencias de construcción se concentran en la función normativa, la definición de estándares técnicos obligatorios, la habilitación y registro de revisores urbanos, y la supervisión del cumplimiento de las políticas sectoriales, todo ello en el marco de la rectoría sectorial que le otorga la Constitución y la Ley de Organización y Funciones.

III. JURISPRUDENCIA

1. Fundamentos constitucionales e internacionales del derecho a la vivienda adecuada

El derecho a una vivienda adecuada constituye un derecho humano reconocido y protegido por múltiples instrumentos jurídicos internacionales que establecen obligaciones claras para los Estados. El artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluido el acceso a la vivienda, y obliga a los Estados a adoptar medidas apropiadas para garantizar su efectividad (Naciones Unidas, 1966). La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25.1, reconoce que toda persona tiene derecho a un nivel de vida que le asegure, entre otros aspectos, la vivienda como condición indispensable para garantizar la salud y el bienestar (Naciones Unidas, 1948). La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 27.3, compromete a los Estados a proporcionar asistencia material y programas de apoyo para garantizar condiciones de vida adecuadas, incluyendo la vivienda, en favor de los niños y sus familias (Naciones Unidas, 1989).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 28, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado, lo cual asegura el acceso a vivienda asequible, accesible y de calidad, sin discriminación (Naciones Unidas, 2006). La Convención sobre la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el artículo 14.2.h, impone a los Estados el deber de garantizar a las mujeres, especialmente en zonas rurales, condiciones de vida adecuadas, incluidas la vivienda y los servicios básicos (Naciones Unidas, 1979). Finalmente, la Observación General nº 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC, 1991) precisa el alcance del concepto de «vivienda adecuada», lo cual establece que este no se reduce a disponer de un techo, sino que comprende elementos como la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, la asequibilidad, la habitabilidad, la accesibilidad, la ubicación y la adecuación cultural.

2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vivienda adecuada

El Tribunal Constitucional del Perú (2012) ha perfilado de manera progresiva el contenido y la protección del derecho a la vivienda adecuada, articulándolo con principios constitucionales y estándares internacionales. En el Exp. 00007-2012-AI/TC, el Tribunal reconoció que la vivienda adecuada es un elemento esencial de la dignidad humana y que su garantía está vinculada con la efectividad de otros derechos fundamentales. Asimismo, destacó la obligación estatal de respetar y cumplir los compromisos asumidos en tratados internacionales.

En el Exp. 00018-2015-AI/TC, precisó el contenido constitucionalmente protegido del derecho, al señalar que incluye la seguridad jurídica de la tenencia y proscribe la privación arbitraria de la vivienda, lo que reforzó la importancia del principio de legalidad en las actuaciones administrativas (Tribunal Constitucional del Perú, 2015). En los Exps. 00001-2021-CC/TC y 00004-2021-CC/TC (acumulados), reafirmó el principio de progresividad, al exigir que el Estado adopte medidas concretas para garantizar el derecho, y subrayó la relevancia de las políticas públicas orientadas a la vivienda de interés social, a través de la aplicación de los criterios de adecuación del Comité DESC (Tribunal Constitucional del Perú, 2021).

En el Exp. 00001-2024-AI, se analizó la inclusión de la vivienda de interés social en la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible y se delimitó el rol rector del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en la implementación de programas VIS, así como las competencias municipales en licencias y habilitaciones. Finalmente, en el Exp. 01251-2013-AA/TC, se vinculó el derecho a la vivienda con la dignidad humana, la protección al consumidor y el acceso a servicios públicos básicos, al señalar que una vivienda adecuada requiere la provisión efectiva de dichos servicios (Tribunal Constitucional del Perú, 2024).

3. Competencias institucionales en materia de licencias de construcción

En el marco del ordenamiento jurídico peruano, las licencias de construcción son autorizaciones administrativas emitidas por las municipalidades para la ejecución de obras de edificación, siempre que cumplan con las condiciones técnicas y legales establecidas en el Reglamento Nacional de Edificaciones (MVCS, 2006) y en la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (Congreso de la República, 2007). Las facultades municipales incluyen la evaluación, el otorgamiento, la fiscalización y, en casos justificados, la suspensión de licencias, pero dichas atribuciones se encuentran limitadas por el principio de legalidad administrativa. El Tribunal Constitucional ha señalado que no es posible imponer revisiones generales o suspensiones masivas de licencias válidamente otorgadas, ya que ello vulnera la seguridad jurídica y los derechos de los administrados (STC Exp. 00018-2015-AI, 2015).

Por su parte, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) ejerce competencias normativas y de supervisión, al definir estándares técnicos a través del Reglamento Nacional de Edificaciones y administrando el Registro Nacional de Revisores Urbanos. Estas funciones aseguran la uniformidad técnica y la coordinación intergubernamental, sin sustituir la competencia directa de las municipalidades para emitir licencias (Congreso de la República, 2014; MVCS, 2013). La jurisprudencia constitucional ha resuelto conflictos de competencias entre municipalidades y el MVCS, al establecer que, aunque los gobiernos locales tienen autonomía en la gestión del desarrollo urbano, esta debe ejercerse de manera coherente con las políticas nacionales y respetando los límites establecidos en la ley (STC Exp. 00001-2024-AI, 2024).

4. Protección del derecho a la vivienda en contextos de vivienda de interés social (VIS)

La vivienda de interés social (VIS) constituye una herramienta central en las políticas públicas para garantizar el derecho a una vivienda adecuada a sectores de menores ingresos, en cumplimiento de los estándares internacionales y nacionales. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) (1991), en su Observación General nº 4, la adecuación de la vivienda incluye elementos como la seguridad jurídica de la tenencia, la habitabilidad, la asequibilidad, la disponibilidad de servicios, la accesibilidad, la ubicación y la adecuación cultural. En el plano normativo nacional, la Ley 30156 asigna al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) la rectoría en el diseño e implementación de programas VIS, y el Decreto Supremo

010-2014-VIVIENDA regula los mecanismos de financiamiento y subsidio para facilitar el acceso a este tipo de vivienda (MVCS, 2014). El Reglamento Nacional de Edificaciones establece los estándares técnicos mínimos de calidad, seguridad y habitabilidad que deben cumplir estos proyectos (MVCS, 2006).

La seguridad jurídica en los proyectos VIS es fundamental para garantizar la confianza de los inversionistas y la protección de los beneficiarios. El Tribunal Constitucional, en expedientes como el 00018-2015-AI/TC y el 00001-2024-AI/TC, ha señalado que las municipalidades no pueden suspender o revisar de manera arbitraria licencias válidamente otorgadas, ya que ello vulnera el principio de seguridad jurídica, afecta el desarrollo de proyectos habitacionales y restringe el acceso a la vivienda, especialmente de las poblaciones más vulnerables. En este sentido, la protección del derecho a la vivienda en el marco de programas VIS requiere la articulación de políticas públicas, la observancia estricta de estándares técnicos y legales, y la garantía de estabilidad administrativa para que las inversiones y los proyectos puedan concretarse en beneficio de la población objetivo.

De la jurisprudencia analizada se desprende un estándar operativo para la fiscalización posterior de licencias por parte de los gobiernos locales: dicha fiscalización debe circunscribirse a supuestos de verificación puntual de requisitos y condiciones técnicas, sustentada en una motivación individualizada y proporcional a la irregularidad detectada. En ningún caso la revisión puede implicar la suspensión generalizada de expedientes ya aprobados sin una base legal expresa ni coordinación con el MVCS. Este último conserva la competencia exclusiva para declarar la nulidad de licencias y adoptar medidas correctivas de alcance sectorial, mientras que la actuación municipal debe orientarse a la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que evitará invadir funciones de rectoría sectorial.

IV. RESULTADOS

Expediente 00001-2024-AI/TC

La sentencia del Tribunal Constitucional (2024) en el Expediente 00001-2024-AI/TC resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra la Ordenanza Municipal nº 610/MM de la Municipalidad de Miraflores. Dicha ordenanza establecía la fiscalización posterior del 100 % de los informes técnicos favorables emitidos por revisores urbanos, así como la suspensión de licencias de edificación y el inicio de obras mientras el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) resolvía un eventual pedido de nulidad.

El Tribunal concluyó que, si bien la municipalidad puede fiscalizar en el marco de sus competencias, no puede suspender licencias otorgadas con base en informes de revisores urbanos, ya que la nulidad de dichos informes es competencia exclusiva del MVCS. La suspensión automática excedía el marco legal y afectaba el principio de seguridad jurídica, al interrumpir actos administrativos firmes sin cumplir los supuestos de la Ley 29090. Además, la medida podía impactar negativamente en el derecho a la vivienda adecuada, especialmente en proyectos de vivienda de interés social (VIS), protegidos tanto por la Constitución como por compromisos internacionales del Estado peruano en el marco del PIDESC.

Expediente 00004-2021-CC/TC

El Expediente 00004-2021-CC/TC del Tribunal Constitucional del Perú (2021) corresponde a un proceso competencial iniciado entre la Municipalidad Provincial de Arequipa y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), en el que se discute el alcance de las facultades municipales en materia de licencias de edificación. El conflicto se originó cuando la municipalidad dispuso la suspensión y revisión de licencias otorgadas con base en informes técnicos favorables emitidos por revisores urbanos, bajo el argumento de la existencia de presuntas irregularidades. El MVCS cuestionó esta medida al sostener que la declaración de nulidad de dichos informes es una competencia exclusiva suya, conforme a lo establecido en la Ley 29090 y en la normativa que regula la actuación de los revisores urbanos.

El Tribunal Constitucional (2021) resolvió que, si bien la municipalidad cuenta con la facultad de realizar la fiscalización posterior dentro de su ámbito de competencias, carece de atribuciones para suspender de manera automática licencias de edificación o para declarar la nulidad de los informes técnicos favorables emitidos por revisores urbanos. Este actuar excede los límites legales y vulnera el principio de seguridad jurídica, al afectar la estabilidad y previsibilidad de actos administrativos firmes sin respetar los procedimientos establecidos. Asimismo, la suspensión indiscriminada de licencias y obras tiene un impacto potencialmente negativo sobre proyectos de construcción, en particular sobre las viviendas de interés social (VIS), lo que afecta con ello el derecho a una vivienda adecuada, derecho reconocido tanto por la Constitución como por compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Este caso, al igual que otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional (2021), reafirma la distribución de competencias entre gobiernos locales y el

MVCS, al subrayar que la potestad municipal de fiscalizar no puede traducirse en medidas que interfieran con atribuciones exclusivas de otros niveles de gobierno. La fiscalización posterior del 100 % de expedientes, tal como fue planteada por la municipalidad, excede lo previsto en la Ley 29090 y resulta incompatible con el principio de legalidad administrativa. En consecuencia, la decisión del Tribunal delimita claramente el marco en el que las municipalidades pueden actuar, lo que protege no solo la coherencia del sistema normativo, sino también derechos fundamentales vinculados con el acceso a la vivienda y la seguridad jurídica en los procedimientos de construcción.

Expediente 00007-2012-AI/TC

El Expediente 00007-2012-AI/TC del Tribunal Constitucional del Perú (2012) corresponde a un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos artículos de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, modificada por la Ley 29476. La demanda cuestiona, principalmente, la figura de los revisores urbanos y las atribuciones conferidas para aprobar proyectos de edificación y habilitación urbana, al alegar que esta delegación de funciones administrativas a profesionales privados vulnera el principio de reserva de ley, la seguridad jurídica y la competencia exclusiva de las municipalidades en materia de otorgamiento de licencias. El Tribunal Constitucional, al resolver, reconoció que el modelo de revisores urbanos es compatible con la Constitución siempre que sus funciones se limiten a emitir un informe técnico favorable y que la decisión final sobre la licencia recaiga en la autoridad municipal competente. No obstante, precisó que los revisores urbanos actúan bajo supervisión del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) y que solo este puede declarar la nulidad de sus informes, lo que reafirma una delimitación clara de competencias entre el MVCS y los gobiernos locales.

Además, en su análisis, el Tribunal advirtió que cualquier intento de las municipalidades de suspender licencias o anular informes de revisores urbanos de manera unilateral excedería sus atribuciones y atentaría contra el principio de seguridad jurídica, lo que afectaría la estabilidad de actos administrativos ya emitidos. Por otro lado, subrayó que las medidas que obstaculicen la ejecución de proyectos de construcción, particularmente en el marco de las viviendas de interés social (VIS), podrían vulnerar el derecho a una vivienda adecuada, protegido por la Constitución y por instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En suma, el fallo estableció una línea jurisprudencial sobre el equilibrio necesario entre la autonomía municipal y la rectoría nacional del MVCS en materia de

licencias de construcción, al remarcar que la fiscalización posterior no debe convertirse en un mecanismo que detenga o anule indebidamente proyectos, ya que ello puede afectar derechos fundamentales y generar inseguridad en la inversión inmobiliaria y en el acceso a la vivienda.

Expediente 00018-2015-AI/TC

El Expediente 00018-2015-AI/TC del Tribunal Constitucional del Perú (2015) corresponde a un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos artículos de la Ley 30230, norma que, entre otros aspectos, modificó disposiciones vinculadas al régimen de habilitaciones urbanas, licencias de edificación y facultades de fiscalización de los gobiernos locales. La demanda cuestiona que las modificaciones otorgaban amplias prerrogativas para que determinados proyectos inmobiliarios y de infraestructura se ejecutaran con procedimientos más expeditivos, lo que, a juicio de los demandantes, debilitaba la capacidad de control municipal, afectaba el principio de autonomía local y podía derivar en vulneraciones a derechos fundamentales como el derecho a un ambiente equilibrado y a la seguridad jurídica de los administrados. El Tribunal Constitucional, al resolver, reconoció que el legislador tiene facultades para establecer procedimientos diferenciados cuando ello responde a fines legítimos de política pública, como la promoción de la inversión o la agilización de trámites, siempre que no se vacíen de contenido las competencias constitucionalmente reconocidas a los gobiernos locales. Sin embargo, advirtió que dichas reformas no pueden permitir la suspensión o inaplicación de procedimientos esenciales de fiscalización que garanticen el cumplimiento de las normas técnicas y urbanísticas, ni habilitar la ejecución de obras que contravengan la planificación territorial aprobada.

En su argumentación, el Tribunal Constitucional subrayó que la distribución de competencias entre el Estado y los gobiernos locales en materia de licencias de construcción debe respetar los límites fijados por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades. Recordó que los municipios tienen el deber de resguardar el ordenamiento territorial y la seguridad de las edificaciones, y que cualquier restricción a estas funciones debe estar debidamente justificada, ser proporcional y no generar inseguridad jurídica. Asimismo, resaltó que la implementación de procedimientos sumarios no puede implicar la desprotección de derechos fundamentales, especialmente en casos vinculados a viviendas de interés social (VIS), donde el acceso a una vivienda adecuada se encuentra protegido por la Constitución y por instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En definitiva, la sentencia delimitó el alcance de las reformas introducidas por la Ley 30230, al reafirmar que la agili-

zación administrativa no puede traducirse en un vaciamiento de las competencias municipales ni en un debilitamiento de las garantías que aseguran la legalidad, la seguridad jurídica y el respeto de los derechos fundamentales vinculados a la planificación urbana y a la vivienda.

Implicaciones para la vivienda de interés social (VIS) y la política pública

La jurisprudencia constitucional revisada permite extraer lineamientos de política pública aplicables a la gestión de licencias de edificación y a la fiscalización de proyectos de vivienda de interés social (VIS). En primer lugar, se consolida el principio de estabilidad administrativa mínima, que impide la suspensión automática y generalizada de licencias ya otorgadas, lo que garantiza así la continuidad de las inversiones y la ejecución de obras destinadas a la población de menores ingresos. La anulación de licencias, cuando proceda, debe canalizarse por las vías y competencias expresamente atribuidas al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), para evitar que las municipalidades adopten medidas de carácter masivo que vulneren la seguridad jurídica y la confianza legítima.

En segundo lugar, se refuerza la necesidad de una coordinación efectiva entre el MVCS y los gobiernos locales, al reconocer el rol del Reglamento Nacional de Edificaciones (RNE) y de los revisores urbanos como herramientas de control técnico, pero al establecer criterios claros para determinar cuándo corresponde la supervisión sectorial. Esta articulación interinstitucional permite optimizar recursos, evitar duplicidad de funciones y garantizar un control oportuno sin paralizar de forma innecesaria los proyectos VIS.

Finalmente, el principio de progresividad exige que las políticas de vivienda se desarrollen con indicadores verificables, metas específicas y cronogramas definidos, a fin de evaluar objetivamente los avances en el acceso a una vivienda adecuada. Tales indicadores deben considerar la reducción de la brecha habitacional, la agilización de trámites administrativos y la priorización de proyectos destinados a sectores vulnerables, lo cual asegura que las decisiones administrativas y judiciales contribuyan de manera efectiva a la satisfacción de este derecho fundamental.

V. ANÁLISIS

El análisis integral de todas las sentencias revisadas revela que el Tribunal Constitucional peruano ha consolidado una línea jurisprudencial robusta sobre el derecho fundamental a la vivienda adecuada, al vincularlo directamente con la dignidad humana, el principio de igualdad material y el libre desarrollo de la

personalidad. Este derecho se concibe en clave constitucional e internacional, en concordancia con tratados como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Declaración Universal de Derechos Humanos y diversos instrumentos especializados como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la CEDAW. La jurisprudencia identifica dos dimensiones esenciales: el acceso sin discriminación e igualdad de condiciones a una vivienda adecuada y la proscripción de su privación arbitraria o ilegal. Además, incorpora el concepto de «adecuación» desarrollado por el Comité DESC, que abarca factores como la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, la habitabilidad, la asequibilidad, la ubicación y la adecuación cultural.

En materia de políticas públicas, el Tribunal Constitucional ha señalado que la progresividad de este derecho no legitima la inacción estatal; por el contrario, exige la adopción de medidas concretas, evaluables y en plazos razonables para garantizarlo, especialmente a través de programas de vivienda de interés social (VIS). La inclusión de la VIS en la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible y su articulación con las competencias del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) se consideran herramientas clave para reducir el déficit habitacional, lo que prioriza a sectores vulnerables y promueve edificaciones en suelo urbano consolidado con servicios e infraestructura adecuados.

Asimismo, las resoluciones analizadas abordan las competencias municipales en materia de licencias de construcción, al precisar los límites de la fiscalización posterior y los conflictos competenciales con el MVCS. El Tribunal enfatiza que las actuaciones municipales deben respetar el principio de legalidad y la seguridad jurídica, para evitar la suspensión irregular de licencias que podría afectar la estabilidad de actos administrativos firmes y, con ello, el derecho a la vivienda adecuada, particularmente en proyectos VIS. En suma, la doctrina constitucional peruana ha avanzado hacia una interpretación integral y garantista del derecho a la vivienda, al integrar estándares internacionales, límites competenciales claros y una exigencia de efectividad en la acción estatal.

VI. CONCLUSIÓN

La conclusión que se desprende del análisis desarrollado en el artículo es que el derecho a la vivienda adecuada, reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por el Perú, exige una protección efectiva que combine la acción coordinada de las municipalidades y del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) dentro de un marco de competencias claramente

delimitado. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que la vivienda no solo es un espacio físico, sino un componente esencial de la dignidad humana, cuya garantía implica condiciones de seguridad jurídica, habitabilidad, accesibilidad y adecuación cultural.

En este sentido, la suspensión arbitraria o la revisión indiscriminada de licencias de construcción emitidas conforme a ley vulnera principios fundamentales como la seguridad jurídica y afecta de manera directa a los proyectos de vivienda de interés social (VIS), lo que obstaculiza el acceso de la población más vulnerable a un hogar digno. La línea jurisprudencial revisada confirma que la progresividad del derecho a la vivienda no puede ser pretexto para la inacción estatal, sino que impone la obligación de adoptar medidas concretas, coherentes con los estándares internacionales y con un enfoque de equidad.

Finalmente, se concluye que garantizar el derecho a la vivienda adecuada en el Perú requiere no solo un marco legal robusto, sino también una gestión pública eficaz y respetuosa de los límites competenciales, que priorice la estabilidad de los actos administrativos y fomente la inversión en proyectos habitacionales sostenibles, lo cual asegura así que este derecho fundamental sea una realidad tangible para toda la ciudadanía peruana.

BIBLIOGRAFÍA

Christensen, Å. (2024). Urban land tenure security in Namibia: A comparative perspective. Aalborg University Open Publishing. https://doi.org/10.54337/aau752404668

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (5 de noviembre de 2024). Reducción del déficit habitacional en América Latina y el Caribe a través de fuentes estadísticas de información (WUF12). https://plataformaurbana.cepal.org/es/actividad/reduccion-del-deficit-habitacional-en-america-latina-y-el-caribe-traves-de-fuentes

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991). *El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1). Observación general nº 4*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.refworld.org/es/ref/infortem/cescr/1991/es/133015

Congreso de la República. (1993). *Constitución Política del Perú*. https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Constitucion-Politica-del-Peru-1993.pdf

Congreso de la República. (2003). *Ley 27972. Ley Orgánica de Municipalidades*. Diario Oficial *El Peruano*. https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=28

Congreso de la República. (2007). *Ley 29090. Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones*. Diario Oficial *El Peruano*. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29090.pdf

Congreso de la República. (2014). *Ley 30156. Ley de organización y funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento*. Diario Oficial *El Peruano*. https://ww3.vivienda.gob.pe/ministerio/Ley-30156-2014.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de junio de 2005). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia (Fondo, reparaciones y costas)*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

De Sousa Gustin, M. B. y Gonçalves Tavares, R. L. G. (2021). A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy como modelo analítico do direito social à moradia: Argumentos de princípio no campo de referência de sua aplicabilidade imediata. *Quaestio Iuris, 14*(4), 2051–2080. https://doi.org/10.12957/rqi.2021.57751

Fondo Mivivienda S.A. (19 de noviembre de 2002). *Marco legal del Bono Familiar Habitacional*. https://www.gob.pe/36604-fondo-mivivienda-s-a-marco-legal-del-bono-familiar-habitacional

Gallego-Lizón, T., Silva de Anzorena, M. P., Libertun de Duren, N. R. y Guerrero, J. (Eds.). (2022). Housing Forum 2022: Resilient solutions to reduce the housing deficit in Latin America and the Caribbean. Banco Interamericano de Desarrollo. https://doi.org/10.18235/0004465

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2024). Déficit habitacional. En *Encuesta nacional de programas presupuestales 2024* (pp. 121-126). https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib2027/cap12.pdf

Leijten, I. y De Bel, K. (2020). Facing financialization in the housing sector: A human right to adequate housing for all. *Netherlands Quarterly of Human Rights, 38*(2), 93–111. https://doi.org/10.1177/0924051920923855

Lemos, E. P. y Silva, A. M. (2021). Efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas sob a óptica da teoria de Robert Alexy. *Revista do Direito Público, 16*(1), 70–84. https://doi.org/10.5433/1980-511X.2021v16n1p70

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2006). *Reglamento Nacional de Edificaciones*. https://ww3.vivienda.gob.pe/ejes/vivienda-y-urbanismo/documentos/Reglamento%20Nacional%20de%20Edificaciones.pdf

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (4 de mayo de 2013). *Decreto Supremo 008-2013-VIVIENDA. Reglamento del Registro Nacional de Revisores Urbanos*. Diario Oficial *El Peruano*. https://munimollendo.gob.pe/images/stories/muniweb/transparencia/10.2.1_instrumentos_de_gestion/DS-008-2013-vivienda-pub-04-05-2013.pdf

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2014). *Decreto Supremo 010-2014-VIVIENDA. Reglamento de organización y funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento*. https://ww3.vivienda.gob.pe/OAC/documentos/DS-010-2014-VIVIENDA.pdf

MINURVI. (2024). *Anuario de la vivienda de América Latina y el Caribe 2024*. https://anuarioviviendalac.com/home/uploads/(ES)%20Anuario%20Vivienda%20LAC%202024.pdf

Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/ABCannexessp.pdf

Naciones Unidas. (18 de diciembre de 1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women

Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. https://www.plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/convencion-derechos-del-nino

Naciones Unidas. (13 de diciembre de 2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. https://sid-inico.usal.es/la-convencion-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/

Tribunal Constitucional del Perú. (2012). *Sentencia del Expediente 00001-2012-PI/TC. Fiscal de la Nación contra el Gobierno Regional de Cajamarca*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00001-2012-AI.html

Tribunal Constitucional del Perú. (26 de octubre de 2012). *Sentencia 00007-2012-PI/TC. Demanda del Colegio de Abogados del Callao contra la*

Ley 29625, devolución de aportes del FONAVI). https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00007-2012-AI.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2013). *Sentencia del Expediente 00011-2013-PI/TC. Colegio de Abogados de Lima Norte contra Congreso de la República*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.html

Tribunal Constitucional del Perú. (2015). *Sentencia del Expediente 00018-2015-PI/TC. Ciudadanos contra Congreso de la República*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00018-2015-AI.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (5 de marzo de 2020). *Sentencia 0018-2015-PI/TC. Caso del Tercero de Buena Fe contra la Ley 30313*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/0018-2015-AI.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2021). *Auto del Expediente 00001-2021-PCC/TC y Expediente 00004-2021-PCC/TC. Municipalidad Distrital de Barranco – Lima y Municipalidad Metropolitana de Lima*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/00001-2021-CC%20Resolucion.htm#:~:text=La%20sentencia%20del%20Tribunal%20vincula,o%20actos%20viciados%20de%20incompetencia.

Tribunal Constitucional del Perú. (9 de mayo de 2023). *Sentencia 00001-2021-PCC/TC y 00004-2021-PCC/TC (acumulados). Caso de los parámetros urbanísticos II*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00001-2021-CC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (30 de enero de 2024). *Auto de admisibilidad del Expediente 00001-2024-PI/TC. Defensoría del Pueblo*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/00001-2024-AI%20Admisibilidad.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (3 de diciembre de 2024). *Sentencia 00001-2024-PI/TC. Caso de la Ordenanza Municipal 610/MM sobre expedientes de obras privadas con informe técnico de revisores urbanos*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/00001-2024-AI.pdf

UNDRR. (2023). *Overview of disasters in Latin America and the Caribbean 2000–2022*. https://www.undrr.org/publication/overview-disasters-latin-america-and-caribbean-2000-2022#:~:text=This%20regional%20disaster%20report%20for,highest%20physical%20exposure%20to%20hazards

UNDRR. (2024). *Regional assessment report on disaster risk in Latin America and the Caribbean (RAR 24)*. https://www.undrr.org/RAR24LAC

UN-Habitat. (2025). *Tenure security for housing: Intersessional thematic meeting, June 25th 2025 – Background document (Version 20.6.2025)*. https://

unhabitat.org/sites/default/files/2025/06/tenure_security_-_background_paper_and_draft_recommendations.pdf

United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights. (1966). *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. https://sthelenaehrc.org/international-covenant-of-economic-social-cultural-rights/#:~:text=The%20International%20Covenant%20on%20Economic,(ESCR)%20to%20its%20citizens.

Recibido: 28-08-2025
Aprobado: 13-01-2026

El derecho a la educación como derecho cultural en lo relativo a la lengua. Un abordaje de la polémica de 2023 sobre el libro de texto Nuestros saberes: libro para alumnos, maestros y familia de primer grado de primaria

The right to education as a cultural right in relation to language. An approach to the 2023 controversy over the textbook Our Knowledge: A Book for First-Grade Primary Students, Teachers, and Families

✍ Manuel de J. Jiménez Moreno*
✍ Patricio Rodríguez Morales**

Resumen

El presente artículo examina el derecho a la educación desde su dimensión cultural, con énfasis en la lengua como vehículo fundamental de transmisión y apropiación de saberes. Para ello, se establece primero la relación conceptual

* Doctor en Estudios Latinoamericanos (área literatura y crítica literaria) y maestro en Derecho por la UNAM. Es Doctor honoris causa por la Universidad Ricardo Palma de Perú. Académico de Tiempo Completo definitivo en la Facultad de Derecho de la UNAM y nivel 1 del SNI. Sus líneas de investigación son: derecho y literatura en América Latina, retórica y hermenéutica jurídica, y exigibilidad de derechos culturales. Código ORCID: 0000-0003-2061-6905. Correo electrónico: mjimenezm2@derecho.unam.mx

** Licenciado en Derecho por la UNAM. Es asistente de investigación en el SNI desde 2024. Sus líneas de investigación son: libertad de expresión, presunción de inocencia y garantías penales en el contexto latinoamericano. Código ORCID: 0009-0008-6067-0395. Correo electrónico: patriciorodriguez2000@hotmail.com

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 20, 2025, julio-diciembre, pp. 87-106.

entre derecho a la cultura y derecho a la educación, entendiendo a este último no solo como un medio de instrucción formal, sino como un espacio de construcción identitaria y de acceso a recursos culturales. En este marco, se analiza la polémica de un libro de texto gratuito correspondiente al ciclo escolar 2023-2024. La discusión, atravesada por posturas jurídicas, lingüísticas y políticas, permite observar la tensión entre políticas estatales y las demandas de pluralidad cultural y lingüística de la sociedad mexicana.

Palabras clave

derecho a la educación; derecho a la cultura; análisis del discurso; cultura de los derechos humanos; libros de texto de la SEP.

Abstract

This article examines the right to education from its cultural perspective, with an emphasis on language as a fundamental vehicle for the transmission and appropriation of knowledge. To this end, it first establishes the conceptual relationship between the right to culture and the right to education, understanding the latter not only as a means of formal instruction but also as a space for identity construction and access to cultural resources. Within this framework, it analyzes the controversy surrounding a free textbook for the 2023-2024 school year. The discussion, interwoven with legal, linguistic, and political positions, reveals the tension between state policies and the demands of Mexican society for cultural and linguistic plurality.

Keywords

right to education; right to culture; discourse analysis; human rights culture; SEP textbooks.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** DERECHO A LA CULTURA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN. **III.** EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO CULTURAL. **IV.** A MANERA DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo, analizaremos el rol del derecho a la cultura en relación con el derecho a la educación. Ambas prerrogativas guardan estrechos vínculos en cuanto al desarrollo del individuo en sociedad. Específicamente, el derecho a la educación permite que las personas puedan adquirir el acceso a bienes culturales y a un proceso de identificación propia en sociedad. Los esfuerzos por entender las dimensiones de la educación han llevado a la creación de planes de estudio y materiales que fomenten un aprendizaje cultural suficiente en las escuelas mexicanas.

Uno de estos esfuerzos se vio materializado en el libro *Nuestros saberes: libro para alumnos, maestros y familia* de primer grado de primaria en 2023. La Secretaría de Educación Pública mexicana incluyó en este texto una sección sobre las variaciones lingüísticas existentes en el país que, bajo estándares formalistas, son incorrectas. Desde la oposición y los medios hubo reacciones que cuestionaban la calidad de los materiales, acusando a las autoridades de poner en riesgo el derecho a la educación de todos los alumnos de primer grado de primaria en el país. De allí salió un acelerado debate sobre si enseñar y cómo habría que enseñarles estas expresiones «incorrectas» **a niños y niñas. Sin embargo, hubo mucho que se quedó fuera del debate, específicamente los aspectos pertinentes sobre el derecho a la educación y a la cultura.**

II. DERECHO A LA CULTURA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN

En esta sección, analizaremos la interrelación entre el derecho humano a la educación y el derecho humano a la cultura. Debemos entender que ambos derechos guardan vínculos cercanos y, como es común en el marco de los derechos fundamentales, las falencias en el debido goce y ejercicio de uno afectan directamente al goce y ejercicio del otro. Por lo tanto, debemos analizar brevemente cada derecho por separado y luego estudiar los contextos en los que se relacionan y pueden llegar hasta a colisionar.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 13, define y reconoce el derecho a la educación de la siguiente manera:

> La educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Esta definición señala las obligaciones específicas de los países firmantes. Estos no solo deben proveer las condiciones institucionales y sociales para que las personas puedan recibir educación, sino que el contenido de los planes de estudio debe tener una orientación específica hacia la promoción de los derechos humanos y la tolerancia.

Por su parte, el artículo 3 de la Constitución mexicana establece lo siguiente con respecto al derecho a la educación: «Corresponde al Estado la rectoría de la educación, la impartida por éste, además de obligatoria, será universal, inclusiva, pública, gratuita y laica». Asimismo, el párrafo 12 del artículo mencionado señala los principios que deben regir sobre los planes de estudio elaborados por el Estado: tendrá perspectiva de género, será democrático, nacional, equitativo, inclusivo, integral, intercultural y de excelencia. Para efectos de este artículo, debemos resaltar el principio de interculturalidad en la educación que se define como «[la obligación] de promover la convivencia armónica entre personas y comunidades para el respeto y reconocimiento de sus diferencias y derechos, en un marco de inclusión social». Por lo tanto, podemos afirmar que en la legislación mexicana e interamericana existen elementos de sobra que determinan qué y qué no debe enseñarse como parte de los planes de estudio.

Por otro lado, el derecho a la cultura está definido y reconocido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de la siguiente forma:

a) Participar en la vida cultural;
b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Asimismo, se agrega que, «entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura». Al igual que el de la educación, el derecho humano a la cultura obliga a los Estados firmantes a tener un rol activo en la planificación y promoción de eventos culturales incluyentes para toda la población. Solo así podemos afirmar que el derecho a la cultura está debidamente garantizado bajo los criterios del Pacto.

En relación con ello, el artículo 4 de la Constitución mexicana establece en su párrafo 14 lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus

> manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Entre otras cosas, el Estado tiene la obligación de promover el derecho de acceso a la cultura, esto es, ofrecer a las personas bienes y servicios culturales y, por otra parte, garantizar que los sujetos culturales participen y ejerzan sus respectivos derechos atendiendo a su libertad creativa y otros parámetros. Además, el texto reconoce que un país multicultural como México debe considerar la diversidad en cuanto a productos culturales existentes dentro de su territorio[1].

En este mismo orden de ideas, hay que tener en cuenta lo expresado por la Relatoría Especial sobre el derecho a la educación (2021):

> Las vulneraciones de los derechos lingüísticos o de los derechos a la memoria, o una visión sesgada que invisibiliza a ciertas comunidades y sus contribuciones, son graves y tienen efectos nefastos a través de las generaciones, especialmente cuando se enseñan diferentes narrativas a diferentes comunidades. (p. 4)

Esto quiere decir que el Estado mexicano debe promover todas las expresiones y bienes culturales por igual, sin preferir unas sobre otras en cuanto a los recursos monetarios y de organización que se invierten en ellas. Una vez definido brevemente el contenido de ambos derechos, ahora podemos ver cómo se relacionan e influyen uno sobre otro.

III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO CULTURAL

La Relatoría Especial sobre el derecho a la educación (2021) considera a los espacios de enseñanza como lugares idóneos para permitir el desarrollo del derecho a la cultura de las personas, tal como lo expresa en las siguiente líneas:

---

1 Sobre la aproximación doctrinaria a este derecho, hay que considerar que en México no se cuenta con una amplia bibliografía, pero sí algunas obras al respecto. Se puede considerar varias perspectivas y abordajes disciplinares. Existe una visión dogmática y normativista en Dorante Díaz (2004) y Guerrero García (2024). Otra visión que se vincula más con los enlaces entre derecho y patrimonio cultural es la de Cacho Pérez (2018). Desde el punto de vista de la economía global, se tiene a Sánchez Cordero (2021) y, desde la perspectiva del derecho internacional, a Sánchez Cordero (2024). Del mismo modo, hay una perspectiva desde la antropología: Cottom (2015), también se ha trabajado en el ámbito local de la Ciudad de México, que tiene un marco legal significativo: Cottom (2018) y Flores Déleon (2018).

> Entender el derecho a la educación como derecho cultural significa que toda persona tiene derecho a: acceder a todos los recursos culturales necesarios para desarrollar libremente su propio proceso de definición de la identidad; experimentar relaciones mutuamente gratificantes a lo largo de toda la vida; afrontar los desafíos cruciales a que se enfrenta el mundo; y participar en prácticas que le permitan hacer suyos los recursos culturales y contribuir a ellos. (p. 8)

Esto supone que la educación no se limita a la transmisión estricta de conocimientos, sino que se constituye como un espacio de conocimiento cultural y personal. En este sentido, la educación es un vehículo para acceder, de manera general, a contenidos culturales que son esenciales y cotidianos en la vida de las personas.

Así, la Relatoría agrega que «ser instruido y estar instruido supone tener acceso al ámbito cultural y participar en él, pero también interactuar con las personas, las comunidades y las instituciones, y disfrutar de modos de transmisión adecuados» (2021, p. 5). Los medios más básicos de acceso a dicho ámbito son, por ejemplo, la enseñanza de la lectoescritura. Resulta evidente que una persona en situación de analfabetismo tendrá serias dificultades para acceder a bienes culturales como libros o periódicos.

Esta problemática remite necesariamente a los modelos del siglo XX, periodo en el que se desarrollaron grandes campañas de alfabetización en el país con el fin de llevar un tipo de cultura a regiones alejadas de la geografía nacional. A modo de ejemplo, se tiene una de las campañas iniciales en el siglo XX mexicano, que fue llevada a cabo por José Vasconcelos:

> El primer intento de construir el proyecto alternativo del que hablaba aquel discurso fue una gran campaña de alfabetización. Como Vasconcelos no estaba facultado por la ley para construir dicha campaña, se saltó la ley. Como no tenía presupuesto para organizarla, decidió hacer una convocatoria masiva de voluntarios. De esa manera desafió al Estado e intentó que su llamamiento por la construcción de un sentido alternativo del arte y la cultura adquiriera el carácter de un movimiento de masas. En ese camino, intentó que la campaña de alfabetización le diera a la Universidad una vocación de verdad nacional. Los voluntarios de la campaña formaron el prototipo de los maestros que después se organizarían en torno a la nueva Secretaría. La campaña serviría como primera propedéutica en el intento de hacer que los jóvenes artistas de la capital viajaran y se comprometieran en labores con las que descubrirían el rosto oculto del país. (Mondragón Velázquez, 2023, p. 97)

Al día de hoy, además de lo anterior, las brechas se observan en la necesidad de garantizar una buena conexión a internet y el manejo de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial (IA). Sin embargo, las complejidades sociales y culturales del Estado contemporáneo nos obligan a tener una visión más expansiva de lo que significa tener un acceso pleno a la cultura.

Para ello, debemos resaltar el rol de la educación en la garantía efectiva del derecho cultural a la identidad. Al respecto, Fernández (2004) señala lo siguiente:

> Es porque de la educación depende la identidad —el existir propiamente humano— que tiene que preverse una prestación estatal, una dotación, y esta prestación tiene que respetar las libertades de los actores para permitir la identificación libre. Como derecho cultural la educación aparece, ante todo, como el instrumento de la auto-donación de sentido, como el lugar del 'aprender a ser'. (p. 268)

En efecto, esta perspectiva nos obliga a considerar a la educación en el contexto de los derechos culturales no solo como un medio para acceder a bienes culturales específicos, sino como un proceso fundamental en la construcción de la identidad individual y colectiva.

Resulta difícil, entonces, mantener una postura puramente formalista de la educación, en la cual el único fenómeno que ocurre en las aulas sea una transmisión de conocimiento únicamente enfocado en la preparación profesional de los alumnos. Esta noción reduccionista de la enseñanza oficial fue criticada desde la segunda mitad del siglo XX. En el contexto latinoamericano, por ejemplo, se puede considerar la idea de «educación bancaria», sobre la cual Freire (2005) comenta lo siguiente:

> En esta visión 'bancaria' de la educación, los hombres sean vistos como seres de la adaptación, del ajuste. Cuanto más se ejerciten los educandos en archivo de los depósitos que les son hechos, tanto menos desarrollarán en sí la conciencia crítica de la que resultaría su inserción en el mundo, como transformadores de él. (pp. 80-81)

Por consiguiente, un programa educativo que asuma estos procesos de aprendizaje complejos y profundos debe mantener estándares estrictos en cuanto a los contenidos y las posturas que se presentan en el aula. Por ejemplo, la preferencia de una ideología política o creencia religiosa por sobre otra puede causar inseguridades profundas en los alumnos que se encuentran fuera de la norma. Aprender en la escuela que partes fundamentales de uno mismo son «malas» o «incorrectas» puede afectar gravemente el desarrollo intelectual y social de los menores de edad.

Sin embargo, ahí no está el único peligro de un plan de estudios ideológicamente desbalanceado. Los alumnos que caen dentro de la norma pueden fácilmente desarrollar prejuicios frente a «lo distinto». Al respecto, la Relatoría Especial sobre el derecho a la educación (2021) manifiesta lo siguiente:

> Las instituciones de enseñanza son lugares esenciales en los que debe desplegarse el potencial no solo de resistencia a la violencia y la discriminación, sino también de establecimiento de la paz mediante la participación de todos en diversos recursos culturales de calidad. Estos no deben ser un instrumento de división, propaganda y desprecio entre personas y comunidades. (p. 5)

Por lo tanto, los planes de estudio no deben ser diversos e incluyentes solamente para proteger el derecho a la identidad del alumnado, sino también para crear una cultura de la tolerancia e inclusión frente a quien es distinto.

Para la Relatoría Especial sobre el derecho a la educación (2021) existen cuatro condiciones esenciales para que la educación sea efectiva en su vertiente cultural. «La primera condición es que la disponibilidad de las instituciones y los programas educativos sea culturalmente adecuada y permita la participación de todos en los recursos culturales pertinentes y de calidad» (pp. 14-15). Entonces, que la educación sea adecuada se refiere a que las instituciones educativas fomenten e incluyan activamente todos los recursos y bienes culturales a su disposición.

Por otro lado, la segunda condición es la de accesibilidad. Esta se refiere a que las instituciones y programas educativos deben ser accesibles para todos, independientemente de su contexto y características. No obstante, el sistema educativo tampoco debe invisibilizar las diferencias entre los individuos, sino que debe reconocerlas y enfatizarlas para bien:

> Hay que tener en cuenta las distintas condiciones discriminatorias (distancia, lengua, género, origen social, pobreza, etc.) e invertir la lógica discriminatoria transformando los motivos de discriminación en motivos de valoración: es un valor ser niña, vivir en el campo, hablar otra lengua […]. (Relatoría Especial sobre el derecho a la educación, 2021, p. 15)

Además, los estándares de la materia exigen una tercera condición de aceptabilidad que podemos definir de la siguiente manera:

> La obligación de que, entre otras cosas, la forma y el contenido de la enseñanza, incluidos los planes de estudio y los métodos de enseñanza, sean

> aceptables para los estudiantes y los padres, y estén orientados a los fines y objetivos garantizados por el derecho internacional de los derechos humanos. (Relatoría Especial sobre el derecho a la educación, 2021, p. 15)

Bajo este criterio, es fundamental resaltar el rol de los padres de familia o tutores en los procesos educativos. Estos deben tener participación en la aceptación de planes de estudio que aprenden sus hijos. Una vez fuera de las aulas, los padres y tutores son quienes le dan seguimiento a lo enseñado y acompañan, en sus primeros años, a los alumnos en sus tareas. Si estos rechazan los contenidos por las diferencias culturales enfatizadas en ellos, será difícil que haya un compromiso de su parte.

Por último, tenemos la condición de adaptabilidad definida que «implica que la educación debe tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados» (Relatoría Especial sobre el derecho a la educación, 2021, p. 15). En contextos multiculturales como los que existen en América Latina, la diversidad exige que los contenidos y planes de estudio sean flexibles y consideren posibles modificaciones que permitan una cohesión mayor entre los alumnos y lo que aprenden.

Las condiciones de aceptabilidad y adaptabilidad plantean un reto interesante. Es posible que, por un lado, los padres se nieguen a que se enseñen determinados contenidos relacionados con los derechos humanos. Por ejemplo, es normal que exista rechazo a que niños de primaria reciban una educación sexual, rompiendo así con la condición de aceptabilidad; por otro lado, la condición de adaptabilidad podría permitir que determinados contenidos se supriman alegando diferencias culturales. Sin embargo, las enseñanzas que influyan directamente en la creación y promoción de una cultura de diversidad y derechos humanos no pueden modificar sus principios básicos para satisfacer las exigencias de terceros. Sin el ambiente de tolerancia y empatía que crea la promoción integral de los derechos humanos, hablar del derecho a la educación como derecho cultural resulta una clara contradicción.

En conclusión, podemos afirmar que la educación se desarrolla como un derecho cultural, siempre y cuando cumpla con condiciones específicas de pluralidad, tolerancia y cultura de los derechos humanos. Solo así las funciones de acceso a bienes culturales, construcción de la identidad y la creación de espacios que reconozcan la multiculturalidad y eviten la discriminación serán correctamente garantizadas. En este sentido, la Relatoría Especial sobre el derecho a la educación (2021) considera lo siguiente acerca de la educación intercultural:

> […] debe abordar todo el entorno de aprendizaje, así como otras dimensiones de los procesos educativos, como la vida escolar y la toma de decisiones en el medio escolar, la educación y la formación del profesorado, los planes de estudio, las lenguas de instrucción, los métodos de enseñanza y las interacciones entre los alumnos, así como los materiales didácticos. (p. 15)

Estas reflexiones nos obligan a cambiar nuestra perspectiva de lo que significa tener una educación integral, donde cada uno de los elementos institucionales, contextuales y jurídicos se deben combinar armónicamente.

3.1. Los libros de texto de la SEP del ciclo escolar 2023-2024

La Secretaría de Educación Pública de México hace entrega de libros de texto gratuitos a todas y todos los estudiantes de primaria en el país. Estos materiales son clave para unificar el plan de estudios a nivel nacional y dar a los profesores y alumnos recursos de calidad para acompañar sus clases. Históricamente, los libros de texto gratuitos han sido criticados con frecuencia por la calidad y elección de los contenidos que se enseñan a nivel nacional. Un enfoque desde la lingüística y el análisis del discurso ofrece una historia de las narrativas implícitas en los libros de texto, no ausente de polémicas. Diversos actores propiciaron dichas disputas; entre ellos, la Iglesia Católica, el Ejército, líderes empresariales, la Unión Nacional de Padres de Familia e intelectuales (García Agüero, 2021).

En el inicio del ciclo escolar 2023-2024, padres de familia y medios de comunicación criticaron una sección específica del libro de texto *Nuestros saberes: libro para alumnos, maestros y familia*, que en los años anteriores correspondía o estaba vinculado a la asignatura de Español y estaba dirigido al primer grado de primaria. El libro de Español, en los distintos grados y décadas, ha sido analizado considerando la identidad lingüística. El español como lengua de los mexicanos y las otras lenguas —es decir, las sesenta y ocho lenguas indígenas— son otredades. Respecto a ello, García Agüero (2021) señala que antes de que México adquiriera una cultura de los derechos humanos:

> […] los libros de los setenta, aunque ya no proponen dos figuras como representantes del OTRO marcando explícitamente las diferencias especialmente negativas que los alejan del nosotros, siguen creando la sensación de otredad mediante ciertas imágenes y una concepción abierta de un OTRO a partir de características aparentemente neutras como la lengua y el país de origen. Así, los siguientes ideologemas que se crean son:

- ‘El español es la lengua del nosotros’.
- ‘Los otros son diferentes porque no hablan nuestra lengua’.
- ‘Hay otros que son diferentes físicamente a nosotros’.
- ‘Hay lenguas y culturas más relevantes que otras’. (p. 170)

En concreto, fue la sección titulada «Características del lenguaje cotidiano» la que ocasionó la polémica y la atención de los medios y padres de familia. En ella, se encontraban tres lecciones que despertaron el debate. La primera se titula «duplicación de posesivos», donde se afirma lo siguiente: «Para indicar de quién son las cosas, se usan palabras llamadas posesivos. Es muy frecuente usar un posesivo y reiterarlo usando *de*. Por ejemplo: al escribir o hablar con ‘Su comida de Pedro’ y ‘Su mochila de Ana’» (Dirección General de Materiales Educativos de la Secretaría de Educación Pública, 2023, p. 29). Estas expresiones, aunque señaladas por la RAE y otros expertos como incorrectas, son comunes en una parte considerable de la sociedad mexicana. Esto considerando su capacidad para crear y recrear el código lingüístico, atendiendo también a que las comunidades lingüísticas que hablan el español mexicano en el territorio poseen singularizaciones dialectales y formas identitarias.

Por otra parte, la otra sección señala que la repetición también puede utilizarse para enfatizar: «A veces, en una misma expresión, se usan palabras que buscan reforzar o aclarar lo que se dice: ‘Sal para afuera’ y ‘Voy a subir para arriba’» (Dirección General de Materiales Educativos de la Secretaría de Educación Pública, 2023, p. 29). Por último, en la primera versión del libro, se mencionaba la situación donde se «[añade] una *s* en verbos que indican acciones pasadas. En ocasiones, al hablar, se pronuncia una *s* al final de los verbos (las palabras que indican procesos o acciones). Por ejemplo: “¿Ya *hicistes* la tarea?” y “Tú *dijistes* eso”». Además, el texto agregaba que «esta *s*, por lo regular, no se escribe». En este ejemplo, el texto reconocía que este uso no se escribe regularmente, aunque no lo admitía como error. No obstante, explica lo siguiente:

> Esta /s/ aparece porque las personas buscan regularizar la forma del pretérito perfecto simple al del resto de los verbos en segunda persona (por ejemplo, *amaste* es diferente a *amas*, *amarás*, *amabas*, porque no tiene /s/ al final). Es importante crear conciencia entre los alumnos sobre el hecho de que las formas de hablar son variadas para evitar juicios por la forma de expresión. Esto va de la mano con reconocer en qué situaciones conviene ajustar o matizar las expresiones (algo que todas las personas hacen). (Dirección General de Materiales Educativos de la Secretaría de Educación Pública, 2023, p. 29)

Lo anterior es un punto importante que se omitió reconocer en muchas críticas a esta sección. La lección busca familiarizar a los alumnos con los distintos usos del lenguaje que existen en México, con la intención de evitar juicios y actitudes discriminatorias frente a quien usa expresiones comunes, pero «incorrectas». Frente a las críticas, el entonces presidente Andrés Manuel López Obrador mencionó en su conferencia *mañanera* del 27 de marzo de 2023:

> Ahora ya hasta hay una polémica por los nuevos libros de texto porque no quieren que se incorpore el habla de los pueblos, quieren que todos hablemos físico, con tecnicismos. México es un mosaico cultural y la lengua pues tiene que ver con las raíces de las culturas antiguas.

Lo dicho por el exmandatario mexicano refuerza la idea de que estos materiales específicos no fueron incluidos para servir como lecciones de cómo escribir y hablar en español, sino como un esfuerzo para concientizar a los alumnos sobre las diferencias lingüísticas y culturales en México y prevenir la formación de prejuicios discriminatorios.

Hubo diversas reacciones por parte de partidos de oposición y asociaciones de padres de familia en contra de la distribución de los libros de texto. La Unión Nacional de Padres de Familia presentó un amparo en contra de la distribución de los materiales, alegando que, en violación de lo dispuesto por la Ley General de Educación, no hubo una consulta ni con los gobiernos estatales ni con los padres de familia. El 31 de julio de 2023, la titular del Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México, Yadira Medina Alcántara, emitió una sentencia obligando a la SEP a frenar la distribución de los materiales. La resolución exigía a la Secretaría someter a consulta de especialistas y gobiernos estatales los nuevos libros antes de su distribución. En caso de no comprobar que esto se realizó correctamente, el gobierno debía detener la entrega y utilizar los materiales del ciclo escolar anterior.

A pesar de esta resolución y de un ultimátum de la jueza para detener la distribución en un periodo de 24 horas, Andrés Manuel López Obrador y la SEP declararon que no había impedimento legal para entregar los libros a los alumnos y desacataron la orden. La SEP admitió haber sido notificada de la sentencia, pero afirmó que no se encontraba firme ya que la iban a impugnar. Por lo tanto, los libros de texto se entregaron a los alumnos de todos los estados del país, a excepción de Chihuahua y Coahuila. El primero obtuvo una suspensión provisional al presentar una controversia constitucional ante la SCJN. En octubre de 2023, la misma Corte desechó la controversia al considerar que la elaboración de los materiales era de

competencia exclusivamente federal y entregó los libros con retraso. El segundo simplemente se negó a entregarlos.

En su Recomendación 21/2024, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH, 2024) afirmó lo siguiente:

> Con la omisión y retraso en la entrega de los libros de texto gratuitos, los gobiernos y Secretarías de Educación de ambos estados, incumplieron con su obligación de proveer material indispensable para la formación de las personas menores de edad y obstaculizaron el pleno goce y ejercicio de su derecho a la educación e igualdad.

La Comisión exhortó al estado de Coahuila a entregarlos inmediatamente e «instruir que las y los estudiantes de educación básica no sean susceptibles de ser evaluados con calificaciones no aprobatorias en el presente ciclo escolar (con el fin de garantizar su continuidad académica)» (CNDH, 2024). Finalmente, entre desacatos y resoluciones judiciales, la SEP acabó entregando los libros de texto a todo el país.

3.2. Una mirada a la polémica

Por supuesto que los libros de texto consideran narrativas de lo que la cultura nacional significa y representa. En esta cultura entran la lengua y los usos dialectales, particularmente sociolectos y etnolectos. La figura del niño narrador de los libros de texto ha sido un recurso didáctico que se ha usado a lo largo de las décadas para producir familiaridad y apertura en los educandos. Sin embargo, como sujeto de enunciación, el niño narrador dibujado en los libros, dentro del proceso de lectoescritura, es generador de cultura para el narratario, quien se identifica con el menor de edad lector en el primer grado de primaria. Al hablar de modelo de cultura se advierte, en las anteriores ediciones de los libros de texto gratuitos de la SEP, lo siguiente:

> La lectura hasta este punto ha abierto el modelo de la CULTURA, donde se procesará un nuevo marco, el de la LENGUA. El niño narrador parafrasea las palabras de la madre quien ancla al marco de la EDUCACIÓN instanciado por los libros, el de la lengua y afirma que los mexicanos comparten también este aspecto. (García Agüero, 2021, p. 201)

En el libro en comento y en la sección que causó la polémica, se observa la imagen de los niños narradores con sus respectivos globos de texto. Esta narrativa visual se interrumpe con ciertos cuadros explicativos que, al parecer, van dirigidos a los maestros a modo de paratextos:

Figura 1
Expresiones diversas en el lenguaje cotidiano

28

Las expresiones cambian según la persona, el lugar, el momento y la forma de comunicarse. Por ejemplo:

Voy a volver a recaer.

Voy a recaer.

Quesque tuvo miedo.

Según, tuvo miedo.

La Laura me dijo.

Laura me dijo.

EL LENGUAJE EN LA VIDA COTIDIANA

Es importante reconocer que todas las lenguas tienen variantes. En muchas ocasiones, se consideran esas variantes correctas o incorrectas. Sin embargo, todas las variantes tienen una explicación histórica y social por la que surgieron, de modo que no hay varientes correctas o incorrectas, sino el uso cotidiano de ciertas formas que son aceptadas por una comunidad.

Por ello, hay que habituar a los alumnos a considerar que todas las maneras de expresión son posibles. Ayude a precisar que las características de las situaciones (el tipo de eventos, las personas con las que se interactúa, el espacio físico, el formato, entre otras variables) inciden al elegir una forma de expresión u otra. Brinde oportunidades para que los alumnos reflexionen sobre las distintas situaciones y eviten hacer correcciones. Precise por qué ciertas formas son más adecuadas en un determinado contexto.

Características del lenguaje cotidiano

En el lenguaje que se emplea todos los días con la familia o las personas conocidas se puede:

- Usar contracciones, es decir, formas incompletas de las palabras. Por ejemplo:

Esto es pa' ellos.

¿Tons' hacemos la tarea juntos?

Mi ma' dijo que pidiera la tarea.

Nota. Fuente electrónica del CONALITEC: https://libros.conaliteg.gob.mx/2023/P1SDA.htm#page/29

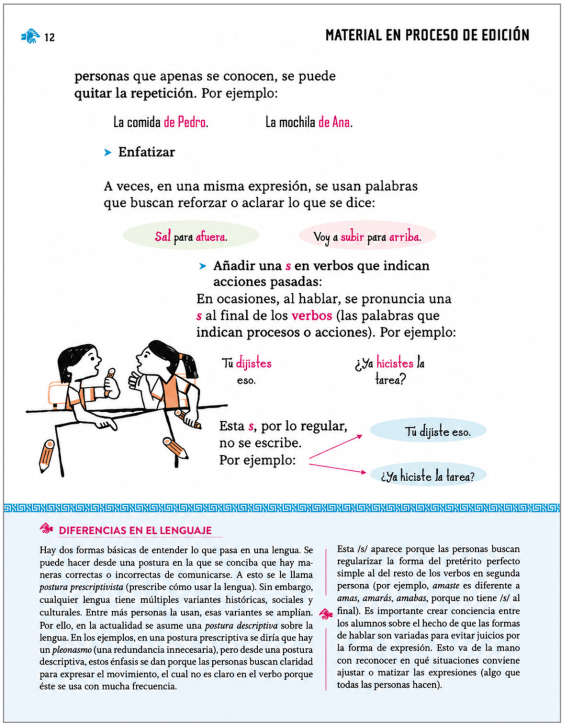
Como se observa, el lenguaje cotidiano es conceptualizado para el alumno como «un lenguaje que se emplea todos los días con la familia o las personas conocidas». En este sentido, puede vincularse con el habla coloquial, aunque se hace énfasis en el ámbito familiar y las llamadas «personas conocidas» que pueden relacionarse con el segundo círculo social del menor: el vecinal y el escolar. En ese contexto de comunidades lingüísticas, el alumno «puede: • Usar *contracciones*». Nótese el ámbito de permisión del que el hablante goza en dicho contexto que, bajo la normativa gramatical, podría significar una excepción a la regla lingüística.

El *Diccionario Panhispánico de Dudas* incluso pone el mismo ejemplo de lo que no se debe hacer con respecto al uso del apóstrofo: «El apóstrofo no debe usarse para marcar apócopes o aféresis que se producen con independencia de la palabra que las siga, como *pa* por *para* o *ña* por *doña*». Por lo que respecta a la apócope, a las 8:04 a. m. del 19 de febrero de 2020, en la red social X, la RAE publicó lo siguiente: «#RAEconsultas Ese uso de “pa” por “para” es propio del

habla popular o vulgar; en la lengua cuidada lo adecuado es usar "para": "bajar para abajo", "meterse para dentro"».

Esto implica que el libro de texto se coloca del lado de los hablantes, pues para la RAE no debe emplearse el apóstrofo para escribir apocopes, como lo muestra «incorrectamente» el ejemplo del libro de texto: «Esto es pa' ellos». Sin embargo, la RAE va más allá: el uso de la apócope es propio del habla popular, marcando la dualidad de lengua vulgar/lengua cuidada. Cabría aquí preguntarse qué sentido normativo tiene la expresión «lengua cuidada» y qué valores perdió la lengua vulgar, que sería por oposición descuidada, esto es, una lengua que no piensa, que no *cogitare*. En este punto se puede leer entrelíneas la vigencia de la dualidad alta cultura/baja cultura, que sería incompatible con una verdadera perspectiva lingüística de los derechos humanos. No obstante, esto no generó tanta polémica como sí sucedió con el uso de pleonasmos y el uso de la *s* en ciertas conjugaciones verbales:

Figura 2
Uso de pleonasmos y uso de la «s» en ciertas conjugaciones verbales


12 MATERIAL EN PROCESO DE EDICIÓN

personas que apenas se conocen, se puede quitar la repetición. Por ejemplo:

La comida de Pedro. La mochila de Ana.

➤ Enfatizar

A veces, en una misma expresión, se usan palabras que buscan reforzar o aclarar lo que se dice:

Sal para afuera. Voy a subir para arriba.

➤ Añadir una *s* en verbos que indican acciones pasadas:
En ocasiones, al hablar, se pronuncia una *s* al final de los verbos (las palabras que indican procesos o acciones). Por ejemplo:

Tú dijistes eso. ¿Ya hicistes la tarea?

Esta *s*, por lo regular, no se escribe. Por ejemplo:

Tú dijiste eso.

¿Ya hiciste la tarea?

DIFERENCIAS EN EL LENGUAJE

Hay dos formas básicas de entender lo que pasa en una lengua. Se puede hacer desde una postura en la que se conciba que hay maneras correctas o incorrectas de comunicarse. A esto se le llama *postura prescriptivista* (prescribe cómo usar la lengua). Sin embargo, cualquier lengua tiene múltiples variantes históricas, sociales y culturales. Entre más personas la usan, esas variantes se amplían. Por ello, en la actualidad se asume una *postura descriptiva* sobre la lengua. En los ejemplos, en una postura prescriptiva se diría que hay un *pleonasmo* (una redundancia innecesaria), pero desde una postura descriptiva, estos énfasis se dan porque las personas buscan claridad para expresar el movimiento, el cual no es claro en el verbo porque éste se usa con mucha frecuencia.

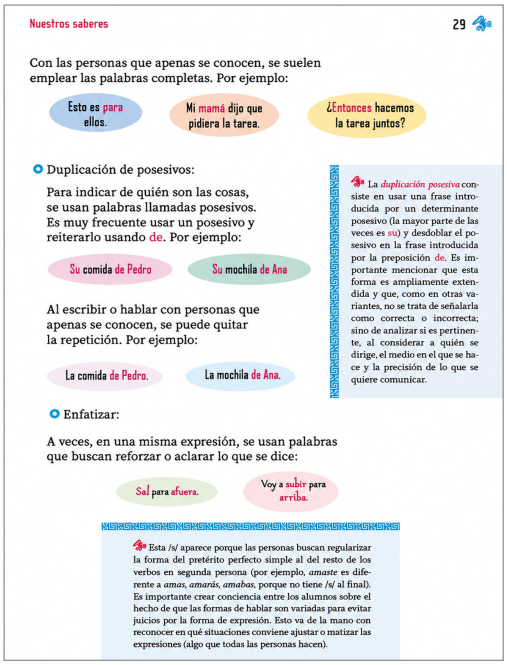
Esta /s/ aparece porque las personas buscan regularizar la forma del pretérito perfecto simple al del resto de los verbos en segunda persona (por ejemplo, *amaste* es diferente a *amas*, *amarás*, *amabas*, porque no tiene /s/ al final). Es importante crear conciencia entre los alumnos sobre el hecho de que las formas de hablar son variadas para evitar juicios por la forma de expresión. Esto va de la mano con reconocer en qué situaciones conviene ajustar o matizar las expresiones (algo que todas las personas hacen).

Nota. Tomado de Aristegui Noticias: https://aristeguinoticias.com/2403/mexico/por-que-aparecen-hicistes-y-dijistes-en-los-nuevos-libros-de-texto/

Desde el punto de vista gramatical, la postura de la SEP también asume una visión dual para calificar la aproximación valorativa a la lengua, que se encuentra en el paratexto dirigido al profesor. Allí se avisa al educador que la *postura prescriptiva* considera maneras correctas o incorrectas de expresarse y usar el código lingüístico, mientras que la *postura descriptiva* resalta las variantes y representa una visión actual. Esto es un tanto incorrecto debido a que ambas posturas son empleadas en la actualidad y, de hecho, la postura prescriptiva es el enfoque mayoritario en lo concerniente a la enseñanza de una lengua.

El punto a considerar, más allá de esto —que puede ser debatible, máxime si se incorpora una perspectiva de los derechos humanos que ayude a prevenir la discriminación por el modo de hablar—, es que, en los ejemplos del libro, se genera confusión para el niño narratario. Dice claramente: «Esta *s*, por lo regular, no se escribe», aunque arriba lo hace con dos ejemplos. En ese sentido, el educando puede mantener dudas respecto al uso en la escritura. Probablemente por esa razón y las repercusiones mediáticas y legales, todo ese contenido fue retirado de la versión virtual del libro:

Figura 3
Duplicación de posesivos


Nuestros saberes 29

Con las personas que apenas se conocen, se suelen emplear las palabras completas. Por ejemplo:

Esto es para ellos. | Mi mamá dijo que pidiera la tarea. | ¿Entonces hacemos la tarea juntos?

Duplicación de posesivos:

Para indicar de quién son las cosas, se usan palabras llamadas posesivos. Es muy frecuente usar un posesivo y reiterarlo usando de. Por ejemplo:

Su comida de Pedro | Su mochila de Ana

Al escribir o hablar con personas que apenas se conocen, se puede quitar la repetición. Por ejemplo:

La comida de Pedro. | La mochila de Ana.

La *duplicación posesiva* consiste en usar una frase introducida por un determinante posesivo (la mayor parte de las veces es su) y desdoblar el posesivo en la frase introducida por la preposición de. Es importante mencionar que esta forma es ampliamente extendida y que, como en otras variantes, no se trata de señalarla como correcta o incorrecta; sino de analizar si es pertinente, al considerar a quién se dirige, el medio en el que se hace y la precisión de lo que se quiere comunicar.

Enfatizar:

A veces, en una misma expresión, se usan palabras que buscan reforzar o aclarar lo que se dice:

Sal para afuera. | Voy a subir para arriba.

Esta /s/ aparece porque las personas buscan regularizar la forma del pretérito perfecto simple al del resto de los verbos en segunda persona (por ejemplo, *amaste* es diferente a *amas*, *amarás*, *amabas*, porque no tiene /s/ al final). Es importante crear conciencia entre los alumnos sobre el hecho de que las formas de hablar son variadas para evitar juicios por la forma de expresión. Esto va de la mano con reconocer en qué situaciones conviene ajustar o matizar las expresiones (algo que todas las personas hacen).

Nota. Fuente electrónica del CONALITEC: https://libros.conaliteg.gob.mx/2023/P1SDA.htm#page/29

En esta versión se mantuvieron los ejemplos de la duplicación de posesivos. También se conservaron los ejemplos de *Enfatizar* junto con la breve explicación. No obstante, se retiró el paratexto explicativo, es decir, el cuadro de texto que exponía la postura descriptiva y la postura prescriptiva, cuestión que era necesaria, aunque más importante era comunicar al profesor que estos ejemplos bajo la postura prescriptiva son evidentes pleonasmos. Pero el craso error está en que se conservó el cuadro que explica el uso de la *s* sin colocar los ejemplos que lo motivaron, ocasionando una ruptura de la transtextualidad y dejando el paratexto fuera de todo contexto. Esto, al parecer, fue un error en la diagramación.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En conjunto, los planteamientos de la Relatoría Especial sobre el derecho a la educación y el caso de los libros de texto gratuitos de la SEP muestran que la educación no puede entenderse solo como la transmisión técnica de conocimientos, sino como un proceso cultural y social que da sentido a la identidad de las personas, puesto que la lengua es un pivote cultural ineludible. Por su parte, el derecho a la educación, bajo su vertiente cultural, implica garantizar el acceso a los bienes simbólicos y materiales que permiten a los individuos reconocerse y convivir en diversidad, con lo cual la escuela se convierte en un espacio de formación integral donde confluyen saberes, valores y prácticas sociales.

El debate en torno al libro de texto *Nuestros saberes: libro para alumnos, maestros y familia* de primer grado de primaria, correspondiente al ciclo 2023-2024, revela cómo el lenguaje, en tanto elemento constitutivo de la cultura, puede convertirse en terreno de disputa. La inclusión de usos lingüísticos no normativos en los materiales escolares no buscaba legitimar «errores», sino visibilizar la riqueza de las variantes y prevenir la discriminación basada en formas de hablar. La controversia, sin embargo, mostró la tensión entre una visión normativa de la lengua y otra visión más inclusiva, así como la dificultad de conciliar posturas sociales, jurídicas y culturales en un mismo proyecto educativo nacional.

Por lo tanto, podemos afirmar que, a pesar de la polémica suscitada por la entrega del libro de texto *Nuestros saberes,* no existió una violación al derecho a la educación de los niños de primero de primaria en las escuelas mexicanas. Los libros de texto ni siquiera impusieron a las y los alumnos reglas ortográficas *erróneas* o fuera de los estándares formales de la RAE, sino que les dotaron de elementos sobre la diversidad lingüística del país en el que viven. Es decir, la inclusión de estas lecciones a temprana edad apoya la idea de la educación como un espacio para promover la inclusión, el respeto y la tolerancia y no se limita al

aprendizaje formal de reglas ortográficas, por lo que el derecho a la educación de las y los alumnos solo se vio fortalecido con estas lecciones.

Las condiciones de disponibilidad, accesibilidad y adaptabilidad sí fueron respetadas por la SEP y el Estado mexicano en este caso concreto. En cuanto a la *disponibilidad*, los libros de texto permitieron la participación de los recursos culturales pertinentes en la materia. La inclusión de varias formas de uso del lenguaje en los temas presentados enriquece la perspectiva del alumnado. Por otro lado, la *accesibilidad* se cumple por la mera naturaleza de los libros de texto, que son gratuitos y entregados a todos los niños y niñas a nivel de primaria sin excepción. La *adaptabilidad* también se cumplió, ya que los temas tratados en el libro de texto se ajustan a la realidad vivida a nivel nacional y a la forma de hablar de una gran parte de la población del país. Sin embargo, la condición de *aceptabilidad* no se cumplió, puesto que los padres de familia denunciaron no haber sido consultados sobre los contenidos específicos del libro *Nuestros saberes.* Frente a esto, surge también la problemática de cómo están organizados los padres de familia frente a la SEP en México. Parecería ser que el problema no está limitado a esta controversia en específico, sino que, en general, no hay formas claras y transparentes de consulta a los padres de familia para ninguno de los contenidos que aprenden sus hijos en la escuela.

De este modo, se confirma que la educación, entendida como derecho cultural, debe ser plural, accesible y sensible a la diversidad, sin perder de vista estándares que garanticen claridad y calidad en los aprendizajes. En general, las polémicas sobre los libros de texto visibilizan en el fondo la necesidad de generar materiales que, además de transmitir contenidos, fortalezcan la identidad cultural, promuevan el respeto a las diferencias y construyan un horizonte común de derechos humanos. Solo así se logrará que la escuela sea un verdadero espacio de inclusión, diálogo y cohesión social.

BIBLIOGRAFÍA

Cacho Pérez, L. N. (2018). *Derecho cultural*. Porrúa-Escuela Libre de Derecho.

Cano, N. (9 de agosto de 2023). ¿Qué controversia hay con la SEP y los libros de texto escolares en México? *CNN México. https://cnnespanol.cnn.com/2023/08/09/controversia-sep-libros-de-texto-escolares-mexico-orix*

Cottom, B. (2015). *Legislación cultural. Temas y tendencias*. Miguel Ángel Porrúa.

Cottom, B. (2018). *Los derechos culturales en México. La experiencia en la CDMX*. Miguel Ángel Porrúa.

Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2024). *Recomendación 21/2024. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2024-02/COM_2024_092.pdf*

Consejo de Derechos Humanos de la ONU. (2023). *Resolución A/HRC/53/L.10 del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho a la educación. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CDH_Resolucion_Derecho%20a%20la%20educacion_A-HRC-53-L.10_2023_ES.pdf*

Dirección General de Materiales Educativos de la Secretaría de Educación Pública. (2023). *Nuestros saberes: libro para alumnos, maestros y familia. Primer grado*. Secretaría de Educación Pública.

Dorante Díaz, F. J. (2004). *Derecho cultural mexicano (problemas jurídicos)*. FUNDAp.

Fernández, A. (2004). La educación como derecho cultural. *Persona y derecho,* 50, 259-276. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27051.pdf

Flores Déleon, E. (2018). *Los derechos culturales en la Ciudad de México*. Atelier Libros.

Freire, P. (2005). *Pedagogía del oprimido* (Trad. J. Mellado; 2.ª ed.). Siglo XXI Editores.

García Agüero, A. N. (2021). *La identidad mexicana en libros escolares y narrativas: un enfoque crítico y sociocognitivo*. De Gruyter.

Guerrero García, D. A. (2024). *Derechos culturales, patrimonio cultural y accesibilidad para personas con discapacidad en México*. Editorial Tirant lo Blanch.

Mondragón Velázquez, R. (2023). *El largo instante del incendio: ensayo biográfico sobre José Vasconcelos*. El Colegio Nacional.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights

Primera Sala de la SCJN. (2023). *Recurso de Reclamación 330/2023-CA derivado de la controversia constitucional 400/2023*. https://share.google/CPn8v8h8uALDINqLY

Real Academia Española (RAE). (17 de septiembre de 2025). *Diccionario Panhispánico de Dudas*, «apóstrofo». https://www.rae.es/dpd/ap%C3%B3strofo

Relatoría Especial sobre educación. (2021). *Derecho a la educación: las dimensiones culturales del derecho a la educación o el derecho a la educación como derecho cultural.* https://docs.un.org/es/A/HRC/47/32

Redacción. (27 de julio de 2023). Nuevos libros de la SEP: '¿Qué dijistes?' Critican lecciones de español por frases 'incorrectas'. *Radio Fórmula Mx. https://www.radioformula.com.mx/nacional/Nuevos-libros-de-la-SEP-Que-dijistes-Critican-lecciones-de-espanol-por-frases-incorrectas-20230727-0175.html#google_vignette*

Sánchez Cordero, J. (2021). *Las disfunciones culturales mexicanas*. Editorial Tirant lo Blanch.

Sánchez Cordero, J. (2024). *Amicus curiae culturale*. Editorial Tirant lo Blanch.

Recibido: 27-09-2025
Aprobado: 18-01-2026

El derecho a un nivel de vida adecuado: fundamentos, desafíos y perspectivas

The right to an adequate standard of living: foundations, challenges and perspectives

✍ Patricio Heriberto Cargua Villalva*
✍ Paolo Vega López**

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo realizar un análisis descriptivo del derecho a un nivel de vida adecuado. Para ello se revisará su concepto, su contenido, su fin, propuestas para su satisfacción y obstáculos que impedirían su desarrollo. Finalmente, se establecerán algunas conclusiones.

* Abogado por la Universidad Central del Ecuador, máster en derecho empresa y justicia por la Universidad de Valencia, España, magíster en derecho constitucional por la Universidad Espíritu Santo, especialización en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad de Castilla La Mancha, España, especialista en contratación pública y administración del Estado por la Universidad Central de Ecuador, especialista en compras públicas por la Universidad Andina Simón Bolívar, exdocente de pregrado y posgrado en la Universidad Central del Ecuador. Código ORCID: 0009-0008-5674-5374. Correo electrónico: phcargua@uce.edu.ec

** Abogado por la Universidad de Guayaquil, máster en Derecho Global y Democracia Constitucional por la Universidad de Génova, Italia. Miembro de la Asociación Ecuatoriana de Ciencia Política. Abogado especializado en derecho público. Código ORCID: 0000-0002-3765-2331. Correo electrónico: pvega_87@hotmail.com

Palabras clave
nivel de vida, derechos sociales, dignidad humana, financiamiento, corrupción.

Abstract
This article aims to conduct a descriptive analysis of the right to an adequate standard of living. It will examine the concept, content, and objective of this right, as well as proposals for its realization and impediments to its advancement. Concluding remarks will then be presented.

Keywords
standard of living, Social rights, Human dignity, Financing, Corruption.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. **III.** PROPUESTAS Y OBSTÁCULOS. **IV.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Robespierre es un tratadista pionero en hablar sobre el derecho a la existencia. En su discurso promulgado en la Convención Nacional de Francia del 2 de diciembre de 1972, manifiesta según su doctrina:

> ¿Cuál es el primer objetivo de la sociedad? Es mantener los derechos imprescriptibles del hombre. ¿Cuál es el primero de estos derechos? El derecho a la existencia … La primera ley social es pues la que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios de existir … ¿cuál es el problema que hay que resolver en materia de legislación sobre las subsistencias? Pues es este: asegurar a todos los miembros de la sociedad el disfrute de la parte de los productos de la tierra que es necesaria para su existencia. (Bertomeu & Raventós, 2006)

Las personas, desde que somos arrojadas al mundo, estamos condenadas a existir. Desde que somos bebés, necesitamos que cubran ciertas necesidades, como alimentación, vivienda, vestimenta y seguridad (amor). Estas necesidades no cambian con la adultez. Solo muta la forma de cobertura de dichas necesidades. A diferencia de los bebés, el adulto es responsable por su propia existencia.

Indudablemente, la existencia es inherente al derecho a la vida. Pero este derecho ha ido transformándose paulatinamente, a tal punto que ya no solo es un derecho civil, sino un derecho social. La Corte IDH ha manifestado lo siguiente:

> En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. («Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, 1999)
>
> Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. (Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005)

Como se puede observar, ya no solo se habla de derecho a la vida, sino derecho a la vida digna en dos sentidos: (i) en sentido negativo, no obstaculizar el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna; y, (ii) en sentido positivo, generar las condiciones de vida mínimas. En este orden de ideas, podemos apreciar que el derecho a la vida ha evolucionado para incluir el derecho a una existencia digna, lo que implica tanto la no obstrucción como la creación de condiciones adecuadas para todos.

Con este preámbulo, el presente artículo analizará el derecho a un nivel de vida adecuado como derecho macro y su relación directa con otros derechos de orden social. Se procurará desarrollar su concepto y determinar su contenido examinando propuestas para su satisfacción.

II. DERECHO A UN NIVEL ADECUADO DE VIDA

2.1. Dos conceptos complementarios de pobreza y uno jurídico

No se puede hablar de nivel adecuado de vida sin hablar de pobreza. Existen dos conceptos de pobreza complementarios, el socioeconómico y el de Amartya Sen. Desde un punto de vista socioeconómico, la pobreza es la ausencia de acceso a alimentos, agua potable, sanidad, salud, vivienda, educación e información. (Economipedia, 2024). Por otro lado, Amartya Sen la define como la privación de capacidades. (Sen, 2000)

En síntesis, la pobreza puede ser definida como la privación de bienes y servicios básicos e impedimento del desarrollo de las capacidades.

Desde un punto de vista jurídico, los bienes y servicios básicos y el desarrollo de las capacidades constituyen expectativas y pretensiones protegidas. Su disfrute (nivel de vida adecuado) implica satisfacción de derechos. *A contrario sensu*,

su ausencia (pobreza) implica déficit de derechos. Por ello, desde el derecho, la pobreza puede ser definida como déficit de derechos. (Fernández Blanco, 2021)

En todo caso, ausencia de pobreza no necesariamente implica riqueza. Basta con contar con los medios suficientes para sobrevivir y desarrollar las capacidades. Es decir, basta con llevar un nivel de vida adecuado.

En consecuencia, disfrutar de un nivel de vida adecuado o mínimamente decente es un reflejo de la realización de derechos, mientras que la pobreza refleja una privación de derechos.

Vale la pena enfatizar que la ausencia de pobreza no es lo mismo que la abundancia; no es la grandeza lo que importa, sino la adecuación: la capacidad de vivir y desarrollarse, y de alcanzar un nivel de vida razonable.

2.2. Concepto y contenido del derecho a un nivel de vida adecuado

Si la pobreza significa ausencia de acceso de alimentos, agua potable, sanidad, salud, vivienda, educación e información, contar con estos bienes significaría disfrutar de un nivel de vida adecuado.

El derecho a un nivel de vida adecuado fue reconocido en 1945 como un derecho humano, y en 2007 como derecho humano emergente. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, reconoce que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Asimismo, tiene derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, en su artículo 1, numeral 1, reconoce el derecho a la existencia en condiciones de dignidad. Ello implica que el derecho a la seguridad vital, que supone el derecho de todo ser humano y de toda comunidad para su supervivencia, al agua potable y al saneamiento, a disponer de energía y de una alimentación básica adecuada, y a no sufrir situaciones de hambre.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 11, dispone que los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como una mejora continua de las condiciones de existencia.

De la lectura de los artículos transcritos se puede elaborar una teoría del derecho a un nivel de vida adecuado. Esta puede dividirse en función de lo formal y de lo jurídico.

2.2.1. Concepto

Es un «macro-derecho»

El derecho a un nivel de vida adecuado es lo que Barberis (2008) denomina como «macro-derecho». Es decir, existe una relación de pertenencia conjunto-subconjuntos entre el derecho a un nivel de vida adecuado («macro-derecho») y los derechos que lo componen («micro derechos»):

> Derecho a un nivel de vida adecuado = {salud, bienestar, alimentación, vestimenta, vivienda, asistencia médica, seguridad social, agua potable, saneamiento, energía, etc.}

Es un conjunto de necesidades naturales y derivadas

De acuerdo a Garzón Valdés, los seres humanos tenemos al menos dos clases de necesidades: las naturales y las derivadas. Las naturales son aquellas que se encuentran directamente vinculadas con la supervivencia del individuo, tales como alimentación, agua o vestimenta adecuada para el frío. Las derivadas, en cambio, si bien no se encuentran directamente vinculadas con la supervivencia del individuo, sí se encuentran conectadas con una existencia digna, tales como educación o trabajo. A este cúmulo de necesidades se las conoce como «coto vedado», lo que implica «la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida». (Garzón Valdez, 1989)

El derecho a un nivel de vida adecuado es un conjunto de necesidades naturales y derivadas. Son ejemplos de necesidades naturales la alimentación, agua y vestimenta. Son ejemplos de necesidades derivadas, educación y seguridad social.

Es un conjunto de «micro-derechos» numerus apertus

Los «micro-derechos» que pertenecen al derecho a un nivel de vida adecuado no son *numerus clausus*. Esto quiere decir que no existe un listado taxativo de los derechos que forman parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Es así que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que este derecho implica los servicios sociales necesarios. Un ejemplo podría ser el internet, el cual surge oficialmente en 1983, 35 años después del surgimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Desde una perspectiva de la filosofía analítica, se podría afirmar que la expresión «servicios sociales necesarios» posee textura abierta.

Es un principio en sentido estructural

Una forma de clasificar las normas jurídicas es entre reglas y principios. Principio es un término ambiguo. Atienza y Ruiz Manero (2007) han distinguido al menos 7 acepciones. Los referidos juristas hacen una distinción estructural entre las reglas y los principios:

> La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas.

Desde esta concepción, mientras que en la estructura de las reglas el consecuente es cerrado, en el caso de los principios el consecuente es abierto.

Guastini (2014) manifiesta que un principio es una norma que presenta conjuntamente las siguientes características: (i) que tiene carácter fundamental y (ii) que tiene contenido indeterminado, sea por contener un antecedente abierto, por ser derrotable o por ser genérica.

Es un derecho fundamental

Un derecho fundamental. Esto quiere decir que es un derecho subjetivo, positivo, prioritario y con rango constitucional.

Es un derecho subjetivo en el sentido de «derecho-pretensión»; esto se analizará en el siguiente apartado. Es un derecho positivo y con rango constitucional, porque se encuentra consagrado en instrumentos jurídicos vigentes, de manera especial en las constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos. Es un derecho configurado, por cuanto se encuentra desarrollado en las normas jurídicas y políticas públicas. Es prioritario, ya que debe ser satisfecho con deferencia y premura.

Es un derecho social

El derecho a un nivel de vida adecuado es un derecho social. Tiene por objeto garantizar la libertad fáctica y un mínimo vital. «La libertad jurídica puede perder todo su valor para el particular, si éste no dispone de los presupuestos fácticos para poder ejercerla». (Borowski, 2003). De nada sirve que las constituciones reconozcan el derecho a la salud si no se cuenta con los recursos para contar con personal médico suficiente y capacitado, hospitales equipados

y medicinas. Por ello, deben ser provistos bajo condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (Comité de Derechos Económicos, 2000), lo que implica que deben ser respetados, protegidos, asegurados, promovidos y reparados. (Landa, 2011)

Para que los derechos sociales puedan ser satisfechos, se requiere de una asignación presupuestaria. «Se demanda en principio, no sólo una norma legal que los desarrolle, sino también una provisión presupuestal que complete la eficacia de un derecho subjetivo cuando irroga gasto público». (Landa, 2011). Los derechos sociales deberán ser cumplidos en la medida de los recursos disponibles. No pueden ser tomados cual frutos de los árboles. Como sostienen Holmes y Sunstein (2011), «los derechos son costosos porque los remedios lo son».

Los medios de obtención de dichos recursos a lo largo de la historia han generado debates de orden político y económico. Los socialdemócratas, quienes, en términos generales, promueven una economía keynesiana, consideran que el Estado es el obligado a satisfacer los derechos. Para ello, se debe contar con un sistema tributario que permita una recaudación eficiente y una redistribución equitativa de los recursos. Por otro lado, están los liberales, quienes creen en el libre mercado, en un estado débil y en un sistema tributario mínimo. Todo dependerá de la política económica que adopte cada gobierno de turno.

Visto así, los derechos (sociales) son «servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual». (Holmes & Sunstein, 2011)

De los derechos sociales, es indispensable destacar dos características: (i) acciones positivas fácticas y (ii) calidad.

Acciones positivas fácticas

Los derechos sociales son acciones positivas fácticas. Esto significa que las personas tienen «derecho a algo» (Alexy, 1993). Para establecer un «derecho a algo», Alexy señala que corresponde a una escala triádica: (i) el portador o titular del derecho (α); (ii) el destinatario del derecho (β) y el objeto del derecho (Γ). El enunciado quedaría de la siguiente manera: «α tiene frente a β un derecho a Γ».

Son acciones positivas, ya que constituyen un reflejo de obligaciones. A esto, Ferrajoli (2019) lo denomina *esfera de lo indecidible que no* «constituida por el conjunto de los derechos sociales, que, en cuanto a expectativas positivas, imponen una obligación de las decisiones dirigidas a satisfacerlos». Son fácticas, ya que implican la entrega de un bien material o la prestación de un servicio (De Fazio,

2019). Los derechos sociales son entonces, a la vez, pretensiones y prestaciones. Al ser pretensiones y prestaciones, alguien debe satisfacerlas. En términos generales, velar por su satisfacción corresponde al Estado.

Calidad

La satisfacción de los derechos sociales no solo debe verse desde una perspectiva cuantitativa, es decir, la satisfacción suficiente de bienes y servicios. Estos deben verse desde un punto de vista cualitativo; es decir, deben ser de calidad. Las personas no solo tienen derecho a la educación, esta debe ser de calidad. No solo tienen derecho a la vivienda, esta debe ser adecuada. No solo tienen derecho al agua, esta debe ser apta para consumo humano.

Una vez que los derechos sociales han sido examinados de forma general, corresponde analizar el derecho a un nivel de vida adecuado.

Es un principio en sentido material

Alexy (1993) define a los principios como mandatos de optimización. Es decir, son «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes».

Dworkin (1989), en cambio, dentro de su teoría de las reglas y principios, indica que las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas. Es decir, o se cumplen en absoluto o no se cumplen («todo o nada»). En cambio, sobre los principios contienen una dimensión de peso o importancia. Una regla puede prevalecer sobre otra en función de su validez. Un principio, por otro lado, puede prevalecer sobre otro en función de su peso o importancia.

En síntesis, el cumplimiento de las reglas es categórico («todo o nada») y se manejan en función de su validez (solución de antinomias), mientras que el cumplimiento de los principios es gradual («en la mayor medida posible») y se manejan en función de su peso o importancia (ponderación).

2.2.2. Contenido esencial del derecho

El contenido esencial es una garantía de los derechos fundamentales y un límite al poder, principalmente para el legislador. De acuerdo a la teoría del contenido esencial, todo derecho está compuesto por una parte esencial o nuclear y una no esencial o periférica. La esencial es la que le da identidad al derecho; por tanto, no podría ser trastocada. En cambio, la no esencial es todo lo que está fuera de la parte nuclear y puede ser configurado por el legislador.

Hablar de un contenido esencial del derecho a un nivel de vida adecuado resulta problemático por dos razones: una ontológica y otra metodológica.

La razón ontológica

Toda vez que «micro-derechos» que lo componen no son *numerus clausus* y la redacción adolece de textura abierta («y los servicios sociales necesarios»), no se puede distinguir con certeza su contenido esencial del no esencial. Al adolecer de textura abierta, existe una vaguedad en potencia respecto a su contenido. Los «servicios sociales necesarios» que existían finitamente a 1948, tal vez no sean los mismos que a la actualidad por una obvia imposibilidad de previsión, verbigracia, el internet.

El derecho a un nivel de vida adecuado es un derecho que debe ir mutando en sentido progresivo a través del tiempo. Por tanto, su contenido esencial también.

La razón metodológica

¿Cómo identificar el contenido esencial del derecho a un nivel de vida adecuado? Existen dos teorías sobre el contenido esencial de los derechos, cada una con metodología propia: la absoluta y la relativa.

La teoría absoluta sostiene que el contenido esencial de los derechos es *a priori* e indisponible. Es *a priori* porque se encuentra incorporado en la parte nuclear de los derechos. Es indisponible, ya que, bajo ninguna circunstancia puede ser restringido.

La teoría relativa, en cambio, señala que el contenido esencial de los derechos es *a posteriori* y ponderable. Es *a posteriori* porque se lo determina luego de haber sido sometido a un examen de proporcionalidad. Es ponderable ya que puede ser restringido vía examen de proporcionalidad. El contenido esencial de un derecho puede ser limitado, si y solo si (i) se persigue un fin constitucionalmente válido; (ii) si no existen otros medios menos restrictivos; y, (iii) si existe una relación adecuada entre los beneficios que se obtienen del cumplimiento del fin y la restricción causada al derecho con la obtención de tal fin.

En todo caso, el derecho a un nivel de vida adecuado se encuentra compuesto por un conjunto mínimo de derechos a garantizar. Son los que le dan identidad. Cuando uno de estos se trastoca, automáticamente se afecta el derecho a un nivel de vida adecuado.

Hay dos derechos que podrían incluirse en el listado de micro-derechos: el derecho al acceso de información y el derecho a gozar de tiempo libre.

Derecho al acceso de información

Como se ha indicado, según la ONU, la pobreza implica ausencia, *inter alia*, al acceso de información. *A contrario sensu*, tener acceso a información, a más de otros bienes y servicios, implica llevar un nivel de vida adecuado.

Si bien el derecho a la información forma parte de los derechos civiles y políticos, resulta indispensable para llevar un nivel de vida adecuado, ya que se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad humana. Al respecto, Bruno Celano (2022) realiza una monumental reflexión: «El respeto por los seres humanos como agentes responsables y autónomos implica tener debidamente en cuenta su capacidad para tomar decisiones informadas, dejando espacio para su capacidad de ser, en palabras de Raz, autores de sus propias vidas».

Dicho esto, queda claro que el derecho a la información, al ser consustancial a la dignidad humana para la toma de decisiones libres y responsables, su satisfacción es necesaria para llevar un nivel de vida adecuado.

Derecho a gozar de tiempo libre

Martin Farrell (1991), en su artículo titulado «El nivel de vida», señala que, para determinar el nivel de vida, no solo hay que tomar en cuenta el grado de opulencia, sino también el tiempo libre del que se dispone. Y plantea el siguiente ejemplo: «Supongamos que X e Y tengan exactamente el mismo nivel de opulencia. Sin embargo, a X le alcanza con cuatro horas diarias de trabajo para lograr ese grado, mientras que Y necesita diez horas. ¿Puede decirse que ambos tienen el mismo nivel de vida?».

La posición de Farrell se resume perfectamente con la afirmación del personaje camuseano, Roland Zagreus: «se nos va la vida en ganar dinero cuando haría falta ganar tiempo mediante el dinero». (Camus, 2014)

El derecho a gozar de tiempo libre es un derecho fundamental y de orden social reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En Ecuador se reconoce el derecho al ocio y forma parte del derecho a la vida digna. Sin embargo, el término «ocio» es un término ambiguo. Puede tener una connotación negativa, asimilándolo a la vagancia y holgazanería. Sin embargo, en este contexto, el ocio se le define como «la libertad de elegir las propias actividades, de acuerdo con las propias preferencias y los propios parámetros acerca de qué es lo mejor». (Walzer, 2001)

Este derecho, si bien es de naturaleza social, está vinculado al principio de libertad. No solo se debe garantizar una adecuada distribución de bienes y servicios, sino de contar también con tiempo para el libre desarrollo de la personalidad. Sobre esto, se profundizará más adelante.

2.2.3. Síntesis

El derecho a un nivel de vida adecuado es un «macro-derecho» de orden fundamental y social compuesto por una serie de necesidades básicas no taxativas y el fomento del desarrollo de las capacidades de los individuos.

2.3. Objetivo: garantizar la libertad y la igualdad

La dignidad humana descansa sobre dos principios: libertad e igualdad. La libertad implica que todas las personas puedan ser «libres de» intromisiones arbitrarias (libertad negativa) y «libres para» desarrollar nuestro propio plan de vida (libertad positiva). Pero, de nada sirve contar con un ordenamiento jurídicos que reconozca estas clases de libertades si no puedo materializarlas en la práctica. Por ello resulta necesaria la igualdad. La igualdad, en cambio, implica el reconocimiento de los mismos derechos para todos (igualdad formal) y contar con las oportunidades para gozarlos y los medios necesarios para satisfacerlos (igualdad material).

2.3.1. Nivel adecuado de vida y libertad

En la filosofía política hay dos conceptos de libertad que han resaltado: libertad negativa y libertad positiva.

La «libertad negativa» se define de la siguiente manera:

> Normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este sentido, la libertad política es, simplemente, el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran. (Berlin, 2022)

La libertad negativa se refiere a la libertad como «no interferencia»; es decir, a la «ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere». (Hobbes, 2005). De acuerdo a esta concepción, una persona es libre en la medida en pueda actuar según su voluntad, a consecuencia de ausencia («libre de») de obstáculos,

restricciones o coerciones impuestas por agentes externos (Estado o particulares). Este tipo de libertad está asociada a los derechos de libertad. Una persona es libre, por ejemplo, cuando nadie te priva de vivir (derecho a la vida), viajar (libertad ambulatoria) o profesar un credo religioso (libertad religiosa). Esta es la clase de libertad aceptada y defendida por los liberales.

En cambio, sobre la «libertad negativa» se sostiene lo siguiente:

> El sentido «positivo» de la palabra «libertad» se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo, no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afectan, por así decirlo, desde fuera. (Berlin, 2022)

La libertad positiva se refiere a la libertad como «no dominación»; (Pettit, 1999) es decir, «se concentra antes bien en quién es el agente que toma las decisiones y por tanto la idea de autogobierno, de tal forma que somos libres no cuando actuamos sin impedimentos externos, sino cuando nuestras acciones son el resultado de nuestra propia decisión». (Rosler, 2016). De acuerdo a esta concepción, una persona es libre en la medida que puede ejercer su autonomía personal y («libre para») desarrollar sus capacidades conforme su proyecto de vida. Este tipo de libertad no solo está relacionada a los derechos de libertad, sino a los sociales. La «libertad negativa» es condición necesaria para diseñar un plan de vida, pero no suficiente. También es necesario contar con los medios necesarios para ejecutarlo. Esta es la clase de libertad aceptada y defendida por los socialdemócratas.

Nino (1989) sostiene que estas dos clases de libertades no son excluyentes:

> Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.

De acuerdo a Nino, una persona es libre «si y solo si» tiene la capacidad de diseñar su propio plan de vida sin interferencias arbitrarias y cuenta con los recursos necesarios para ejecutarlo.

Ahora bien, es necesario realizar una aclaración. El proyecto de vida, para que pueda ser respetado e incentivado, debe ser acorde a la realidad de cada sociedad e individuo. Por eso Nino (1990) sostiene que «el valor de la autonomía implica valor de la libre elección de planes de vida materializables». La libertad positiva que debe garantizarse no es aquella en la que deba satisfacer los caprichos, sino aquella en la que las personas puedan contar con condiciones mínimas para vivir dignamente. No es lo mismo desear un Mercedes Benz último modelo a contar un sistema de salud provisto de personal capacitado, estructura adecuada y suficientes medicinas.

En el primer ejemplo, las desigualdades están justificadas. Como se ha indicado, las personas necesitan mínimos para vivir dignamente, no máximas. Las personas no necesitan un Mercedes Benz último modelo. Basta con contar con un sistema de transporte de calidad. En cambio, en el segundo ejemplo, las desigualdades no están justificadas. Toda persona, sea rica o pobre, necesita un sistema de salud de calidad. Las enfermedades afectan a todos por igual, sin embargo, no todos cuentan con los recursos necesarios para pagar un tratamiento costoso.

Cuando existen estas diferencias donde unos se encuentran en situaciones de desventajas sobre otros, se afecta la libertad positiva. Esto lleva al segundo punto: el derecho a un nivel de vida adecuado y la igualdad.

2.3.2. Nivel adecuado de vida e igualdad

Desde la filosofía política se distingue dos clases de igualdad: la igualdad formal y la igualdad material.

La igualdad formal se refiere a lo que los griegos denominaban «isonomía»: todas las personas deben ser tratadas de igual forma ante la ley, independientemente de sus circunstancias. Esto constituyó un significativo avance, ya que se empezó por reconocer que las personas nacen iguales en dignidad y derechos.

La igualdad material se refiere a que todas las personas deben contar con los recursos y oportunidades para ejecutar su proyecto de vida en el marco de la satisfacción de los derechos reconocidos en la ley.

El problema de los derechos, como decía Bobbio (1991), no está en su fundamentación, sino en su protección. ¿De qué sirve contar con derechos si estos no son realizables para todos?

Algunas aclaraciones:

- La igualdad predicada no implica que todas las personas tengan la misma remuneración, los mismos modelos de casa o la misma ropa. Lo que se quiere

decir es que todas las personas cuenten con condiciones mínimas para vivir dignamente. Que todos puedan satisfacer sus necesidades básicas por encima del umbral de nivel de vida adecuado, independientemente si unos tienen la oportunidad de acumular mayor patrimonio.

- El límite de la igualdad predicada son los derechos ajenos. Este tipo de igualdad no se refiere como al caso del personaje camusiano, Patrice Mersault, quien conoció a Roland Zagreus, un millonario a quien decide matar para tomar su dinero y construir su felicidad.
- Hay desigualdades que no pueden ser erradicadas. Rousseau (1923) distinguió la desigualdad natural de la desigualdad política. La desigualdad natural se refiere a aquella instituida por la naturaleza, verbigracia, fuerza física, etnia, sexo, etc. Son propiedades que no pueden modificarse.
- Hay desigualdades que son aceptadas, tal como las acciones afirmativas para personas que pertenecen a grupos históricamente discriminados.

La libertad y la igualdad se encuentran íntimamente vinculadas. Las personas son libres e iguales jurídicamente y deben ser libres e iguales fácticamente. Esto, John Rawls (200) lo tenía bien claro. En su *Teoría de la Justicia* explicaba que una sociedad, para que pueda ser considerada justa, debía prevalecer la equidad. Para ello, debía regirse bajo dos principios: el principio de igualdad y el principio de diferencia. El principio de libertad señala que cada persona que participa en una práctica o que se ve afectada en ella tiene derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos. El principio de diferencia, en cambio, es una excepción a la igualdad, en el sentido que justifica las desigualdades, siempre que éstas beneficien y sean accesibles para todos.

El desafío vertebral para lograr una igualdad material es el presupuesto con que se debe contar para ello. Calurosas discusiones han surgido entre liberales y socialdemócratas, haciendo ver a la igualdad formal y a la igualdad material como yuxtapuestas. Sin embargo, como sostiene Ferrajoli (2019):

> El nexo entre las dos igualdades se revela en el terreno de la efectividad de ambas. Por un lado, la reducción de las desigualdades materiales es una condición necesaria, no sólo del «pleno desarrollo de la persona humana» […] sino también de la «igual dignidad social» […]. Por otro lado, el grado de igualdad substancial depende del grado de igualdad y no discriminación en las oportunidades, que a su vez equivale al grado de efectiva igualdad en la libertad de realizar los propios proyectos diferentes de vida. Existe por lo tanto una relación de sinergia entre las diversas clases de derechos

> fundamentales sobre las cuales se fundan las dos igualdades: una relación por la cual el grado de igualdad substancial determina el grado de efectiva no discriminación de las diferencias y viceversa.

La igualdad que se predica aquí no se refiere a que todos deben contar con la misma vivienda, la misma vestimenta o la misma remuneración. La idea es que todas las personas cuenten con los recursos y oportunidades suficientes para que nadie esté por debajo del umbral de nivel de vida adecuado, independientemente si unos viven en opulencia o acumulando patrimonio. Como se ha señalado constantemente, es una cuestión de mínimos dignos, no máximos. El objetivo no es eliminar la desigualdad, sino reducir sus brechas. Como sostiene Alexy (1993), «la libertad jurídica para hacer u omitir algo, sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor».

La libertad tiene que ver con elegir autonómicamente y poder realizar los propios proyectos vitales, como poder desplegar ciertas capacidades, y de ello se requiere disponer de recursos y asegurar oportunidades. (Ovejero, 2002). En términos de Sartre (1993), «libre es el que puede realizar sus proyectos».

Este es el mayor desafío para la concreción de la igualdad material. ¿Cómo satisfacer la igualdad material? A continuación, se plantean algunas propuestas que, si bien son poco convencionales, valen la pena referirlas.

2.3.3. Constitución de la República del Ecuador respecto a una vida digna

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 reconoce el derecho a una vida digna como un derecho básico integrado con la garantía de otros derechos que también han sido considerados básicos.

El artículo 66, número 2, es el más explícito en este sentido, pues menciona lo siguiente:

> El derecho a llevar una vida digna, que garantiza su preservación y desarrollo, así como la provisión de salud, alimentación y nutrición, agua pura, vivienda adecuada, saneamiento ambiental, educación, trabajo y empleo, descanso y ocio, cultura física, vestimenta, seguridad social y otras necesidades sociales.

Esto también implica que, vivir dignamente no solo involucra la ausencia de necesidad material, sino también el acceso a una serie de condiciones y servicios que facilitan el completo desarrollo de los seres humanos.

La constitución ecuatoriana se basa en una filosofía que se conoce como Buen Vivir o Sumak Kawsay, que trasciende la idea de un simple crecimiento económico y persigue una vida en armonía con la naturaleza y la comunidad. Muchos de esos derechos que constituyen el Buen Vivir son una contribución inmediata a una vida digna, como el derecho al agua y la alimentación (Art. 12 y 13), así como el derecho a residir en un ambiente sano ecológicamente equilibrado (Art. 14).

Es así que no solo reconoce el derecho a una vida digna de manera explícita, sino que lo articula a través de un conjunto de derechos y deberes que buscan asegurar las condiciones materiales y sociales necesarias para el desarrollo integral y el bienestar de todas las personas.

3. PROPUESTAS Y OBSTÁCULOS

3.1. Propuestas

3.1.1. Renta básica universal

Los grandes cambios tecnológicos, producto de la Cuarta Revolución Industrial, donde un cúmulo de procesos han sido automatizados a través de la inteligencia artificial, han provocado desempleos masivos, descompensando el nivel de vida adecuado al que todos tienen derecho. Desde esta problemática, hay sectores que han propuesto la instauración de una renta básica universal.

La renta básica universal (RBU) consiste en una «cantidad modesta de dinero pagado incondicionalmente a los individuos de forma regular». (Standing, 2018). Es «básica» porque tiene por objeto proporcionar una seguridad económica suficiente para no caer por debajo del umbral de pobreza. Es «universal» porque es pagada a cada miembro de una comunidad, provincia o país.

La RBU ha sido clasificada como derecho humano emergente:

> Todos los seres humanos y los pueblos en que se integran tienen derecho a vivir en condiciones de dignidad.
>
> Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:
>
> 3. El derecho a la renta básica o ingreso ciudadano universal, que asegura a toda persona, con independencia de su edad, sexo, orientación sexual, estado civil o condición laboral, el derecho a vivir en condiciones materiales de dignidad. A tal fin, se reconoce el derecho a un ingreso monetario periódico sufragado con reformas fiscales y a cargo de los presupuestos del Estado,

como derecho de ciudadanía, a cada miembro residente de la sociedad, independientemente de sus otras fuentes de renta, que sea adecuado para permitirle cubrir sus necesidades básicas.

Esta propuesta ha forjado defensores como críticos. Los que defienden esta propuesta alegan que la RBU es una ventaja por las siguientes razones: (i) reduciría los umbrales de pobreza; (ii) las personas gozarían de mayores libertades; (iii) no estarían forzadas a vender su fuerza de trabajo bajo condiciones precarias; (iv) empoderaría a la mujer a no depender de los hombres; y, (v) simplificaría programas de asistencia social. En cambio, quienes la critican, sostienen que la RBU es un problema por los siguientes motivos: (i) el financiamiento para sostenerla; (ii) desincentivaría a la población a trabajar; y, (iii) fomentaría migración y sobrepoblación estatal.

Pese a los pros y contras que puedan tener esta propuesta, el mayor desafío en el que se concuerda es el coste: ¿cómo financiar la RBU con el tiempo? Esto se revisará en el acápite de obstáculos.

3.1.2. Redistribución de alimentos

De acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en América Latina se pierden un 11,6 % de los alimentos. (Agricultura, 2024) En tanto, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) calcula en un 19 % el desperdicio de alimentos que se produce a nivel global en el ámbito del comercio minorista, los servicios de comidas o los hogares. (Agricultura, 2024)

América Latina al 2024, produjo más de 130 millones de toneladas de residuos orgánicos para disposición final. Paradójicamente, al mismo tiempo, las cifras del Informe de El Estado Mundial de la Seguridad Alimentaria y Nutricional 2024 (SOFI) señalan que 41 millones de personas sufrieron hambre en la región y 187,6 millones de personas (28,2 % de la población) padecieron inseguridad alimentaria moderada o grave. (Agricultura, 2024)

De acuerdo a las cifras referidas, el hambre no es causado a falta de alimentos, sino a su falta de acceso a los alimentos que se producen y se desperdician.

Uno de los «micro-derechos» que componen el derecho a un nivel de vida adecuado es el derecho a la alimentación, también conocido como derecho a no padecer hambre. Constituye también una necesidad básica natural que pertenece al «coto vedado». Es tan sagrado que en ciertos estados se justifica el robo famélico como causal de antijuridicidad por haberse perpetrado en un estado de necesidad.

Ante el desperdicio de alimentos, ¿qué hacer? Hay dos opciones: una aversiva y otra gratificante. La aversiva implica la confiscación de alimentos. Que los estados sancionen leyes que permitan la confiscación de alimentos a punto de perecer y redistribuirlos a los más necesitados. En cambio, la gratificante implica la creación de incentivos tributarios para aquellas empresas que donen alimentos a punto de perecer.

3.2. Obstáculos

3.2.1. Financiamiento

Es común leer o escuchar que los derechos de libertad constituyen en inmunidades, mientras que los derechos sociales consisten en prestaciones. Sin embargo, en un sentido, todos los derechos para que sean disfrutados dependen del cumplimiento de obligaciones positivas. «Los derechos son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir». (Holmes & Sunstein, 2011). Sea que se deba exigir el cumplimiento de derechos de libertad o sociales vías gubernamentales, se requiere de financiamiento. Como sostienen Holmes y Sunstein:

La financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bien colectivo e individual. Todos los derechos son, entonces, derechos positivos. (Holmes & Sunstein, 2011)

Aclarado este punto, la inyección de financiamiento para implementar un sistema de renta básica universal ha generado resistencia, sobre todo por parte de los sectores liberales. Hay dos clases de impuestos que se han propuesto con fuente de financiamiento: el impuesto sobre la renta a personas físicas (IRPF) y la fiscalidad progresiva.

Bertomeu y Raventós (2006) proponen una reforma fiscal al Impuesto a la Renta de las Personas Físicas. El IRPF es un impuesto que grava sobre los rendimientos del capital y actividades económicas de las personas naturales. (BBVA, s.f.). Thomas Piketty (2014), en cambio, aboga por una fiscalidad progresiva, lo que implica un impuesto mundial y progresivo a los ingresos, capitales y patrimonios de personas naturales o jurídicas.

Ambos economistas aseguran que si se recauda adecuadamente dichos impuestos, es posible cubrir la RBU. Si la gran mayoría de riqueza mundial está concentrada en unos pocos, lo más justo sería redistribuirla. Esto reduciría las desigualdades socioeconómicas. Sin embargo, para ello se requiere de la voluntad política no solo de los gobiernos, sino de las personas.

3.2.2. Corrupción

De nada sirve contar con un eficiente sistema de recaudación de impuestos si estos no se redistribuyen con equidad. La satisfacción de los derechos, como se ha indicado, requiere de presupuesto. No obstante, una de las causas de la pobreza e insatisfacción de los derechos se debe a la falta de redistribución equitativa de las riquezas, producto de la corrupción.

La CIDH, en su Resolución 11/18, manifestó que la corrupción es un «fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad». (Humanos, 2019). Esto resulta obvio, ya que, como se ha venido manifestando a lo largo de este trabajo, la satisfacción de los derechos depende de financiamiento.

Para combatir la corrupción, asimismo, se necesita de voluntad política para la ejecución de políticas públicas tendientes a satisfacer las necesidades poblacionales; el cumplimiento de las leyes (no evadir impuestos, no cometer peculado, sancionar a los delincuentes, etc.) y el manejo de la cosa pública con transparencia.

IV. CONCLUSIONES

El derecho a un nivel de vida adecuado es un «macro-derecho» de orden fundamental y social compuesto por una serie de necesidades básicas no taxativas y el fomento del desarrollo de las capacidades de los individuos.

El fin del derecho a un nivel adecuado de vida es garantizar libertad y la igualdad de los individuos.

Dos propuestas para garantizar el goce del derecho a un nivel de vida adecuado son la renta básica universal y la redistribución de alimentos.

Dos obstáculos que dificultarían la ejecución de las referidas propuestas son la falta de financiamiento y la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

Agricultura, O. d. (3 de octubre de 2024). *Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura*. Obtenido de https://www.fao.org/americas/news/news-detail/reducir-pda-requieren-financiacion/es

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales.

Barberis, M. (2008). *Ética para juristas.* Trotta Editorial.

BBVA. (s.f.). *BBVA*. Obtenido de https://www.bbva.com/es/salud-financiera/irpf-para-dummies-de-que-hablamos-cuando-hablamos-del-impuesto-sobre-la-renta-de-personas-fisicas/

Berlin, I. (2022). *Dos conceptos de libertad.* Alianza Editorial S.A.

Bertomeu, M. J. & Raventós, D. (2006). El derecho a la existencia y la renta básica de ciudadanía: Una justificación republicana. En G. Pisarello & A. de Cabo de la Vega (Eds.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano* (pp. 19-34). Editorial Trotta.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos.* Sistema.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales.* Universidad Externado de Colombia.

Camus, A. (2014). *La muerte feliz.* Alianza Editorial.

Celano, B. (2022). *El gobierno de las leyes.* Marcial Pons.

Comité de Derechos Económicos, S. (2000). *Observación General 14.* Ginebra.

Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Corte IDH 17 de junio de 2005).

Corte IDH (19 de noviembre de 1999) «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.

De Fazio, F. (2019). *Teoría principialista de los derechos sociales.* Marcial Pons.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio.* Editorial Ariel S.A.

Economipedia. (9 de abril de 2024). *Economipedia*. Obtenido de https://economipedia.com/definiciones/pobreza.html

Farrell, M. (1991). El nivel de vida. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* (9), 119-142.

Fernández Blanco, C. (2021). El déficit de derechos como pobreza y el estado de derecho como superador de la pobreza. En C. Fernández Blanco & E. Pereira Fredes, *Derecho y pobreza.* Marcial Pons.

Ferrajoli, L. (2019). Igualdad, desarrollo económico y democracia. *Isonomía*, (49), 173-185.

Ferrajoli, L. (2019). *La democracia a través de los derechos.* Madrid: Trotta Editorial.

Garzón Valdez, E. (1989). Algo más acerca del «coto vedado». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 209-213.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Hobbes, T. (2005). *Leviatán.* Fondo de Cultura Económica.

Holmes, S. & Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos.* Siglo Veintiuno Editores Argentina.

Humanos, C. I. (2019). *Corrupción y derechos humanos.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Landa, C. (2011). *Derechos fundamentales y justicia constitucional.* Editorial Porrúa.

Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos.* Editorial Astrea.

Nino, C. S. (1990). Autonomía y necesidades básicas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21-34.

Ovejero, F. (2002). *La libertad inhóspita.* Barcelona: Editorial Paidós.

Pettit, P. (1999). *Republicanismo.* Ediciones Paidós Ibérica.

Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia.* Fondo de Cultura Económica.

Rosler, A. (2016). *Razones Públicas. Seis conceptos básicos sobre la república.* Katz Editores.

Rousseau, J. J. (1923). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres.* José del Collado.

Ruiz Manero, J. & Atienza, M. (2007). *Las piezas del Derecho.* Editorial Ariel.

Sartre, J. (1993). *El ser y la nada.* Ediciones Altaya.

Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad.* Editorial Planeta.

Standing, G. (2018). *La renta básica.* Ediciones de Pasado y Presente.

Walzer, M. (2001). *Esferas de la justicia.* Fondo de Cultura Económica.

Recibido: 16-07-2025
Aprobado: 07-01-2026

La reforma constitucional del artículo 21 y la protección del patrimonio cultural no descubierto como expresión del derecho a la identidad cultural en un Perú pluricultural

The constitutional reform of article 21 and the protection of undiscovered cultural heritage as an expression of the right to cultural identity in a pluricultural Peru

✍ Luis Andrés Roel Alva*

Resumen

La reforma constitucional del artículo 21 de la Constitución Política del Perú, realizada a través de la Ley 31414 (2022), representa un paso decisivo en la salvaguarda del patrimonio cultural de la Nación. Esta reforma otorga rango constitucional a la titularidad estatal, inalienable e imprescriptible sobre los bienes culturales aún no descubiertos, localizados en el subsuelo y en espacios subacuáticos. De este modo, se supera el conflicto existente y la necesidad de proteger los restos arqueológicos y paleontológicos antes de ser hallados, previniendo

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla–La Mancha (España). Maestro en Gestión Pública en USMP. Con Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (EE. UU.) en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Código ORCID: 0000-0002-9784-137X. Correo electrónico: luis.roelalva@gmail.com

con esta medida el saqueo, el tráfico ilícito y la destrucción de contextos que nos arrojarían mayores luces sobre nuestro pasado, garantizando su conservación para nuestras futuras generaciones.

Además de su dimensión patrimonial, la reforma fortalece el derecho fundamental a la identidad cultural, previsto en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución, y consolida el reconocimiento del Perú como Estado pluricultural y pluriétnico. En este sentido, los bienes culturales no descubiertos trascienden lo material, toda vez que constituyen manifestaciones simbólicas de la memoria histórica y de la continuidad cultural de las comunidades indígenas y originarias; mientras que los yacimientos paleontológicos inexplorados constituyen una fuente imprescindible para el conocimiento de la evolución de nuestro territorio y medio ambiente.

La parte dogmática de la Constitución eleva la identidad cultural a la categoría de derecho fundamental, mientras que la parte orgánica exige políticas y programas que garanticen su cumplimiento, como el programa cultural del Estado. A su vez, el derecho comparado en países como Ecuador, Bolivia y Honduras (para citar solo algunos ejemplos) evidencia una tendencia regional a declarar el patrimonio cultural como inalienable e imprescriptible, en armonía con estándares internacionales de protección.

En síntesis, la reforma del artículo 21 refuerza la soberanía cultural del Perú, garantiza la preservación intergeneracional de su herencia y consolida la identidad cultural como pilar del Estado constitucional.

Palabras clave

patrimonio, identidad cultural, reforma, pluriculturalidad, soberanía.

Abstract

The constitutional reform of Article 21 of the Political Constitution of Peru, enacted through Law No. 31414 (2022), represents a decisive step in safeguarding the nation's cultural heritage. This reform grants constitutional status to the inalienable and imprescriptible state ownership of undiscovered cultural assets located underground and underwater. In this way, the existing conflict is resolved, addressing the need to protect archaeological and paleontological remains before they are found. This measure prevents looting, illicit trafficking, and the destruction of contexts that could shed greater light on our past, guaranteeing their preservation for future generations.

In addition to its heritage dimension, the reform strengthens the fundamental right to cultural identity, enshrined in Article 2, paragraph 19 of the Constitution, and consolidates the recognition of Peru as a multicultural and multiethnic state. In this sense, undiscovered cultural assets transcend the material, as they constitute symbolic manifestations of historical memory and the cultural continuity of indigenous and native communities; while unexplored paleontological sites are an essential source for understanding the evolution of our territory and environment.

The dogmatic part of the Constitution elevates cultural identity to the category of a fundamental right, while the organic part requires policies and programs that guarantee its fulfillment, such as the State's cultural program.

Furthermore, comparative law in countries like Ecuador, Bolivia, and Honduras (to cite just a few examples) demonstrates a regional trend toward declaring cultural heritage inalienable and imprescriptible, in accordance with international protection standards.

In short, the reform of Article 21 reinforces Peru's cultural sovereignty, guarantees the intergenerational preservation of its heritage, and consolidates cultural identity as a pillar of the constitutional State.

Keywords

heritage, cultural identity, reform, multiculturalism, sovereignty.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** REFORMA CONSTITUCIONAL. **III.** IMPORTANCIA. **IV.** PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN. **V.** PARTE ORGÁNICA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. **VI.** DERECHO COMPARADO. **VII.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La modificación del artículo 21 de la Constitución Política del Perú constituye un avance decisivo en la construcción de un Estado que reconoce y resguarda su riqueza cultural en todas sus manifestaciones. Antes de esta reforma, los bienes culturales aún no descubiertos carecían de un marco de protección real, quedando expuestos al saqueo, a la pérdida o a su eventual destrucción. Con la promulgación de la Ley 31414 (2022), Ley de Reforma Constitucional, dichos bienes adquirieron rango constitucional bajo la titularidad del Estado, estableciéndose su carácter inalienable e imprescriptible, lo que garantiza su custodia incluso antes de ser hallados.

Esta innovación jurídica no solo corrige un vacío normativo, sino que también refuerza el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2 inciso 19 de la carta magna. En un país pluricultural y pluriétnico como el Perú, la reforma se erige como una herramienta para proteger la memoria histórica, salvaguardar la diversidad cultural y asegurar la transmisión de tradiciones y valores a las futuras generaciones.

Aún más, debemos reconocer que nuestro Estado tiene una carencia crónica de recursos para la protección de su enorme patrimonio cultural, especialmente el arqueológico. Según nota de prensa del Ministerio de Cultura, en abril de 2024 tenían identificados 27 060 sitios arqueológicos; pero la cantidad de sitios por descubrir y registrar fácilmente puede ser el doble, abarcando desde vestigios aislados

del antiguo camino inca —el Qhapaq Ñan, reconocido como patrimonio mundial y recorriendo 6 países de nuestro continente— hasta construcciones monumentales como Peñico, en Huaura, cuyo descubrimiento se reveló este año de 2025.

La dificultad de conocerlos se ve aumentada por su dispersión en todo el territorio nacional, y por hallarse muchos de ellos en zonas de difícil acceso. Por lo tanto, la reforma constitucional tiene asimismo un carácter preventivo, al establecer automáticamente la protección obligatoria por parte del Estado de este ingente patrimonio.

De igual forma, esta garantía constitucional coloca al Perú en sintonía con los estándares internacionales y regionales que conciben el patrimonio cultural como un bien intergeneracional y una expresión de soberanía cultural. En consecuencia, la reforma del artículo 21 trasciende un mero ajuste normativo, pues encarna un compromiso político y jurídico con la protección del patrimonio nacional, con la afirmación de la identidad cultural como eje del orden constitucional.

Cabe precisar que la presente investigación se sustenta en el Proyecto de Ley 5858/2020-CR, presentado por mi persona en mi calidad de entonces congresista de la República, el 24 de julio de 2020. De igual forma, agradezco para esta finalidad el apoyo de mis asistentes académicos, Walter Estrella Paita y Raquel Álvarez Dávalos.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional del artículo 21 de la Constitución Política del Perú representa un hito en la protección del patrimonio cultural de la Nación al incorporar explícitamente a los bienes culturales no descubiertos como parte del acervo cultural común. Este cambio, materializado en la Ley 31414, publicada el 12 de febrero de 2022, otorgó rango constitucional a la titularidad estatal sobre estos bienes, declarando su carácter inalienable e imprescriptible.

Ahora, en cuanto a los antecedentes de la reforma, la iniciativa se originó en el Proyecto de Ley 5858/2020-CR, presentado el 24 de julio de 2020, aprobado inicialmente por el Congreso de la República y convertido en la Ley 31304 (2021). No obstante, esta norma fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional debido a vicios en el procedimiento legislativo. Pese a ello, la propuesta fue retomada en la nueva legislatura (2021-2026) bajo el Proyecto de Ley 1160/2021-CR, lo que finalmente permitió la promulgación de la mencionada Ley 31414. Al respecto, el artículo 21 establece: «En el caso de los bienes culturales

no descubiertos, ubicados en el subsuelo y en zonas subacuáticas del territorio nacional, la propiedad de los mismos pertenece al Estado. Esta titularidad estatal es inalienable e imprescriptible».

Esta modificación implica reconocer al bien cultural como una entidad jurídica autónoma, sin necesidad de un acto administrativo de registro o declaración, superando así el esquema anterior que dejaba sin resguardo a los vestigios arqueológicos aún no descubiertos. En esa línea, la reforma atiende a una dificultad práctica: la incapacidad del Estado para inscribir bienes inexistentes al momento.

Bajo el régimen previo, dichos objetos quedaban expuestos al saqueo, al tráfico ilícito y a su eventual destrucción. De hecho, con el nuevo marco constitucional, al establecer la titularidad estatal desde antes de su hallazgo, se otorga al Estado la facultad de reclamar y proteger estos bienes desde el inicio mismo de su existencia.

Asimismo, más allá de la dimensión patrimonial, la reforma adquiere un profundo sentido cultural y de identidad, pues fortalece la memoria histórica y el derecho fundamental a la identidad cultural reconocida por nuestra carta magna en el artículo 2, inciso 19. Ahora, en un país pluricultural y pluriétnico como el Perú, esta garantía asegura la preservación y transmisión de valores, símbolos y referentes culturales hacia las generaciones futuras.

En consecuencia, el artículo 21 constitucional reformado deja de ser una declaración abstracta para convertirse en un instrumento efectivo de defensa constitucional tanto del patrimonio como de la identidad cultural colectiva, en armonía con los estándares internacionales y regionales de protección de bienes culturales.

III. IMPORTANCIA

La reforma constitucional del artículo 21 de nuestra norma magna no constituye solo un ajuste técnico, sino un avance esencial en la defensa de la identidad cultural y la memoria histórica del Perú. Antes de su aprobación, los bienes culturales no descubiertos carecían de protección efectiva y quedaban expuestos al saqueo y destrucción. Por lo tanto, con la declaración de su titularidad estatal como inalienable e imprescriptible, el Estado puede protegerlos desde su existencia misma. Además, la reforma fortalece el derecho a la identidad cultural reconocido en nuestra constitución, mencionando que:

> **Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:
>
> 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

> Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, artículo 19 inciso 19).

Asegurando así la preservación de la memoria histórica, las tradiciones y los referentes culturales, especialmente de las comunidades indígenas y originarias. Aparte, se enfoca en que toda persona tiene derecho a preservar su identidad étnica y cultural, reconociendo el Estado la diversidad que conforma la Nación y comprometiéndose a protegerla. Asimismo, garantiza que toda persona de nacionalidad peruana pueda expresarse en su idioma nativo ante cualquier autoridad o funcionario público, contando con un intérprete si fuera necesario, derecho que también se extiende a los extranjeros cuando deban presentarse ante alguna autoridad.

Aparte, la reforma se vincula con la consolidación del carácter pluricultural del Estado, dado que la constitución reconoce al Perú como un país pluricultural y pluriétnico. Al respecto, nuestra Constitución Política del Estado (1993) menciona:

> **Artículo 89.-** Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.
>
> Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.
>
> El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993)

En este sentido, no se trata únicamente de proteger objetos materiales existentes, sino de reafirmar la diversidad cultural como eje y fundamento mismo de la nación, lo que fortalece la inclusión de comunidades históricamente invisibilizadas y asegura su aporte en la construcción del proyecto nacional.

Es más, la reforma eleva el estándar jurídico del Perú al alinearlo con normas internacionales y regionales que reconocen la inalienabilidad e imprescriptibilidad del patrimonio cultural, reforzando su soberanía y coherencia con el derecho internacional. Además, tiene una proyección intergeneracional, pues los bienes no descubiertos son testimonios vivos de la memoria e identidad colectiva que deben preservarse y transmitirse a las futuras generaciones para garantizar la continuidad de la historia y la herencia cultural de la nación.

IV. PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

La parte dogmática de la Constitución Política del Perú está constituida por el conjunto de normas que consagran los derechos fundamentales de las personas y que representan el núcleo central de la Constitución. Esta arquitectura y construcción constitucional, que reconoce los derechos fundamentales de toda persona humana dentro de la sociedad, representa el núcleo axiológico y fundamento mismo del Estado peruano, que no se limita únicamente a enumerar las garantías, sino que además obliga al Estado su estricto cumplimiento, misma que recae sobre las instituciones del Estado y los operadores jurídicos, para que en aplicación de su potestad conferida por el Estado, protejan y garanticen el respeto de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, constituyéndose así el sistema de administración de justicia del Estado constitucional de derecho.

El contenido dogmático de nuestra constitución se encuentra principalmente en el Título I: de la Persona Humana y de la sociedad (artículo 1 al artículo 42), reconociendo entre otros, derechos como:

> **Artículo 1.- Defensa de la persona humana**
> La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993)

La eficacia y coherencia de la parte dogmática no radica en una lectura de los preceptos constitucionales como cajones estancos, sino de una interpretación sistemática y conjunta. Los derechos fundamentales, como en este caso el derecho a la identidad cultural, se construyen a partir de una serie de preceptos que se componen y potencian entre sí. Dentro de este marco, se reconoce expresamente el derecho a la identidad cultural, lo que implica que la protección del patrimonio no es solo un tema administrativo o de política pública, sino un verdadero derecho fundamental de toda persona y comunidad.

Aparte, se establece como pilar el deber fundamental del Estado de velar y salvaguardar los intereses de consumidores y usuarios, garantizando el derecho a recibir información oportuna y clara respecto de los bienes y servicios ofertados dentro del mercado y, además, tiene como objetivo principal el de proteger la salud y seguridad de la población frente a cualquier riesgo derivado de dichas actividades.

4.1. Derecho a la Identidad Cultural (como patrimonio y bien constitucional)

El derecho a la identidad cultural, entendido como patrimonio y como bien constitucional, no se reduce a una mera declaración normativa, sino que constituye

un pilar fundamental del constitucionalismo actual. Es más, este derecho conecta tanto a la persona como a los pueblos con el legado histórico y simbólico que posibilita la formación de un proyecto común de Nación. En primer lugar, como patrimonio, la identidad cultural debe concebirse en dos dimensiones:

- **Material**: Que alude a los bienes arqueológicos, históricos, artísticos y monumentales que reflejan la creatividad y evolución de las sociedades a través del tiempo.
- **Inmaterial**: Relacionado con las tradiciones, lenguas, visiones del mundo, prácticas sociales y rituales que otorgan significado a la vida comunitaria.

Ambas dimensiones conforman un patrimonio colectivo que pertenece no únicamente a las generaciones actuales, sino por sobre todo a las futuras, lo que refuerza su carácter intergeneracional. En esta línea, la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), mediante la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003), ha establecido que la desaparición de prácticas culturales constituye una afectación al derecho a la identidad, ya que implica la pérdida de referentes que garantizan la cohesión social.

En segundo lugar, como bien constitucional, la identidad cultural actúa tanto como un límite como un mandato para los poderes públicos. Incluso, este se erige en un bien jurídico de máxima jerarquía, que obliga al Estado no solo a evitar su afectación, sino también a impulsar políticas activas para conservarlo, difundirlo y asegurar su transmisión. Por tanto, las disposiciones constitucionales sobre patrimonio cultural no deben entenderse como simples enunciados programáticos, sino como auténticos mandatos de optimización que orientan la función estatal. El artículo 2, inciso 19, de la Constitución establece que: «Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación».

Este reconocimiento expreso en la carta fundamental destaca a la identidad cultura como un derecho fundamental, vinculándola directamente con la dignidad humana y la diversidad. Esto supone para el Estado tanto deberes positivos, como garantizar su pleno ejercicio, como deberes negativos, consistentes en abstenerse de cualquier acción que la vulnere.

Del mismo modo, el mencionado artículo 89 de la Constitución Política expresa un reconocimiento legal y autonomía a las comunidades campesinas y nativas, lo que fortalece la dimensión colectiva de este derecho, al asegurarles la facultad de organizarse, disponer de sus tierras y conservar sus costumbres y modos de vida.

En esa línea, el hecho de que la reciente reforma del artículo 21 haya establecido y otorgado titularidad estatal a los bienes culturales no descubiertos, le otorga un respaldo constitucional a este derecho fundamental, pues garantiza que dichos bienes sean preservados como parte del patrimonio común de la nación y, en consecuencia, como elementos constitutivos de la identidad cultural colectiva. En tanto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 03326-2017-PA/TC ha sostenido que:

> El pluralismo cultural es reconocido y se tutela la riqueza lingüística de la nación, dado que siendo el castellano el idioma oficial, el artículo 48 prevé que son idiomas oficiales, en las zonas que predominen, el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz *vs.* Honduras, ha señalado que:

> El derecho a la identidad cultural constituye un elemento fundamental de los pueblos indígenas y tribales, derivado del artículo 21 de la Convención Americana, el cual protege su relación especial con el territorio y los bienes naturales que en él existen. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015, párr. 145)

En este sentido, el derecho a la identidad cultural debe ser concebido como un patrimonio y bien constitucional:

- **Patrimonio**, porque constituye un legado histórico y simbólico que pertenece a todos los peruanos, incluidas las generaciones futuras.
- **Bien constitucional**, porque su protección está asegurada en el texto fundamental, vinculando a todos los poderes públicos en la obligación de preservarlo.

De este modo, la parte dogmática de la Constitución no se limita a admitir la diversidad cultural, sino que la erige como un pilar fundamental del orden constitucional, base de la cohesión social y de la proyección del Perú en tanto Estado pluricultural y pluriétnico. En síntesis, el reconocimiento de la identidad cultural como patrimonio y bien constitucional abre un espacio de interacción entre el derecho y las políticas públicas. Ello exige implementar medidas educativas, de memoria histórica y de participación ciudadana que permitan a la población reconocerse en su herencia cultural.

En este contexto, la reforma del artículo 21 de nuestra constitución política se convierte en un instrumento que no solo protege vestigios arqueológicos, sino que también garantiza las bases simbólicas para el ejercicio pleno de la ciudadanía cultural en un Estado pluricultural.

4.1.1. Derecho a la Identidad Cultural Individual

El derecho a la identidad cultural posee, en primer término, una dimensión individual vinculada al reconocimiento de cada persona como portadora de una herencia cultural propia. En esa línea, el artículo 2, inciso 19 de la Constitución garantiza que toda persona pueda conservar y manifestar libremente su identidad étnica y cultural, lo que incluye su lengua, costumbres, tradiciones y creencias.

Cabe recalcar que, el derecho a la identidad cultural individual no se restringe únicamente al reconocimiento de la pertenencia étnica ni al uso de una lengua originaria; por el contrario, abarca la libertad de cada persona para autodefinirse culturalmente y para ejercer sus prácticas culturales dentro de un marco de respeto a la diversidad. En consecuencia, este derecho se integra como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, donde la cultura constituye un elemento esencial de la dignidad humana.

Asimismo, el individuo posee la facultad de conservar, transformar o incluso enriquecer su identidad cultural en diálogo constante con otras tradiciones. De este modo, se evita concebirla como un elemento estático o inmutable. Por lo tanto, la identidad cultural individual debe entenderse como un proceso dinámico y evolutivo, frente al cual el Estado tiene el deber de garantizar que ningún mecanismo de homogeneización social ni presión cultural restrinja la capacidad de cada persona para ejercerla.

De igual manera, este derecho conlleva una protección frente a la discriminación cultural. En efecto, la imposición de estereotipos o la exclusión basada en la lengua, la vestimenta, la religión o costumbres constituye una vulneración directa de la identidad cultural individual. Al respecto, diversos organismos internacionales han respaldado esta perspectiva; por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General 23 (1994) sobre derechos de las minorías, señaló que toda persona debe poder «disfrutar de su propia cultura» sin ser objeto de interferencias.

Esta dimensión asegura que nadie se vea forzado a abandonar sus raíces culturales para integrarse a la vida nacional. Tal como lo precisó el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 03326-2017-PA/TC, la

diversidad cultural y lingüística es reconocida como un derecho fundamental, de modo que el Estado debe promover la enseñanza, el uso y la conservación de estas lenguas originarias y de otras expresiones culturales en aquellas zonas donde prevalezcan.

La relevancia de esta faceta radica en que permite al individuo reconocerse y ser reconocido como parte de un colectivo cultural, garantizando su dignidad y autenticidad. Por ello, la identidad cultural individual no puede entenderse solo como una forma de expresión, sino como un elemento esencial de la personalidad y del libre desarrollo humano.

Por otra parte, el reconocimiento de esta dimensión individual conlleva igualmente una obligación para el Estado en el campo educativo. En este sentido, garantizar una educación intercultural bilingüe no solo contribuye a la preservación de las lenguas originarias, sino que también asegura que los niños y jóvenes crezcan en un ambiente que valore y respete su herencia cultural. De esta manera, el derecho a la identidad cultural individual se transforma en un elemento esencial para la integración social, ya que fomenta el respeto recíproco y fortalece la cohesión dentro de un estado pluricultural.

Asimismo, la identidad cultural individual guarda una relación directa con el derecho a la memoria personal y familiar. Toda vez que, cada persona tiene el derecho de transmitir a sus descendientes sus tradiciones, relatos e instituciones culturales, lo que favorece la continuidad de la diversidad cultural de la nación. En caso contrario, la pérdida de este derecho no solo afectaría la esfera individual, sino que también debilitaría el acervo colectivo del país.

4.1.2. Derecho a la Identidad Cultural Colectiva

La identidad cultural tiene también una dimensión colectiva, vinculada a los pueblos, comunidades y grupos que comparten una misma historia, lengua, cosmovisión y patrimonio común. Esta visión está respaldada por el artículo 89 de la Constitución, que reconoce la existencia legal y la autonomía de las comunidades campesinas y nativas, así como por el reconocimiento del Perú como un Estado pluricultural y pluriétnico.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la identidad cultural constituye un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales, estrechamente relacionado con su territorio y con los bienes naturales y culturales que lo integran (Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras,

2015)[1]. En consecuencia, el derecho colectivo supone el reconocimiento del nexo entre el pueblo y su herencia cultural, histórica y territorial.

En este contexto, la reforma del artículo 21 de la carta magna adquiere especial importancia, ya que, al establecer la titularidad estatal sobre los bienes culturales no descubiertos, impide que estos puedan ser apropiados o explotados por privados de manera indebida y los preserva como parte del acervo común de la Nación. Con ello, se protege a las comunidades frente a posibles despojos culturales y se asegura la transmisión intergeneracional de su memoria histórica.

En síntesis, la dimensión individual asegura a cada persona la libertad de expresar su identidad cultural, mientras que la dimensión colectiva garantiza que los pueblos y comunidades preserven y transmitan su cultura como parte esencial del patrimonio nacional y de la diversidad cultural reconocida como bien constitucional.

V. PARTE ORGÁNICA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La parte orgánica de la Constitución no solo regula el funcionamiento del Estado, sino que además establece garantías y condiciones institucionales necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la parte dogmática. En relación con el derecho a la identidad cultural y la salvaguarda del patrimonio, esto implica que las normas orgánicas deben materializarse en mecanismos concretos que permitan pasar de la proclamación normativa a la acción real y efectiva.

Un primer aspecto relevante es la distribución de funciones y competencias entre los distintos niveles de gobierno. Es más, la lógica de la descentralización administrativa determina que, tanto los gobiernos regionales como las municipalidades asuman responsabilidades específicas en la protección del patrimonio cultural. De este modo, el diseño orgánico de la Constitución garantiza que la defensa de la identidad cultural no se concentre exclusivamente en el nivel central, sino que se ejecute de manera articulada y cercana a las comunidades portadoras de dichas expresiones.

Otro punto esencial es el papel de los organismos constitucionales autónomos. Instituciones como la Defensoría del Pueblo (2016) cumplen un rol de supervisión y de advertencia frente a posibles vulneraciones del derecho a la

---

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf

identidad cultural. Su presencia responde a la lógica de equilibrio y control entre instituciones, lo que refuerza la eficacia en la protección de derechos.[2]

Del mismo modo, la parte orgánica proporciona la base para el diseño de políticas culturales con carácter de Estado. Estas no deben entenderse como medidas coyunturales, sino como programas permanentes sustentados en mandatos constitucionales que trascienden la temporalidad de los gobiernos. En consecuencia, la articulación entre el Poder Ejecutivo, el Congreso y los gobiernos subnacionales resulta indispensable para consolidar un sistema integral de protección cultural.

Un cuarto elemento es la vinculación entre la Constitución y los tratados internacionales. La parte orgánica respalda la capacidad del Estado para suscribir y cumplir convenios internacionales sobre patrimonio y diversidad cultural, generando obligaciones jurídicas que fortalecen el marco interno. Así, se institucionaliza la apertura del derecho nacional a estándares internacionales que complementan la defensa de la identidad cultural.

Finalmente, la parte orgánica garantiza también la participación ciudadana y comunitaria en la gestión del patrimonio. Mecanismos como la consulta, la participación vecinal y el control social no solo refuerzan la democracia, sino que además aseguran que las comunidades sean reconocidas como actores activos en la preservación de su cultura. De esta forma, se concreta el principio de que la identidad cultural no puede gestionarse únicamente desde las instancias estatales, sino que requiere la participación protagónica de los propios portadores de la diversidad.

5.1. Programa cultural del Estado / Programa constitucional

El reconocimiento constitucional del Perú como Estado pluricultural y pluriétnico (art. 2, inciso 19 y 89) impone al Estado el deber de desarrollar un auténtico programa cultural orientado a la protección, conservación y promoción de la diversidad cultural. Además, este programa no se restringe a normas sectoriales o disposiciones administrativas, sino que constituye un mandato constitucional de actuación, que debe concretarse en políticas públicas integrales y permanentes.

La modificación del artículo 21 representa un ejemplo específico de cómo la parte orgánica de la Constitución establece mecanismos para asegurar la pro-

---

2 Defensoría del Pueblo. (2006). Informe Defensorial 107 «La Defensoría del Pueblo y el Derecho a la Identidad Cultural» Campañas de documentación y la supervisión 2005-2006, pág. 3. Disponible en: https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/021documentos/FB1B0965182A823D05258154005AF1AE/$FILE/Informe_N_107.pdf

tección del patrimonio cultural, pues atribuye al Estado la titularidad de los bienes culturales no descubiertos y con ello se le otorgan instrumentos jurídicos para su defensa, preservación y puesta en valor. Este programa cultural puede entenderse en dos dimensiones:

- **Dimensión normativa:** supone que el Estado tiene la responsabilidad de emitir leyes, reglamentos y políticas que garanticen la protección del patrimonio cultural, tanto material como inmaterial, descubierto o aún no descubierto. En este marco, la Ley 31414 se incorpora reforzando la función estatal de salvaguarda con respaldo constitucional.
- **Dimensión institucional:** implica la actuación activa de entidades especializadas como el Ministerio de Cultura, así como de los gobiernos regionales y locales, quienes deben coordinar acciones para conservar el legado cultural. Esta obligación no es opcional, sino que emana directamente del mandato constitucional que vela por la protección efectiva del patrimonio cultural como bien común de la Nación.

En este escenario, la constitución garantiza la protección cultural, pero para ser efectiva debe existir un desarrollo del precepto constitucional tornándose en una política de Estado, cuyo objetivo radica en:

- Garantizar la integridad del patrimonio cultural como expresión de identidad nacional.
- Evitar la desposesión cultural y simbólica de comunidades y pueblos indígenas.
- Promover el acceso a través de una cultura de valorización y generar una adecuada transmisión intergeneracional de la memoria histórica.

En tal sentido, la presente ponencia sostiene que la protección del patrimonio cultural no descubierto es condición esencial para garantizar la diversidad cultural y la autodeterminación de los pueblos, ya que funge como reserva fundamental de memoria y tradición, que representa la cosmovisión de los pueblos que aún no han sido integradas oficialmente, pero que la comprensión y entendimiento del pasado legitiman la pluralidad de identidad que conforman la nación. Adicionalmente, este patrimonio no descubierto ligado estrechamente a territorios ancestrales, son elementos clave para una cohesión social más articulada que permite a estos pueblos definir su propio desarrollo a partir de la herencia cultural. En conclusión, la parte orgánica de la Constitución sienta las bases de un programa cultural estatal que, además de prevenir la pérdida del patrimonio, afirme la pluralidad cultural como eje del proyecto nacional.

VI. DERECHO COMPARADO

La garantía constitucional del patrimonio cultural no descubierto y su conexión con el derecho a la identidad cultural no constituye una singularidad del Perú, sino que se inserta en una corriente regional en América Latina orientada a constitucionalizar la diversidad cultural y a reconocer el patrimonio como un bien inalienable, imprescriptible y de carácter intergeneracional.

Ahora, cabe recalcar que, el análisis comparado permite apreciar que la protección constitucional del patrimonio cultural no descubierto y la garantía del derecho a la identidad cultural forman parte de una tendencia tanto global como regional, orientada a consolidar la diversidad cultural como pilar de los Estados contemporáneos. Aunque ya se han mencionado los casos de Ecuador, Bolivia y Honduras, resulta relevante ampliar el panorama hacia otros sistemas jurídicos que refuerzan esta visión. Un primer referente lo constituye la Constitución de Colombia de 1991, la cual menciona: «**Artículo 8.** Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación».

De este modo, se impone al Estado y a la ciudadanía el deber de resguardar las riquezas culturales y naturales de la Nación. Asimismo, se complementa que:

> **Artículo 70.-** El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.
>
> La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

Es así como, se reconoce la cultura como base de la nacionalidad y compromete al Estado a promoverla en todas sus expresiones, garantizando la igualdad de las diversas culturas presentes en el territorio. Con ello, se reafirma el carácter pluralista y se legitima la participación activa de las comunidades en la preservación de su patrimonio.

En el caso de México, la reforma constitucional de 2009 en materia cultural estableció la obligación estatal de garantizar el acceso a bienes y servicios culturales, así como de conservar y enriquecer los elementos constitutivos de la identidad cultural nacional. Es así como esta disposición se complementa con la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos

de 1972, que declara propiedad de la Nación a los monumentos arqueológicos aún no descubiertos, anticipando así la lógica que hoy acoge la Constitución peruana.

Por otro lado, la Constitución Española de 1978, menciona:

> **Artículo 46.-** Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

De esta forma, este texto constitucional se orienta en una protección del patrimonio histórico, cultural y artístico, imponiendo a los poderes públicos el deber de asegurar su conservación y enriquecimiento. Por ende, esta norma ha sido el fundamento de políticas culturales descentralizadas en las comunidades autónomas, ofreciendo un modelo valioso de cooperación entre el Estado central y los gobiernos regionales.

Del mismo modo, la Constitución Italiana de 1947, señala:

> **Articulo 9.-** La Republica promoverá el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica.
> Salvaguardara el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación.

Es así como se establece que la República fomenta el desarrollo cultural y protege tanto el paisaje como el patrimonio histórico y artístico de la Nación. Además, la Corte Constitucional italiana ha interpretado esta disposición como un mandato para tutelar el patrimonio en tanto bien común, por encima de intereses particulares.

En el ámbito internacional, tratados como la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, la Convención de la UNESCO de 1970 contra el tráfico ilícito de bienes culturales y el Convenio UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, han consolidado estándares globales que influyen directamente en la interpretación constitucional de los Estados.

En esta misma, línea se ubica la reforma de nuestra Constitución peruana (1993):

> **Artículo 21.-** Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural

de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional.

Entendiéndose que, al reconocer que los bienes culturales no descubiertos forman parte del patrimonio de la humanidad y requieren medidas de protección anticipada. En conclusión, el derecho comparado evidencia que la consagración constitucional del patrimonio cultural responde a una lógica común: resguardar la memoria histórica frente a amenazas externas o intereses privados, garantizar su transmisión a futuras generaciones y fortalecer la soberanía cultural.

De esta manera, el caso peruano se integra en una red de experiencias constitucionales que, con sus particularidades, comparten el propósito de afirmar la identidad cultural como un derecho fundamental y un bien jurídico de máxima jerarquía.

6.1. Constitución de Ecuador

La Constitución ecuatoriana (2008) integra un enfoque integral y transversal de la protección y conservación del patrimonio cultural, vinculado directamente a un respeto integral sobre la diversidad y los derechos culturales de los pueblos, y nacionalidades del país. Asimismo, el artículo 379 establece: «Los bienes culturales patrimoniales del Estado serán inalienables, inembargables e imprescriptibles. El Estado tendrá derecho de prelación en la adquisición de los bienes del patrimonio cultural y garantizará su protección. Cualquier daño será sancionado de acuerdo con la ley».

Cabe recalcar que este enfoque constitucional se articula con la afirmación del Estado plurinacional y multicultural, así como con los principios de interculturalidad y memoria social. Además, la protección de bienes culturales no solo es preventiva, sino activa, orientada a su difusión, recuperación y valorización como expresión de identidad y soberanía.

6.2. Constitución y legislación del Estado Plurinacional de Bolivia

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009) establece de forma expresa que: «El patrimonio cultural del pueblo boliviano es inalienable, inembargable e imprescriptible». Esta norma se complementa con la Ley 530 - Ley

del Patrimonio Cultural Boliviano (2014), cuyo artículo 13 regula expresamente la propiedad del Estado sobre los considerados bienes culturales aún no descubiertos: «El Patrimonio Arqueológico, Paleontológico y Subacuático Boliviano, descubierto y por descubrir, es de propiedad del Estado Plurinacional de Bolivia [...] Esta propiedad es colectiva e incluye a todas las bolivianas y los bolivianos, del presente y de las generaciones futuras».

Este modelo jurídico reconoce al patrimonio no como un objeto de apropiación o transacción, sino como expresión intergeneracional de la identidad cultural colectiva, indisociable de la territorialidad y la cosmovisión indígena.

6.3. Constitución de la República de Honduras

La Constitución hondureña de 1982, reformada en diversas oportunidades, también afirma un principio de defensa estatal del patrimonio cultural, estableciendo en su artículo 172, que señala lo siguiente: «Toda riqueza antropológica, arqueológica, histórica y artística de Honduras forma parte del patrimonio cultural de la nación […]. Es deber de todos los hondureños velar por su conservación e impedir su sustracción».

Esta disposición resalta el deber colectivo de protección y el papel proactivo del Estado, al tiempo que impone límites a la disposición privada de bienes con valor histórico o cultural. En consecuencia, a partir del caso peruano (con la reforma del artículo 21 de su Constitución), esta protección no solo se alinea con esta tendencia marcada a nivel regional, sino que reafirma su soberanía cultural, su compromiso con la diversidad, y su adhesión a estándares jurídicos internacionales.

VII. CONCLUSIONES

La reforma constitucional del artículo 21 del texto fundamental constituye un hito normativo de alcance estructural, al reconocer con rango constitucional la titularidad estatal, inalienable e imprescriptible, sobre los bienes culturales no descubiertos. Esta modificación permite subsanar vacíos normativos que, hasta ahora, limitaban la protección efectiva de una parte sustancial del patrimonio arqueológico, subacuático y cultural del país.

El nuevo marco constitucional no solo fortalece las competencias del Estado para la defensa y recuperación del patrimonio cultural, sino que también responde a un mandato superior de justicia histórica, reconociendo que dichos bienes no son simples objetos, sino expresiones materiales de la memoria, la espiritualidad y la identidad colectiva de los pueblos originarios del Perú.

En tanto el Perú es un Estado pluricultural y pluriétnico, así lo establecen el inciso 19 del artículo 2 y el artículo 89 de la Constitución, la reforma se alinea con el deber estatal de proteger y promover la diversidad cultural. En efecto, garantizar la integridad del patrimonio cultural (incluso antes de su descubrimiento) es proteger el derecho que tienen los pueblos a existir y proyectarse culturalmente, en condiciones de igualdad, dignidad y continuidad histórica.

El análisis comparado demuestra que esta reforma coloca al Perú en sintonía con estándares constitucionales y legales adoptados en países como Bolivia, Ecuador y Honduras, donde la protección del patrimonio cultural se entiende como parte integral de la soberanía cultural y del derecho a la identidad de las comunidades.

En el plano jurisprudencial, tanto el Tribunal Constitucional del Perú como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han reiterado que la identidad cultural constituye el contenido esencial de los derechos fundamentales, pero de forma particular respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, reconociendo su vínculo especial con el territorio y los bienes que en él existen.

Finalmente, la protección constitucional del patrimonio cultural debe entenderse como un mandato intergeneracional, orientado a preservar los vínculos simbólicos que permiten a las comunidades reconstruir su historia, afirmar su identidad y ejercer plenamente su ciudadanía cultural. Su descuido, como advierte la doctrina, equivaldría a una forma de desposesión simbólica e invisibilización estructural de la diversidad que enriquece y constituye a la Nación peruana.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Constituyente. (1947). *Constitución de la República Italiana*. Universitat de Barcelona. https://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ci1947.html

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. https://www.asambleanacional.gob.ec/es/constitucion

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf

Congreso de la República. (2020). *Proyecto de Ley 5858/2020-CR, que modifica el artículo 21 de la Constitución Política del Perú: Protección constitucional del patrimonio cultural.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015, 8 de octubre). *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Sentencia.* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf

Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.* https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. (2014*). Ley 530. Ley del Patrimonio Cultural Boliviano.* https://www.lexivox.org/norms/BO-L-530.xhtml

Ministerio de Cultura. (s. f.). *Perú cuenta con más de 31 mil sitios arqueológicos y monumentos.* Plataforma Digital Única del Estado Peruano. https://www.gob.pe/cultura

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. (1978). *Constitución Española*. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. (1994). *Observación general 23: Artículo 27 (Derechos de las minorías) (CCPR/C/21/Rev.1/Add.5).* Refworld. https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1994/en/26900

República de Honduras. (1982). *Constitución de la República de Honduras*. https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Constitucion.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2023). *Sentencia recaída en el Expediente 03326-2017-PA/TC*. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03326-2017-AA.pdf

UNESCO. (2003). *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*. https://ich.unesco.org/es/convención

Universidad de Minnesota. (1994). *Observación general 23: Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 27 (Derechos de las minorías).* Human Rights Library. https://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom23.html

Recibido: 03-11-2025
Aprobado: 21-01-2026

SECCIÓN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

La ponderación de los medios alternativos

The weighing of alternative means

✍ Martin Borowski*

Resumen

En este trabajo se realiza un recuento de las diferentes etapas del estudio y desarrollo del test de proporcionalidad en sentido amplio con sus tres gradas clásicas. Ante este trasfondo, se plantea el problema que representa el análisis de los diferentes medios alternativos, los cuales pueden presentarse en un caso concreto de control de constitucionalidad. Así, comienza el análisis de los llamados medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes y los medios alternativos que intervienen en derechos y bienes o derechos de terceros. A partir del análisis de estas formas de medios alternativos y su impacto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, se presenta un nuevo esquema del test de proporcionalidad con la finalidad de incorporar el análisis de estas formas de medios alternativos.

Palabras clave

test de proporcionalidad; proporcionalidad en sentido amplio; ponderación; medios alternativos; Kaldor-Hicks; grada de necesidad.

Abstract

In this paper, a review is carried out of the different stages in the study and development of the proportionality analysis in its broader sense, along with its three classic prongs. Against this background, the problem posed by the

* Profesor de la Catedra de Derecho Público, Teoría de la Constitución y Filosofía del Derecho en la Universidad de Heidelberg, Alemania. Código ORCID: 0000-0001-9165-4066. Correo electrónico: borowski@jurs.uni-heidelberg.de

assessment of the different alternative means is addressed, as these may arise in a specific case of constitutional review. Thus begins the analysis of the newly discovered alternative means, namely, not least restrictive, but more efficient means, as well as those alternative means interfering with other rights and goods or rights of others. Based on the analysis of these forms of alternative means and their impact on the case law of the German Federal Constitutional Court, a new scheme for the proportionality analysis is presented, with the aim of incorporating the assessment of these forms of alternative means.

Keywords

proportionality; proportionality in its broader sense; balancing; alternative means; Kaldor-Hicks; necessity prong.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. **II.** LA TRADICIONAL CARACTERIZACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO. **III.** MEDIOS NO MENOS LESIVOS, PERO MÁS EFICIENTES. **IV.** MEDIOS ALTERNATIVOS INTERVINIENDO EN LOS DERECHOS Y BIENES DE TERCEROS. **V.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la proporcionalidad se ha convertido en una estructura clave para evaluar las pretensiones emanadas de los derechos constitucionales y los derechos humanos internacionales (Beatty, 2004; Barak, 2009; Borowski, 2024a). Una estructura clásica de la proporcionalidad en su sentido amplio ha surgido con sus tres gradas, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto con el criterio de ponderación. A pesar del amplio consenso de que el test de proporcionalidad juega un papel clave en la evaluación de las pretensiones emanadas de los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional, han permanecido algunas preguntas con miras a ciertos tipos de medios alternativos: ¿son relevantes en el test de proporcionalidad?, y si es así, ¿en dónde dentro de las tres gradas debe tomar lugar esta evaluación?

1.1. Las tres dimensiones de la proporcionalidad

La proporcionalidad tiene tres dimensiones correspondientes a las tres dimensiones de los derechos fundamentales: Al evaluar las pretensiones emanadas de los derechos negativos, la proporcionalidad toma la forma de la prohibición de la medida excesiva –*Übermaßverbot*– (Alexy, 2022; Borowski, 2021); en cambio, al evaluar las pretensiones que surgen de los derechos positivos, entonces, se encuentra

la prohibición de medios insuficientes –*Untermaßverbot*– (Borowski, 2024b) y; finalmente, al aplicar los derechos de igualdad, el análisis sigue la estructura de la proporcionalidad de la igualdad –*gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit*– (Borowski, 2024c). Las tres dimensiones de la proporcionalidad tienen un núcleo común, pero existen diferencias entre éstas. Estas diferencias son cuestiones en sí, las cuales por sí misma superan el ámbito de este ensayo. En esta presentación me enfocaré en la bien conocida primera dimensión de la proporcionalidad, es decir, la prohibición de los medios excesivos al evaluar las pretensiones emanadas de los derechos negativos. Me aventuro a creer que lo que voy a desarrollar a continuación también es aplicable, *mutatis mutandis,* a las otras dimensiones de la proporcionalidad —esta presunción ciertamente deberá, no obstante, ser desarrollada y justificada en mayor detalle en futuros trabajos—.

1.2. Los tres periodos en el reconocimiento de la proporcionalidad

En el desarrollo del reconocimiento de la proporcionalidad, se pueden distinguir tres periodos. El primer periodo comienza con la relativamente vaga y poco clara idea de la prohibición del acto estatal «arbitrario» o «excesivo». Las tres gradas del test de proporcionalidad —idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto— son desarrolladas al clarificar estos criterios realmente ambiguos. Así, la prohibición del acto estatal «arbitrario» o «excesivo» se convierte en la prohibición del acto estatal desproporcionado.

Ahora que la estructura ortodoxa de la proporcionalidad, con sus tres gradas, ha sido entendido, ha quedado claro que la proporcionalidad puede ser un instrumento que conduzca a un análisis fuertemente estricto —sin tener en cuenta, no menos importante, que la decisión a controlar pueda poseer legitimidad democrática, en comparación con la decisión del órgano controlador, es decir, un Tribunal Constitucional o Suprema Corte—. Esto quiere decir que, dentro del test de proporcionalidad debe otorgarse una cierta extensión de discrecionalidad a las decisiones del Estado, sobre todo, a las decisiones de los órganos con legitimidad democrática. El segundo periodo está caracterizado por el entendimiento de la importancia de la discrecionalidad general y que existen diferentes formas de discrecionalidad, ciertas formas de discrecionalidad estructural y epistémica, por lo que la correcta extensión del control puede ser así realizada, evitando un infra-control o supra-control por parte del órgano controlador (Borowski, 2024d).

Finalmente, el tercer periodo del reconocimiento del test de proporcionalidad está caracterizado por una reconstrucción más comprehensiva y completa de la estructura de la proporcionalidad a partir de las perspectivas emanadas del

considerar la discrecionalidad al aplicar idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este trabajo delinea algunos aspectos de este tercer periodo del desarrollo al ampliar nuestro entendimiento del test de proporcionalidad.

1.3. Más medios alternativos

Algunas indicaciones han existido de que la ortodoxa y clásica caracterización de las tres gradas de la proporcionalidad, en la forma de la prohibición de la medida excesiva, no está del todo completa. Con miras en el título de este ensayo: la tradicional caracterización de las tres gradas de la proporcionalidad involucra el evaluar los medios alternativos y después ponderar, pero no involucra el ponderar los medios alternativos. No obstante, la cuestión consiste en si más medios alternativos deben ser considerados, lo cual implicaría el ponderar.

II. LA TRADICIONAL CARACTERIZACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO

Según la tradicional caracterización de la proporcionalidad, la proporcionalidad en sentido amplio comprende tres criterios, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2.1. Idoneidad

La idoneidad exige que el legislador persiga un fin legítimo y que los medios deban ser apropiados para alcanzarlo o, al menos, para promover tal fin (Borowski, 2024a; Borowski, 2021; Alexy, 2022). Esto, de hecho, es un requisito doble. Primero, el fin perseguido por el legislador debe ser «legítimo». La expresión «legítimo» se ha vuelto moneda común incluso en el contexto jurídico, más que en el análisis moral, mientras que «jurídico» o —dentro del control constitucional— el término «constitucional» sería más claro. Medios «ilegítimos» —o mejor, en el caso del control de constitucionalidad, «inconstitucionales»— son excluidos desde un inicio; estos no tienen una base que justifique intervenciones en los derechos constitucionales. Esto es un requisito normativo, relativo al sistema jurídico concreto. Segundo, los medios empleados por el legislador deben promover al menos el fin relevante, ¿si empleamos el medio, acaso será promovido el fin? Esta es una relación empírica de medio/fin o causalidad.

2.2. Necesidad

Al aplicar el criterio de necesidad, los medios empleados deben tener el efecto menos lesivo (Borowski, 2024a; Borowski, 2021; Alexy, 2022). Con este criterio,

los medios alternativos deben ser considerados. Aquí necesitamos preguntarnos si existe un medio menos lesivo, es decir, un medio alternativo que intervenga en menor grado dentro del derecho individual, pero promueva el fin al menos en la misma forma (de manera igual o incluso mejor) en comparación con los medios empleados por el Estado. Este requisito es el criterio económico del óptimo de Pareto aplicado al derecho (Alexy, 2022; Borowski, 2021; Borowski, 2018).

Al evaluar la necesidad de los medios empleados por el Estado, dos aspectos juegan un papel clave, el grado de promoción del fin legislativo y la intensidad de intervención con el derecho o bien constitucional en colisión. El evaluar si el medio alternativo es un medio menos lesivo no exige el establecer una «tasa de intercambio» entre la intensidad de la interferencia, por un lado, y la importancia de la realización del derecho o bien en colisión, por el otro, en breve: No exige el ponderar (Borowski, 2021; Borowski, 2018). En cambio, tenemos únicamente que contestar dos preguntas: primero, ¿da el medio alternativo cabida a una intervención menos intensa con el derecho constitucional?; segundo, ¿promueve el medio alternativo el fin legislativo al menos en la misma medida que el medio empleado por el Estado (igual o mejor)? Si la respuesta es afirmativa para las dos preguntas, entonces el medio alternativo es menos lesivo que el medio empleado por el Estado. Desde el punto de vista de la Constitución, el medio menos lesivo goza de preferencia, por lo que el medio empleado por el Estado es inconstitucional. Los medios menos restrictivos deben ser siempre preferidos respecto de otros medios, por lo que en última instancia el medio menos lesivo tiene que ser elegido. Si el Estado empleó un medio diferente, esto significa que no es necesario y, por lo tanto, es inconstitucional.

2.3. Proporcionalidad en sentido estricto

El tercer y final criterio es la proporcionalidad en sentido estricto. Esta exige que la intervención en el derecho constitucional y la promoción del fin legítimo sean ponderadas (Borowski, 2024a; Borowski, 2021; Alexy, 2022). Si la intervención con el derecho constitucional tiene mayor peso que la promoción del fin legítimo, la intervención cuenta como desproporcional y, por ello, es inconstitucional. Si la promoción del fin legítimo supera la intervención, o si ambos exhiben el mismo peso (empate), entonces, la intervención no cuenta como desproporcional. Robert Alexy ha reconstruido esto, primero, a través de ciertas leyes (la ley sustancial de la ponderación. (Alexy, 2022; Alexy, 2016; Borowski, 2018) y la ley de los principios en colisión (Alexy, 2022; Borowski, 2018), con una posterior adición con la ley epistémica de la ponderación (Alexy, 2002; Borowski, 2018) y, finalmente, la fórmula del peso (Alexy, 2002; Alexy, 2007; Alexy, 2016).

2.4. La ponderación directa e indirecta

Al evaluar la proporcionalidad en sentido estricto es perfectamente obvio que la ponderación constituye la clave, y que tal ponderación no es empleada al aplicar la grada de necesidad, es decir, al evaluar si un medio alternativo es menos lesivo. El que tal ponderación directa al evaluar la grada necesidad —y, podríamos agregar, la grada de idoneidad— no es exigida, no necesariamente significa que no se efectué una ponderación. Si las premisas empíricas al evaluar la grada idoneidad y/o la grada de necesidad no son completamente confiables, entonces, es una práctica establecida en la jurisprudencia de las altas cortes que existe discrecionalidad para el legislador, en otras palabras, discrecionalidad empírico-epistémica. La precisa extensión de tal discrecionalidad empírico-epistémica es evaluada a través de las estructuras representadas por la fórmula del peso y los principios considerados en ella, ya que depende, sobre todo, de la severidad de la intervención con el derecho constitucional y el peso del derecho o bien en colisión. En otras palabras, depende de las estructuras de ponderación. Si los criterios en sí mismos no requieren ponderación, pero su aplicación pueda requerirlo en algún punto, entonces toma lugar una ponderación indirecta. En este sentido, la grada de idoneidad y la grada de necesidad, según la ortodoxa y clásica caracterización de la proporcionalidad, pueden requerir una ponderación indirecta (Borowski, 2021), mientras que la proporcionalidad en sentido estricto siempre exige una ponderación directa.

III. MEDIOS NO MENOS LESIVOS, PERO MÁS EFICIENTES

3.1. La idea central de los medios más eficientes

La idea de la optimización, que sustenta la ponderación, y la proporcionalidad dan origen a la siguiente pregunta: ¿Qué pasaría si un medio alternativo es *solamente un poco* peor en términos de intervención, pero promueve el derecho o bien constitucional en colisión *en mucho mayor* extensión? ¿O promueve el derecho o bien en colisión en una ligera menor extensión, pero representa una *mucha menor* severa intervención? Aquí queda claro que ambos tipos de medios alternativos no cuentan como medios menos lesivos, ya que ambos no son menos restrictivos y realizan el derecho o bien en colisión en al menos la misma extensión, en comparación con el medio escogido por el Estado. En los dos casos de medios alternativos, la relación costo-beneficio es, sin embargo, mucho mejor —en el primer caso, debido a que podemos tener mayor beneficio al promover el derecho o medio en colisión mucho más con solamente un leve incremento en la severidad de la intervención, en el segundo caso, podemos tener una mucho menor severa

intervención con solo una leve reducción de la promoción del derecho o bien en colisión—. Asumiendo una escala limitada triádica doble, existen nueve niveles que pueden ser distinguidos: «leve-leve» (nivel 1), «leve-moderado» (nivel 2), «leve-grave» (nivel 3), «moderado-leve», (nivel 4), «moderado-moderado» (nivel 5), «moderado-grave» (nivel 6), «grave-leve» (nivel 7), «grave-moderado» (nivel 8) y «grave-grave» (nivel 9)[1]. Adicionalmente, asumamos que el Estado escoge un medio, interviniendo con el derecho constitucional (D) con un nivel 5 y realizando los derechos o bienes en colisión (DBC, de ahora en adelante) con un nivel 5. Estos es un empate, por lo que la transferencia es proporcional en sentido estricto. No obstante, en nuestro ejemplo hay dos medios alternativos, M_{A1} y M_{A2}.

Tabla I

Medios	Intervención en D	Importancia de promoción de DBC
M_E	'moderado-moderado' (nivel 5)	'moderado-moderado' (nivel 5)
M_{A1}	'moderado-grave' (nivel 6)	'grave-grave' (nivel 9)
M_{A2}	'leve-leve' (nivel 1)	'moderado-leve' (nivel 4)

Los dos son proporcionales en sentido estricto y ambos son mejores que M_E en términos de relación costo-beneficio. Si una escala triádica triple es posible, conduciendo a 27 niveles en lugar de solamente 9, tales medios alternativos se volverán incluso más reconocibles en la mayoría de los casos.

3.2. ¿Qué hacer con tal tipo de medios alternativos?

¿Qué se supone que debemos hacer con este tipo de medios alternativos? Respecto a estos, existen dos acercamientos posibles: el ignorarlos o considerarlos.

a. El ignorar los medios no menos lesivos, pero más eficientes

El primer acercamiento es ignorar tales medios no menos lesivos, pero más eficientes. La completa optimización podría ser, o así lo diría el argumento, un fin moral o político, pero no un estándar jurídico para el control constitucional o de las cortes internacionales. Tal tendencia existe en algunas contribuciones

[1] Respecto a la idea de la escala triádica doble como una instancia de la escala limitada, véase Alexy, 2002 y Borowski, 2018.

académicas y alguna jurisprudencia. Es más, esta tendencia es apoyada por el hecho de que la tradicional caracterización de la proporcionalidad no exige el considerar tales medios alternativos no menos lesivos en el sentido de la grada de necesidad. Uno podría agregar: Hemos trabajado con esta caracterización por décadas sin aparentes menoscabos.

b. El considerar los medios no menos lesivos, pero más eficientes

En otoño de 2021 ofrecí una presentación en Bayreuth acerca de esta cuestión y argumenté, hasta cierta extensión, a favor de considerar tales medios no menos lesivos, pero más eficientes. Esta presentación fue publicada en 2022 en alemán (Borowski, 2022) y al español en 2024 (Borowski, 2024e). En este trabajo propongo también el reinterpretar un problema clásico de la grada de necesidad: interpretar el requisito de etiquetado para la protección del consumidor como un medio menos lesivo en comparación con una prohibición de venta de dichos productos, es decir, como una instancia de un medio no menos lesivo, pero más eficiente, debido a que un requisito de etiquetado es un poco menos eficiente, pero mucho menos restrictivo desde el punto de vista de la libertad (Borowski, 2024e). Para estar seguro, también expliqué el por qué dicha reinterpretación difícilmente cambia algo en la práctica (Borowski, 2024e). Volveré a este punto más adelante.

Es más, incluso he propuesto la relación costo-beneficio como un criterio secundario desde 1998 en mi reconstrucción de la prohibición de los medios insuficientes, es decir, la proporcionalidad aplicada en los derechos positivos, dentro de mi tesis doctoral, *Los derechos como principios* (*Grundrechte als Prinzipien).* Extender la consideración de tales medios alternativos a la prohibición de medios excesivos vuelve más coherente la reconstrucción de todo el fenómeno general del test de proporcionalidad, eso continúo pensado.

Recientemente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (2022), en una sentencia de septiembre de 2022, respaldo esta misma cuestión, de manera sorprendente. El pasaje relevante señala:

> Al justificar una intervención en un derecho constitucional a través de una ley, debe considerarse también si medios menos eficientes, pero que son menos lesivos del derecho fundamental, podrían ser aceptados. Si el medio bajo control es más eficiente que otros medios menos restrictivos en alcanzar el fin legítimo, entonces, es idóneo y necesario. Sin embargo, los medios elegidos pueden ser considerados como desproporcionados si, por ejemplo, medios *menos restrictivos* están disponibles, cuya efectividad es solamente un poco menor que la del medio objeto del control.

Este pasaje requiere de un análisis cuidadoso, en este contexto es suficiente el resaltar dos aspectos importantes. El primer aspecto es que un medio, que es un poco menos efectivo que el medio empleado por el Estado, puede contar como medio alternativo relevante, que es un medio alternativo de tipo M_{A2} en la Tabla I. El segundo aspecto es que la decisión del Tribunal piensa que esto es un problema de la ponderación en sentido estricto. Yo entiendo y apoyo el primer aspecto, pero con una salvedad que será desarrollada más adelante. No obstante, estoy menos seguro del segundo aspecto.

Para empezar, en el entendimiento tradicional de la proporcionalidad en su sentido estricto, no existen medios alternativos a considerar. Si uno lo hace, entonces cambia esta tercera grada de manera fundamental. Si uno presenta la operación demandada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán como una «ponderación», uno debería resaltar que son comparadas las *diferencias* en lugar de los principios. Relevante es que las diferencias entre las intervenciones causadas por M_E y $M_{A2,}$ (nivel 5 a nivel 1) por un lado, comparadas con las *diferencias* al realizar los derechos y bienes en colisión (nivel 5 a nivel 4), por el otro. Las funciones de los principios —es decir, las diferencias en el peso— son ponderadas en lugar el peso de los principios mismos. Tal ponderación de diferencias no ha sido, por lo que puede verse, reconstruida en mayor detalle hasta ahora. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ni siquiera intenta el clarificar esto de manera más detallado

Otro problema: si el Tribunal Constitucional Federal Alemán piensa que un medio menos lesivo, pero más eficiente del tipo M_{A2} en mi Tabla I necesita ser considerado, ¿por qué no el medio alternativo de tipo M_{A1}? El tribunal no dice nada al respecto a esta segunda categoría de medios alternativos. Si estos dos tipos de medios alternativos son posiblemente preferidos en comparación con M_E, ¿qué criterio, si alguno, nos dice cuál de estos dos medios alternativos M_{A1} y M_{A2} debe ser preferido sobre los otros, respectivamente? Estas son consideraciones que son, desde mi perspectiva, paralelas a la prohibición de los medios insuficientes (en alemán: *Untermaßverbot*), en donde varios medios alternativos necesitan ser considerados desde el inicio (Borowski, 2024e).

Como mencioné, el considerar un medio no menos lesivo, pero más eficiente difícilmente cambia algo en la práctica. ¿Por qué esto es así? Esto se debe a que estos medios alternativos son caracterizados por el hecho de que estos son solamente un poco más restrictivos (tipo M_{A1}) o son solamente un poco menos lesivos (tipo M_{A2}). Estas pequeñas diferencias tienden a desaparecer si es considerada la discrecionalidad epistémica. Consideremos que la discrecionalidad epistémica faculta

al legislador el apartarse un nivel de la evaluación del tribunal constitucional en ambas direcciones (a menos que sea al final del espectro, sino entonces solamente hay una dirección). Las tablas antes mencionadas cambian de la siguiente manera:

Tabla II

Medios	Intervención en D	Importancia de realización de DBC
M_E	'moderado-leve' a 'moderado-grave' (nivel 4-6)	'moderado-leve' a 'moderado-grave' (nivel 4-6)
M_{A1}	'moderado-moderado' a 'grave-leve' (nivel 5-7)	'grave-moderado' a 'grave-grave' (nivel 8-9)
M_{A2}	'leve-leve' a 'lm' (nivel 1-2)	'leve-grave' a 'moderado-moderado' (nivel 3-5)

Por ejemplo, el legislador puede asumir que M_{A1} interviene con un nivel 7 y que la importancia de la realización de derechos y bienes en colisión es solamente 8, y podría bien asumir que M_E interviene con un nivel 4 y que la importancia de la realización de los derechos y bienes en colisión para estos medios es 6 (estos valores se encuentran en la tabla). Al tener en cuenta la discrecionalidad, el legislador puede considerar en términos de la relación costo-beneficio que M_E (de 4 a 6) es de hecho mejor que M_{A1} (de 7 a 8). La totalidad del argumento a favor de M_{A1} como un medio más efectivo, ese decir, un medio alternativo que debe ser preferido respecto de M_E, desaparece.

El que el argumento típicamente desaparece al considerar la discrecionalidad explica el por qué no habíamos descubierto antes esta cuestión. Ahora que lo entendemos, no podemos, sin embargo, descartar que de hecho juegue un papel práctico si es que se presenta poca o nula discrecionalidad epistémica y podemos tener una escala más fina. Para tales raros casos, la nueva categoría de los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes hace una diferencia práctica y lo hace con una justificación convincente. Lo anterior merece un lugar adecuado dentro de la estructura del test de proporcionalidad, siendo consciente que, no obstante, en la mayoría de los casos no cambia nada.

IV. MEDIOS ALTERNATIVOS INTERVINIENDO EN LOS DERECHOS Y BIENES DE TERCEROS

La percepción de que el considerar a los medios alternativos en la grada de necesidad es muy estrecho no es del todo nueva, pero la doctrina en el derecho constitucional ignora en gran medida la cuestión. Esto es de alguna manera dife-

rente en los escritos de la teoría constitucional sobre el test de proporcionalidad (Alexy, 2022, Dechsling, 1989; Borowski, 2018). La clásica caracterización de la grada de necesidad se concentra en un determinado derecho constitucional, una restricción para este derecho constitucional y la persona que sufre el medio elegido por el Estado. En el momento en que un medio alternativo trae consigo otro derecho constitucional, otro bien constitucional u otra persona al juego, entonces no hay una respuesta significativa. Esta clase de medios alternativos es de hecho relevante prácticamente muy seguido, pero sorprendentemente hay poco debate en la doctrina y libros académicos de derecho constitucional sobre esta cuestión.

4.1. La jurisprudencia clásica del Tribunal Constitucional Federal Alemán

Existen dos decisiones clásicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre medios alternativos interviniendo en otros derechos, bienes o derechos de terceros.

a) El acumulamiento de aceite mineral (1971) entre 1960 y 1970 – BVerfGE 30, 292-336

La primera decisión data de 1971. Cuando comenzaba la Guerra Fría en los años sesenta, empezó a notarse que Alemania, completamente dependiente de las importaciones de aceite mineral, necesitaba de una reserva estratégica de diésel, queroseno y otros productos de aceite mineral para propósitos económicos y militares. En lugar de organizar tal tipo de reserva a través del Estado, solamente eran obligados los importadores de aceite mineral, empresas privadas, a mantener una cierta reserva todo el tiempo.

Esta era una intervención con su actividad empresarial, constitucionalmente protegida por el art. 12 de la Constitución alemana. En el control constitucional, el Tribunal Constitucional Federal Alemán examinó la proporcionalidad de esta intervención. Los hechos del caso son realmente complejos, basta decir que los quejosos señalaron dos medios alternativos: primero, el Estado podría proveer una reserva estratégica al emplear sus propios medios, o, segundo, otro grupo de actores privados —la totalidad de comerciantes en el mercado de aceite mineral— podrían ser gravados con mantener una reserva de productos de aceite mineral, resultando en una menor interferencia para ellos comparada con la intervención experimentada por los importadores. El Tribunal Constitucional Federal Alemán trató el problema al evaluar la proporcionalidad en sentido amplio y rechazó la idea de que estas dos líneas de actuación fueran medios alternativos menos lesivos relevantes. Consideró la reserva estratégica organizada por el Estado como no igualmente efectiva. Ello es difícilmente convincente, y las consideraciones que

supuestamente respaldaban esto no son, francamente, coherentes ni convincentes. Básicamente lo mismo aplica al gravamen para la totalidad de los comerciantes en lugar de los importadores, aquí la discreción del legislador es expresamente enfatizada. A pesar de la falta de una clara justificación del por qué estos medios alternativos no son considerados como decisivos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán evaluó estos medios alternativos al aplicar los criterios de la grada de necesidad. No se menciona específicamente, pero es obvio que, si el Estado organiza la reserva por sí mismo u obliga a todos los comerciantes en lugar de los importadores, esto es menos restrictivo para los importadores, pero ambos medios no son supuestamente igualmente efectivos o, considerando la discrecionalidad, estos pueden ser posiblemente considerados como igualmente efectivos desde el punto de vista del legislador.

b) La prohibición del arrendamiento laboral (1978) – BVerfGE 77, 84-120

A principios de 1980, se volvió aparente que había un problema grave con el «trabajo ilegal» en Alemania, particularmente, en el sector de construcción. Inmigrantes ilegales eran contratados a veces y las contribuciones de seguridad social e impuestos no eran frecuentemente pagados por los trabajadores y el empleador. Resultó ser difícil para las autoridades administrativas alemanas el aplicar la ley en esta área.

Ante este trasfondo, el legislador federal alemán decidió el prohibir completamente el arrendamiento laboral en el sector de construcción. Una compañía que se había especializado en el arrendamiento laboral dentro del sector en la construcción presento una demanda constitucional y reclamó que su libertad corporativa, conforme al art. 12 de la Ley Fundamental alemana, fue lesionada. Los quejosos argumentaron que existían medios menos lesivos y al menos igualmente efectivos para el Estado. El Estado podría intensificar las medidas de aplicación de la ley hasta un punto de suficiente efectividad que fuera equiparable a la prohibición total del arrendamiento laboral en el sector de construcción.

A diferencia del caso anterior de la acumulación de aceite mineral, el Tribunal Constitucional Federal Alemán no tomó la fácil y poco convincente ruta de señalar que los medios alternativos no eran igualmente efectivos —era obvio que podían ser igualmente efectivos—. Y el medio alternativo era, además, obviamente menos lesivo que la prohibición total del arrendamiento laboral, visto desde la perspectiva de los quejosos. Entonces, ¿por qué no es un medio menos lesivo en el sentido clásico de necesidad? Debido a que el tercer principio, las finanzas del Estado son significativamente afectadas. Según el Tribunal

Constitucional Federal Alemán, el legislador podría considerar a los medios financieros requeridos para intensificar la aplicación de la ley como «inaceptables» (*unzumutbar*). No obstante, esto es el lenguaje de la proporcionalidad en sentido estricto, lo cual no tiene lugar en la grada de necesidad. Esto plantea la pregunta de qué es lo realmente analizado en tales casos.

4.2. El debate académico acerca de los medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes o derechos de terceros

El problema de los medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes o derechos de terceros recibió cierta —pero realmente limitada— atención en los escritos académicos sobre la teoría de los derechos constitucionales. La reconstrucción más fiel al razonamiento del Tribunal Constitucional, en el caso del arrendamiento laboral antes mencionado, constituye que tales medios alternativos *son* en realidad una cuestión de la grada de necesidad, refinada por el que es llamado «criterio Kaldor-Hicks modificado» introducido en el debate por Rainer Dechsling. Este es un criterio desarrollado en la teoría económica, conforme al cual una distribución de riqueza debe ser preferida, si aquellos que son beneficiados por una medida pueden compensar a aquellos que son afectados por tal medida (Borowski, 2021). Aplicado al ejemplo de la prohibición total del arrendamiento laboral: si el beneficio en términos de libertad de las compañías involucradas tiene mayor peso que la carga financiera del Estado, entonces, el balance es positivo. Por supuesto, una compensación como tal no tiene lugar en los hechos, pero que una compensación hipotética es posible está indicada por el mayor peso dentro de la ponderación. Esto quiere decir que los medios cuentan, según Rainer Dechsling, como medios alternativos en el sentido de la grada de necesidad refinada, es decir, el óptimo de Pareto combinado con el criterio Kaldors-Hicks. Sin embargo, si la carga financiera para el Estado supera el beneficio en términos de libertad, entonces *no* es un medio alternativo en la versión refinada de la grada de necesidad.

Esta modificación de la grada de necesidad por el Tribunal Constitucional significa que ahora la ponderación directa es requerida. No obstante, esta no es una ponderación entre el derecho constitucional (D) y el derecho o bien en colisión (DBC), sino entre la intervención en el derecho resultado de los medios empleados por el Estado y la intervención combinada en el derecho constitucional y la intervención en el tercer principio (Borowski, 2021). Ya que las finanzas estatales están en juego, este bien podría ser abreviado como (FE). Esto tiene dos dimensiones, una dimensión sustantiva, ya que el Estado tiene que recaudar dinero por medio de impuestos, y una dimensión formal, debido a que el parlamento tiene soberanía presupuestaria. Por ello, la tabla tomaría la siguiente forma:

Tabla IIIa

Medios	Intervención en D	Intervención en FE	Importancia de la realización de DBC
M_E	'grave-leve' (nivel 7)	–	'grave-moderado' (nivel 8)
M_{AFE}	'leve-moderado' (nivel 2)	'grave-leve' (nivel 7)	'grave-moderado' (nivel 8)

La cuestión clave ahora es si la intervención combinada en «D» y «FE» a través del medio alternativo de aplicación estatal (M_{AFE}) es menos lesivo comparación con la intervención en «D» solamente a través del medio empleado por el Estado (M_E). Debido a que esto requiere el establecer una tasa de intercambio de las intervenciones de «D» y «FE», esto es una forma de ponderación directa. Ya que los valores han sido ya escogidos, la respuesta es negativa: una intervención en los dos principios con nivel 2 y 7 no es menos lesiva que una intervención en un principio de nivel 7. Entonces, M_{AFE} no debe ser preferido desde el punto de vista de la Constitución. El preferir el M_E respecto de M_{AFE} es constitucional.

Además, si existe un empate, entonces, M_E y M_{AFE} pueden ser ambos elegidos por el legislador. Esto entonces cuenta como una instancia discrecionalidad estructural.

Si uno evalúa el peso de «FE» de manera distinta, entonces la tabla puede cambiar la siguiente manera. Aquí M_{AFE} interviene, incluso si consideramos a «D» y «FE», menos que la importancia de promover «DBC». Estrictamente hablando, esto depende de las asunciones de las secuencias geométricas subyacentes. Si la base es «2», justo como en los ejemplos de Alexy, entonces esto es verdad. Lo anterior es diferente para una base mucho más cercana a «1», tal como «1,1».

Tabla IIIb

Medios	Intervención en D	Intervención en FE	Importancia de promover DBC
M_E	'grave-leve' (nivel 7)	–	'grave-moderado' (nivel 8)
M_{AFE}'	'leve-moderado' (nivel 2)	'moderado-leve' (nivel 4)	'grave-moderado' (nivel 8)

Por supuesto, la discrecionalidad epistémica a menudo juega un papel decisivo en el control constitucional también para este tipo de medios alternativos, es

decir, medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes o derechos de terceros. Esto explica el por qué esta cuestión no ha sido discutida de manera más intensa. Hasta cierto punto, uno puede afirmar de manera *plausible y no arbitraria* que tales medios alternativos no son igualmente efectivos.

Mientras que el ejemplo anteriormente mencionado considera las finanzas del Estado debo subrayar que el tercer principio o derecho de otra persona puede ser cualquier principio constitucional relevante. Un medio alternativo en el caso del aceite mineral fue el gravar a otros en un menor grado, pero con la misma efectividad de promover «DBC», aquí el tercer principio afectado fue la libertad de las personas. En realidad, depende de si gravar los dos grupos —los importadores y los comerciantes de manera similar— puede tener la misma efectividad de promoción de los derechos y bienes en colisión, con una menor intervención en la libertad total. Aquí también entra en juego la igualdad. ¿Por qué debería yo poder, desde el punto de vista de la libertad, transferir a otros la carga que me fue impuesta? Sin embargo, una reconstrucción comprehensiva y completa de la relación entre libertad e igualdad requiere que ambas, la proporcionalidad al evaluar las pretensiones emanadas de la libertad y la proporcionalidad al evaluar las pretensiones emanadas de la igualdad (Borowski, 2024c) sean completamente entendidas.

Las cosas se vuelven más complicadas si el medio alternativo no realiza el derecho o bien en colisión en la misma medida que el medio original, pero con mayor o menor extensión. Supongamos que para M_{AFE} en la Tabla IIIa, el valor de la «importancia de realizar DBC» es «grave-grave» (nivel 9) en lugar de «grave-moderado» (nivel 8).

Solamente para clarificar la relación entre los dos tipos de medios alternativos mencionados anteriormente —los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes (sección II.) y los medios alternativos interviniendo en otros derechos o bienes, o derechos de terceros (sección III)—, las dos categorías pueden superponerse. La cuestión de la relación costo-beneficio puede volverse relevante en grupos de casos más complejos, los cuales involucren tres o más principios y/o más personas.

V. CONCLUSIONES. El nuevo esquema (la expansión de la segunda grada de la proporcionalidad)

A pesar de que la cuestión de la discrecionalidad crea dos entendimientos nuevos de medios alternativos —(i) no menos lesivo, pero más eficiente y (ii) medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes o derechos de

terceros— aunque de alguna manera menos relevantes en la práctica, puede ser que, a pesar de la discrecionalidad, se pueda determinar con suficiente certeza que tal medio alternativo deba ser preferido desde el punto de vista de la Constitución. Esto quiere decir que el evaluar tales medios alternativos debería ser parte integral del test de proporcionalidad.

Pero, ¿en dónde dentro del esquema de las tres gradas pueden ser analizados estos nuevos tipos de medios alternativos recientemente entendidos? El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha considerado la cuestión de los medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes, o derechos de terceros, en el caso de la acumulación de aceite mineral y la decisión del arrendamiento laboral, dentro de la «grada de necesidad». Esto puede sugerir que en esta grada es en donde los medios alternativos son considerados usualmente, si uno pregunta por un medio menos restrictivo. Para ser claros, la clásica evaluación de si existe un medio menos lesivo no involucra una ponderación directa, mientras que la evaluación de los medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes, o derechos de terceros, requiere de hecho alguna forma de ponderación directa. El considerar estos medios alternativos interviniendo en otros derechos y bienes, o derechos de terceros, dentro de la proporcionalidad clásica en su sentido estricto puede parecer un mejor lugar, pero esta grada no involucra tradicionalmente medios alternativos en primer lugar y se requiere, como ya se mencionó, una de ponderación de diferente tipo. No existe realmente un lugar convincente para evaluar los medios alternativos interviniendo en otros derechos o bienes, o derechos de terceros, dentro del esquema tradicional de las tres gradas de proporcionalidad.

Lo mismo aplica a los medios no menos restrictivos, pero más eficientes, los cuales son entendidos por el Tribunal Constitucional alemán, en su decisión de 2022, ya mencionada, como una cuestión de proporcionalidad en sentido estricto. Los recelos ya explicados aplican aquí también *mutatis mutandis.*

Para evitar el cambiar las tres gradas existentes y ya probadas en alguna forma poco clara o confusa, la estructura más convincente sería la siguiente:

1. Idoneidad
2. Medios alternativos
    a) Medios alternativos menos lesivos (tradicionalmente la evaluación de necesidad)
    b) Medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes

c) Medios alternativos interviniendo en otros derechos o bienes, y derechos de terceros

3. Proporcionalidad en sentido estricto

Este esquema reconoce que, en la evaluación de los recién descubiertos medios alternativos, es decir, los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes (2.b)) y los medios alternativos interviniendo en derechos y bienes, o derechos de terceros (2. c)) no encajan bien ya sea tanto en los medios alternativos menos lesivos (2. a)) o en la proporcionalidad en sentido estricto (3) —los dos deben ser gradas o sub-gradas—. Este esquema reconoce que los medios alternativos menos lesivos (2. a)), los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes (2. b)), y los medios alternativos interviniendo en derechos y bienes (2. c)), todos requieren la evaluación de tales medios con alguna forma de ponderación —diferente a la ponderación en la grada de proporcionalidad en sentido estricto—, la cual se empleará para los medios no menos lesivos, pero más eficientes y los medios alternativos interviniendo en derechos y bienes.

A saber, por supuesto, si no se presentan o menciona explícitamente en la demanda alguno de los medios alternativos no menos lesivos, pero más eficientes (2. b)) y/o medios alternativos interviniendo en derechos y bienes (2. c)), entonces, estos pasos se pueden saltar. Considerando la discrecionalidad, esto puede ser más la regla que la excepción. Y si es obvio que el medio empleado por el Estado no supera la evaluación tradicional test de proporcionalidad en sentido estricto, la última grada del test de proporcionalidad en sentido amplio, entonces no hay necesidad de complejas evaluaciones acerca de los medios alternativos en la segunda grada. Lo mismo aplica para la nueva y más compleja segunda grada «Medios alternativos (2.)», así como lo hizo para la vieja, pero menos compleja, grada de necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (2022). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2016). The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies* 36, 1-17.

Alexy, R. (2007). The Weight Formula. En Stelmach, J., Brozek, B. y Zaluski, W. (eds.) *Frontiers of Economic Analysis of Law – Studies in the Philosophy of Law*, vol. 3, traducción de B. Brozek y S. L. Paulson, Jagellonian University Press, 9-27.

Alexy, R. (2002). Postscript. En Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, traducción de Julian Rivers, Oxford University Press, 388-425.

Barak, A. (2009). *Proportionality, Constitutional Rights, and their Limits*, Cambridge University Press.

Beatty, D. M. (2004). *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press.

Borowski, M. (2024a). La marcha triunfal de la proporcionalidad. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales* (2.ª ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 171-215). Tirant Lo Blanch.

Borowski, M. (2024b). Derechos fundamentales de prestación. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales* (2.ª ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 321-375). Tirant Lo Blanch.

Borowski, M. (2024c). La estructura de los derechos de igualdad. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, (2.ª ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 377-424). Tirant Lo Blanch, .

Borowski, M. (2024d). El control limitado en la ponderación de derechos fundamentales. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, (2.ª ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 479-519). Tirant Lo Blanch.

Borowski, M. (2024e). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización completa. En M. Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, (2.ª ed.), [trad. A. D. Mateos Durán], (pp. 217-243). Tirant Lo Blanch.

Borowski, M. (2022). Die vollständige Optimierung von Grundrechten. En Bäcker, C. (ed.), *Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff. Elemente einer diskursiven Theorie fundamentaler Rechte*, Mohr Siebeck, pp. 197-215.

Borowski, M. (2021). Necesidad y ponderación. En D. B. González Carvallo y R. Sánchez Gil (Eds.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias* (pp. 233-270). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Borowski, M. (2018). *Grundrechte als Prinzipien* (3.ª ed.). Nomos.

Dechsling, R. (1989). *Das Verhältnismäßigkeitsgebot. Eine Bestandsaugnahme der Lieratur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Verlag Franz Vahlen.

Tribunal Constitucional Federal Alemán (2022). 1 BvR 2380/21 and 1 BvR 2449/2.

Recibido: 15-12-2025
Aprobado: 11-01-2026

Nulidad contractual y remuneración del trabajador subordinado en Italia

Contractual nullity and remuneration of the subordinate worker in Italy

✍ Antonio Albanese*

Resumen

El presente trabajo examina las consecuencias jurídicas derivadas de la invalidez de un contrato laboral, prestando especial atención a la cuestión de si el trabajador conserva, a pesar de la nulidad, el derecho a percibir una remuneración. A partir del ejemplo italiano, se evidencia cómo la Constitución y el derecho civil reconocen la primacía de la dignidad del trabajador frente a las meras formalidades contractuales. Se argumenta que el salario no constituye únicamente la contraprestación de un vínculo formal, sino que se configura como un derecho fundamental e irrenunciable, expresión concreta del principio de tutela de la persona en el ámbito de las relaciones laborales.

Palabras clave

contrato laboral inválido; remuneración; dignidad del trabajador; Constitución italiana; nulidad contractual; derecho fundamental; salario.

* Profesor ordinario de Derecho Privado en la Universidad de Bolonia. Fundador y director Científico de *Falling in Law*, Red internacional de Derecho y Cultura. Código ORCID: 0009-0004-8016-3447. Correo electrónico: a.albanese@unibo.it

Abstract

This paper examines the legal consequences arising from the invalidity of an employment contract, with particular attention to whether the worker retains the right to receive remuneration despite the nullity. Drawing on the Italian example, it shows how the Constitution and Civil Law recognize the primacy of the worker's dignity over mere contractual formalities. It argues that wages are not merely the consideration for a formal bond, but rather constitute a fundamental and inalienable right, a concrete expression of the principle of protecting the individual within the sphere of labor relations.

Keywords

invalid employment contract; remuneration; worker's dignity; Italian Constitution; contractual nullity; fundamental right; wages.

Sumario

I. LA INEFICACIA CONTRACTUAL Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA LABORAL. **II.** LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO SUBORDINADO. **III.** LA PRESTACIÓN LABORAL DE HECHO Y EL PRINCIPIO *QUOD NULLUM EST NULLUM PRODUCIT EFFECTUM*. **IV.** LA PRESTACIÓN LABORAL DE HECHO COMO PRESTACIÓN INDEBIDA «ESPECIAL», MERECEDORA DE UNA «TUTELA RESTITUTORIA REFORZADA».

I. LA INEFICACIA CONTRACTUAL Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA LABORAL

El art. 2126 c.c. [*Código Civil*] hace superfluas tanto la disciplina *ex* art. 2033 y ss. c.c. (pago de lo indebido) como aquella *ex* art. 2041 y ss. (enriquecimiento sin causa), a las cuales hacía referencia vigente el Código de 1865. La norma, dictada con respecto al contrato de trabajo subordinado, establece que «la nulidad o la anulabilidad del contrato de trabajo no produce efectos por el período en que la relación ha tenido ejecución, salvo que la nulidad derive de la ilicitud del objeto o de la causa».

En el caso de ejecución de hecho de las relaciones de trabajo subordinado, el trabajador tiene en cualquier caso derecho a la remuneración. En todos los demás casos, no encontrando espacio la regla del art. 2126 c.c., el contrato nulo no producirá efectos y se recurrirá a los remedios restitutorios ordinarios: repetición de lo indebido y enriquecimiento sin causa.

En el sistema jurídico italiano, por lo tanto, la nulidad y la anulabilidad del contrato de trabajo producen consecuencias que divergen de manera sustancial de la disciplina general prevista para las dos formas de ineficacia del contrato. Más aún: la nulidad y la anulabilidad no producen efectos (por el período en que la relación ha tenido ejecución y salva la ilicitud del objeto o de la causa)[1]. La respectiva sentencia no tiene efecto retroactivo ni siquiera entre las partes; el empleador debe, en cualquier caso, pagar la remuneración correspondiente a la actividad ya desarrollada por el trabajador subordinado y, si ya la ha pagado, no tiene acción para la repetición.

En esencia, la improductividad clásica del negocio nulo choca con el interés constitucionalmente garantizado al trabajador subordinado (art. 36 Const. [*Constitución*]) a la remuneración. Por esta razón, la nulidad del contrato deviene efectiva solo para lo futuro, mientras que el peligro de que la parte débil del contrato de trabajo nulo haya trabajado en vano está garantizado por la mera existencia del contrato y de su ejecución (art. 2126 c.c.).

Se trata de un derecho fundamental que recibe su máxima consideración en la carta constitucional, pero es una protección que viene linealmente a faltar cuando el interés por proteger no sea digno de tutela: si deriva de ilicitud del objeto o de la causa, la nulidad recupera su eficacia retroactiva. Esta excepción es derogada, a su vez, por una excepción: el derecho a la remuneración vuelve a ser reconocido si la ilicitud del objeto o de la causa desciende de la violación de normas puestas en tutela del trabajador: piénsese en las normas que prescriben una edad mínima para la admisión al trabajo[2]. Piénsese, aún, en las prestaciones laborales prestadas por el trabajador extracomunitario carente del permiso de residencia: el empleador que se ha valido de su actividad, además de cometer un delito y sufrir la respectiva sanción penal, quedando, por lo tanto, obligado a pagar la multa, debe también ingresar las cotizaciones al INPS [*Instituto Nacional de la Seguridad Social*] por las remuneraciones debidas[3].

---

1 Cass., sez. lav., 17 de mayo 2024, n. 13753; Cass., sez. lav., 10 de mayo 2021, n. 12344 (ambas en *www.leggiditalia.it*). En doctrina, CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, en *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013. Sobre la nulidad del contrato de trabajo en el cuadro del sistema de las nulidades relativas, cfr. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, en *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 917.

2 Cass., 30 de agosto de 2010, n. 18856, en *Dir. e Pratica Lav*., 2013, p. 1680.

3 Cass., sez. lav., 21 de septiembre de 2015, n. 18540, en *CED Cassazione*, 2015; Cass., sez. lav., 26 de marzo de 2010, n. 7380, en *Dir. e Pratica Lav*., 2010, p. 2131.

En el ámbito operativo del art. 2126 c.c. recaen también las relaciones inherentes al sector del empleo público[4]. En materia de empleo público privatizado, la disposición del art. 2126 c.c. no se pone en contraste con las previsiones de la contratación colectiva que prevean autorizaciones o con las reglas normativas sobre los vínculos de gasto, sino que es integrativa de ellas en el sentido de que, cuando una prestación, como la de trabajo extraordinario, haya sido desarrollada de modo coherente con la voluntad del empleador o, en cualquier caso, de quien tenga el poder de conformar la misma, ella debe ser remunerada con independencia de la validez de la solicitud o del respeto de las reglas sobre el gasto público, prevaleciendo la necesidad de atribuir el importe correspondiente al empleado, en línea con la disposición del art. 36 Const.[5].

Sin embargo, a fin de que a la relación de empleo público nulo se conecten las consecuencias previstas en el art. 2126 c.c., es indispensable que la misma, aunque constituida sin el respeto de las modalidades prescritas, sea por lo demás asimilable a la relación de trabajo subordinado constituida en las formas legales, de la cual presenta todos los característicos índices reveladores[6]. En relación con los contratos que se dan con las administraciones públicas, formalmente calificados de colaboración coordinada y continuativa, se ha afirmado que la subsistencia del elemento de la subordinación debe ser individualizada sobre la base de una serie de

4 En efecto, el art. 2129 c.c. extiende la regla también a los prestadores de trabajo dependientes de entes públicos. Cfr. Cass., sez. lav., 24 de enero de 2025, n. 1783; Cass., sez. lav., 28 de junio de 2024, n. 17937; Cass., sez. lav., 3 de febrero de 2021, n. 2484 (todas en www.leggiditalia.it). Para la justicia administrativa: Cons. Estado, sez. V, 3 de marzo de 2001, n. 1218, en *Foro amm*., 2001; Cons. Estado, sez. VI, 26 de julio de 2001, n. 4134, en *Dir. & Formazione*, 2001, p. 700. V. también Corte conti, sez. giur. reg. Campania, 19 de octubre de 1998, n. 186, en *Riv. Corte conti*, 1998, p. 182. En doctrina, v. GRAGNOLI, *Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, en *Il lav. nelle p.a.*, 2002, p. 701, el cual después de haber examinado la tutela del art. 2126 c.c. en el trabajo privado y en aquel público, se detiene en las hipótesis de nulidad del contrato de trabajo público que no se conectan a la tutela de un apreciable interés de las administraciones y, finalmente, concluye por la insuficiencia de la protección desumible del art. 2126 c.c. Cfr. también GABRIELE, *L'art. 2126 c.c. e la funzione di tutela del trattamento economico fondamentale nel p.i. privatizzato: lo stato dell'arte dell'interpretazione giurisprudenziale*, en *Lav. nelle p.a*., 2024, p. 439; PETRACCI, *Rapporti di fatto con la pubblica amministrazione, effetti dell'articolo 2126 del codice civile* (Nota a Cons. Estado, sez. V, 10 noviembre 2008, n. 5582), en *Riv. impiego e dirig. pubblica*, 2009, fasc. 1; ALÌ, *Le prestazioni di fatto nel Pubblico Impiego*, en *Le prestazioni di fatto nel rapporto di lavoro con le USL*, Atti del Convegno di Catania, Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro, 19/20 de octubre de 1990, Milano, 1992.

5 Cass., sez. lav., 3 de septiembre de 2024, n. 23610; Cass., sez. lav., 28 junio 2024, n. 17937; Cass., sez. lav., 28 junio 2024, n. 17932; Cass., sez. lav., 18 febrero 2025, n. 4248.

6 Cass., sez. lav., 27 de marzo de 2025, n. 8085, en *Azienditalia*, 2025, p. 673.

índices sintomáticos como la colaboración, la continuidad de la prestación laboral y la inserción del trabajador en la organización empresarial[7].

El principio *quod nullum est nullum producit effectum* puede conducir a soluciones prácticas desconcertantes y mortificar en exceso la confianza del contratante en las estipulaciones contractuales, sobre las cuales había fundado elecciones económicas y de vida. Una tal retroactividad debe, por lo tanto, estar inspirada, a la luz de una lectura orientada por el art. 3 Const., a la razonabilidad de sus consecuencias, teniendo en cuenta tanto el interés de las partes como el interés de la colectividad[8].

La retroactividad de la nulidad clásica, no diversamente de la relevancia oficiosa, se funda sobre la naturaleza publicística del interés tutelado por la sanción, que justifica su gravedad. Las excepciones son, por lo tanto, inadmisibles cada vez que la retroactividad sea impuesta por la salvaguardia de derechos fundamentales o de intereses de la colectividad o del Estado. Pero la producción de efectos del contrato hasta la declaración de su nulidad no equivale a la convalidación del contrato ni conduce a una equiparación, en hipótesis inaceptable, entre contrato válido y contrato nulo. La relación naciente del contrato formado válidamente sigue siendo, en cualquier caso, netamente distinta e incompatible respecto a una relación fundada sobre el contrato afectado por nulidad *ex nunc*.

El interés al mantenimiento de la situación de hecho producida por el acto nulo, si se delinea de relevancia constitucional a la luz de las circunstancias concretas, representa él mismo un «interés general». La situación de hecho creada y la «causa» de la nulidad juegan, por lo tanto, roles antagónicos. La justificación de la retroactividad debe ser evaluada en el plano de la razonabilidad, con la adopción de un régimen de tutela adecuado al propósito.

La existencia del supuesto de hecho complejo contrato nulo – actividad desarrollada debe inducir al intérprete, y al juez en particular, a considerar la recuperación de una porción de disciplina del contrato que no se reconecta al contrato (nulo) en cuanto negocio, sino en cuanto hecho productivo de obligaciones, en la medida en que la salvaguardia de los efectos ya producidos sea, por un lado, funcional a la tutela de los intereses privados emergentes del supuesto de hecho, y, por el otro, no se ponga en contraste con intereses de orden superior.

---

7 Cons. Estado, Sez. V, 15 de junio de 2015, n. 2922.

8 A este tema he dedicado recientemente la monografía, publicada en la Colección del Departamento de Ciencias Jurídicas de Bolonia, titulada «Quod nullum est nullum producit effectum? *I vizi del contratto e la forza del fatto*», Bologna, 2023.

II. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO SUBORDINADO

En el derecho italiano, único entre los códigos europeos[9] en contener una norma como el art. 2126 c.c.[10], la elaboración acusa una fuerte influencia de los estudios germanos, los cuales, tomando las bases de la concepción institucionalista de la empresa (*Unternehmen an sich*), tendían, ya en la primera posguerra, a devaluar el aspecto individualista y contractualista para exaltar el institucional y organizativo.

Para resolver el problema de la prestación laboral de hecho, la teoría en cuestión se sirvió, además, de las conclusiones a las que había llegado la denominada teoría de la inserción (*Eingliederungstheorie*)[11], que daba preeminente relevancia a la efectiva inserción del trabajador de hecho en la estructura organizativa del empleador. Esta teoría fue llevada al extremo, trazando una neta distinción entre el contrato y una diversa y autónoma fuente de la relación: más precisamente, la fuente de la relación ya no era el contrato, sino un acto unilateral del empresario, consistente en la asunción o en la inserción del trabajador en la propia empresa. Para que la relación llegara a existir, era suficiente que a la ejecución de la prestación le acompañara el conocimiento y la no prohibición por parte del empleador. Solo si la inserción hubiera ocurrido a espaldas del empleador o incluso contra su voluntad —como en el caso de la ocupación violenta—, el principio de autorresponsabilidad habría impedido la configuración de una relación laboral y el consiguiente nacimiento, en cabeza del trabajador, de los derechos correspondientes.

Dicha solución generó ciertamente perplejidad también entre los propios sostenedores de la teoría de las relaciones contractuales de hecho, los cuales no concordaron ni sobre la naturaleza ni sobre la función de tal acto de inserción. La

---

9 Entre las legislaciones extranjeras, una norma análoga está contenida en la ley española sobre el contrato de trabajo, del 26 de enero de 1944, que en el art. 55 sanciona: «En caso de que se anulare un contrato el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, salvo si la nulidad proviniera de voluntad maliciosa del trabajador». Otra disposición que recuerda nuestro art. 2126 c.c. es encontrable en la ley francesa del 17 de octubre de 1981 n. 81-941 (que ha aportado modificaciones al *Code du travail*), cuyo ámbito está sin embargo limitado a las relaciones de trabajo en las cuales el trabajador sea un extranjero no autorizado a ejercer actividades asalariadas en Francia: él es asimilado a un trabajador regularmente asumido.

10 La modalidad de formulación de la norma ha sido acogida negativamente por la generalidad de los estudiosos: cfr. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1969, p. 148; DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970, p. 13; RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 118.

11 Para profundizaciones y referencias bibliográficas sobre la teoría de la *Unternehmen an sich* y sobre aquella de la *Eingliederungstheorie*, v. RICCA, *op. cit*., respectivamente p. 81 ss. y p. 90 ss.

crítica de la doctrina, luego, se centró en la misma premisa ideológica que está en la base de una construcción similar, fundada sobre una idea que no encuentra respaldo en las modernas orientaciones constitucionales: «hacer del acto de asunción un acto unilateral no negocial (y por lo tanto absolutamente discrecional) del empleador, corresponde a una idea totalitaria que ve la empresa como medio de organización de la actividad individual, puesto a las directas dependencias del Estado (o cuanto menos estrechamente ligado a su dirección económica)»[12].

De la construcción arriba expuesta conserva, sin embargo, interés el núcleo fundamental, que sitúa en el centro del supuesto de hecho, junto a la efectiva actividad desarrollada, la inserción en una «comunidad» empresarial, o sea, en una relación común permanente con el empleador a fin de realizar un interés común. Sobre la relación comunitaria se funda la confianza de cada una de las partes en la cooperación de la otra para el logro del resultado recíprocamente prometido en el contrato viciado.

En general, a la teoría de las relaciones contractuales de hecho debe reconocérsele el mérito de haber dado una nueva dimensión al comportamiento realizativo de las partes del contrato inválido: no ya como una mera fase ejecutiva del contrato, sino como verdadera y propia fuente de la relación, desde la cual la ley hace surgir aquellos efectos que el contrato mismo no podría producir a causa de su propia invalidez[13].

La peculiar relevancia social de los intereses involucrados aleja la relación de trabajo de la perspectiva individualista típica del contrato, y estimula una comprensión del fenómeno a través de instrumentos lógicos no del todo coincidentes con los negociales.

A diferencia del Código Civil de 1865, que, en el art. 1570, definía la locación de obras como el contrato con el cual «una de las partes se obliga a hacer para la otra una cosa mediante la pactuada merced», el Código Civil vigente ha subjetivizado las definiciones de los nuevos institutos jurídicos del libro del trabajo (prestador de trabajo, empresario, factor, trabajador autónomo) y ha sustituido el término «merced» por «remuneración», estableciendo que esta, a falta de acuerdo entre las partes, sea determinada por el juez. Ha, además, dictado la regla prevista en el art. 2126.

---

12 RICCA, *op. cit*., p. 92 s.

13 En este sentido puede cogerse la analogía con el fin que impulsó a la elaboración de la categoría de los cuasi-contratos, o sea aquel de oponerse a un sistema de las fuentes de las obligaciones «cerrado», cuya rigidez se consideraba no conforme a las exigencias de la sociedad moderna.

La *ratio* de la regla contenida en el art. 2126 c.c. es claramente indentificable en la relevancia social del trabajo y en la voluntad legislativa de tutelar adecuadamente a un sujeto, el trabajador subordinado, que se encuentra en situación de inferioridad respecto a la otra parte de la relación. El propósito es no dejar privados de tutela derechos primarios del trabajador, en obsequio a la fundamental exigencia de garantizar que las prestaciones laborales, en cualquier caso prestadas, sean remuneradas, salvo casos excepcionales en los cuales sea previsible una violación, por parte de ambos sujetos de la relación, de directrices vitales para la integridad del ordenamiento, por lo que resulta inoportuno atribuir a quien se ha hecho partícipe de una lesión alguna utilidad[14].

Si hay sustancial concordancia sobre el fundamento de la regla, se está, en cambio, dividido sobre la aplicabilidad de los acuerdos convencionales contenidos en el contrato inválido[15], la cual es negada por quienes apoyan la concepción acontractualista (o legalista) —con base en la cual la voluntad legal sustituye a la voluntad contractual nula o anulada[16]— y es admitida por la tesis contractualista, según la cual, una vez que la prestación laboral ha sido ejecutada, al contrato inválido le siguen los mismos efectos que habrían sido producidos por un contrato válido[17].

2.1. Los efectos de la prestación de hecho: la tesis contractualista

A primera vista, el art. 2126 c.c. parecería dar la razón a la tesis contractualista, ampliamente dominante[18], la cual ve en el contrato el elemento constitutivo del supuesto de hecho: la letra normativa, según la cual la invalidez del contrato

---

14 Tar Sicilia, sez. Catania, 23 de septiembre de 1997, n. 1841, en *TAR*, 1997, I, p. 4223 y en *Enti pubblici*, 1998, p. 474.

15 El tema ha sido profundizado por VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, vol. I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004, p. 138 ss.

16 MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1969, p. 351.

17 Sobre la «tendencia a explicar el art. 2126 en clave negocial», cfr. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*. Artt. 2033-2040, en *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 160; BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, en *Jus*, 1957, p. 363, habla de supuesto de hecho negocial complejo, en el cual la invalidez del acto (negocial) de autonomía no obsta a que el negocio mismo sea integrado con la ejecución; BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, p. 178, explica la regla en términos de convalidación tácita; ANDREOLI, *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, en *Riv. dir. lav*., 1952, p. 49 ss., define la nulidad del contrato de trabajo una «nulidad pendiente».

18 RIVA SANSEVERINO, *Della impresa*, en *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Libro V, *Del lavoro*, 1969, p. 570; ANDREOLI, *op. cit*., p. 42.

de trabajo «no produce efecto», parecería expresar el comando de que el contrato inválido produzca aquellos mismos efectos que produciría si fuera válido. En estos términos, la disciplina contenida en el art. 2126 c.c. debería ser explicada como «ineficacia de la invalidez» del contrato.

En el interior de las tesis contractualistas, numerosos intérpretes han reconocido en el art. 2126 c.c. una hipótesis de convalidación tácita asimilable a las palabras previstas en los arts. 590 y 799 c.c. El art. 1423 c.c., al enunciar la inadmisibilidad de la convalidación del contrato nulo, deja a salvo una diversa voluntad de ley; a esta diversa voluntad se suele reconducir los casos excepcionales de la confirmación y ejecución voluntaria de disposiciones testamentarias nulas o de donaciones nulas, y, según algunos que apoyan la concepción contractualista, el art. 2126 c.c[19].

Según otra solución, el art. 2126 c.c. produciría la conversión de las causas de invalidez en causas de resolución de la relación, haciendo que el pronunciamiento de invalidez no despliegue sus efectos sobre las prestaciones ya ejecutadas, exactamente como ocurre para los contratos de duración[20]. Esta irretroactividad del pronunciamiento de invalidez permite mantener en pie el contrato como si fuera válido durante el período de desarrollo de la prestación de hecho.

19 ANDREOLI, *op. cit*., p. 39 ss. (p. 53); ZAGO - GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964, p. 163, que acompaña al concepto de sanación aquel de la «relativización de la nulidad absoluta» (p. 171); FEDELE, *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoro*, en *Dir. econ*., 1958, p. 136 ss., el cual habla de una sanación «parcial» (p. 147); CORRADO, *Il contratto di lavoro. Aspetti dell'evoluzione del sistema del diritto privato*, Milano, 1962, p. 59, que vislumbra, en cambio, una «sanación progresiva», DELL'OLIO, op. cit., p. 28, que niega que el art. 2126 c.c. constituya una forma de sanación, pero admite la sanabilidad del contrato de trabajo inválido *ex* art. 1444 c.c.; PROSPERETTI, *Sulla esistenza e invalidità di un contratto di lavoro*, en *Giur. compl. Cass. civ*., 1949, III, p. 261 ss.; ID., *Il lavoro subordinato*, en *Tratt. dir. lav*., dirigido por Grosso y Santoro-Passarelli, Milano, 1966, p. 48 ss. y p. 80 ss.; BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, p. 179; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1968, p. 179; GHIDINI, *Diritto del lavoro*, Padova, 1969, p. 169. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 116 ss., afronta el problema en el cuadro de las hipótesis en las que el contrato nulo es tomado en consideración por el legislador (p. 150 ss.).

20 TORRENTE, *Del lavoro*, en *Comm. c.c*., Torino, 1962, p. 275. A la tesis adhieren, pero con exclusiva referencia a la hipótesis de anulamiento, FEDELE, *op. cit*., p. 148 y SUPPIEJ, *La struttura del contratto di lavoro*, I, Padova, 1957, p. 148. Explican el fenómeno en términos de limitación de las consecuencias de la nulidad R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 344 ss., texto y nota 25; HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968, p. 47 ss.

Vienen así puestas sobre el mismo plano el pronunciamiento de nulidad y la de anulabilidad, de modo que la primera termina por asumir carácter constitutivo, y las reglas sobre la convalidación y sobre la prescripción previstas para el contrato anulable se extienden también al contrato nulo, el cual, por lo tanto, *producit effectum*.

No obstante el indudable éxito por ella cosechado, a la teoría contractualista pueden ser movidas numerosas objeciones.

En el plano práctico, en primer lugar, la concepción contractual puede conducir, en determinadas hipótesis, a resultados aberrantes: como en los casos en que la compensación pactada en el contrato inválido resulte excesivamente elevada en consecuencia del dolo o de la violencia sufridos por el trabajador, o de la incapacidad, del error o del defecto de representación del empleador[21]. Pero sobre todo, la tesis contractualista no puede dar cuenta de las razones por las cuales, una vez afirmada la aplicabilidad de las determinaciones convencionales, no se produzca aquello que del contrato es el efecto principal: la misma obligación de trabajar.

En efecto, la jurisprudencia es constante en considerar que la relación de trabajo puesta en práctica sin las formas y los procedimientos necesarios, calificable, por lo tanto, como relación de hecho, produce como «únicos efectos» aquellos contemplados en el art. 2126 c.c. En particular, en caso de nulidad o anulabilidad del contrato de trabajo, la ineficacia de tales vicios por el período en que la relación ha tenido realización, prevista por el art. 2126 c.c., opera retrospectivamente, sin vincular a las partes a la continuación de la relación y sin determinar todos aquellos efectos de la relación de trabajo no compatibles con la inexistencia de la obligación laboral[22].

---

21 Cfr. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 143; RICCA, *op. cit*., p. 148, nota 60; SACCO, *Nullità ed annullabilità (dir. civ.)*, en *Noviss. dig. it*., XI, Torino, 1965, p. 459.

22 Cons. Estado, sez. V, 18 de enero de 1993, n. 102, en *Foro amm*., 1993, p. 130; Cass., 23 de julio de 2004, n. 13891. Cass., sez. lav., 28 de julio de 1995, n. 8260, en *Mass. Giust. civ*., 1995, ha decidido que a la relación de hecho no es aplicable el art. 2103 c.c. (en el texto introducido por el art. 13, l. n. 300 del 1970), según el cual el trabajador debe ser adscrito a las funciones para las cuales ha sido asumido o a aquellas correspondientes a la categoría superior que haya sucesivamente adquirido o bien a funciones equivalentes a las últimas efectivamente desarrolladas. Además, en el caso en que a la relación viciada siga la constitución de una relación válida, a los fines de esta última no relevan las mansiones desarrolladas por el trabajador en la fase precedente. Cass., sez. lav., 17 de enero de 1983, n. 379, en *Mass. Giust. civ*., 1983, en un caso atinente a una relación de trabajo subordinado en la cual el trabajador

En efecto, es cierto que la letra del apartado 1 del art. 2126 c.c. elimina, sin establecer distinciones, todos los efectos de la sentencia que declara la nulidad del contrato o que lo anula, por el período en que la relación haya tenido ejecución; por lo que de la prestación de hecho no nace únicamente el derecho a la remuneración, sino también otros derechos —como, por ejemplo, el de la indemnización por antigüedad— reconocidos por la ley a favor del trabajador[23]. No obstante, estos derechos son efectos propios del supuesto de hecho legal, y no del acto inválido. Más precisamente, ellos no derivan del contrato de trabajo, sino directamente de la ley, la cual los reconecta no ya a la relación obligatoria, sino a la acaecida ejecución de la prestación[24].

Se tendría, por lo tanto, un contrato cuya invalidez produce efectos distintos según si la actividad a ejecutar se haya iniciado o no: en el primer caso, la declaración de nulidad produciría efectos *ex nunc*; en el segundo caso, puesto que la obligación de cumplir no ha surgido nunca, produciría efectos *ex tunc*. Pero si así están las cosas, es evidente que los efectos producidos en la primera hipótesis no son reconducibles al contrato inválido, sino a la misma ejecución de la prestación de hecho, que es el verdadero objeto de la tutela.

El no nacimiento de la obligación de trabajar o de continuar el trabajo iniciado hace caer la tesis de la convalidación[25]: si el art. 2126 c.c. produjera verdaderamente el efecto de sanación del contrato nulo, entonces debería volver a la vida todo el contrato que fue declarado nulo, debería ser posible la producción de todos sus efectos. La verdad es que los efectos que se producen son aquellos reconducibles exclusivamente a la prestación en cuanto tal, no a un contrato que es inidóneo desde el inicio para constituirse como fuente de derechos y de obligaciones.

Además, dado que la regla en cuestión opera con independencia de cualquier conciencia de las partes, «falta en el mecanismo del art. 2126 c.c. ese otro elemento individualizador de la convalidación, constituido por el conocimiento, por parte de las partes, de la causa de invalidez»[26].

(en la especie, un técnico de laboratorio médico) carecía de la habilitación necesaria, aun reconociendo a este último la tutela *ex* art. 2126 c.c., ha sin embargo excluido que del contrato inválido naciese algún derecho a la reasunción en la hipótesis de despido.

23 Como en los casos de Cass., sez. lav., 1° de marzo de 1984, n. 1451, en *Mass. Giust. civ*., 1984, y de Cass., sez. lav., 26 de enero de 1984, n. 618, en *Mass. Giust. civ*., 1984.

24 Comm. imp. distr.le, sez. XLII, Milano, 15 de marzo de 1994, n. 179, en *Boll. trib*., 1994, p. 723.

25 Cfr., entre otros, MONTICELLI, *op. cit*., p. 130 ss. (en part. p. 131).

26 VENOSTA, *op. cit*., p. 149.

La tesis de la sanación está perjudicada por su misma premisa ideológica de elevar el contrato como único punto de apoyo de los mecanismos constitutivos de la relación, y termina con tener una valencia meramente descriptiva, renunciando a explicar a cuáles de los efectos consecuentes al art. 2126 c.c. sea indispensable el contrato y a cuáles es en cambio suficiente el hecho de la prestación.

En cuanto a la tesis de la irretroactividad de los pronunciamientos de invalidez, se ha justamente contestado la innatural equiparación entre nulidad y anulabilidad que ella comporta, dado que el art. 2126 c.c. recuerda distintamente las dos formas de invalidez, haciendo así aplicables las diversas disciplinas dispuestas para cada una de las dos sanciones[27].

La tesis de la irretroactividad, además, «presenta la singularidad de no anclar el efecto del pronunciamiento judicial, ni a la fecha de la conclusión del contrato inválido, ni a aquella de la demanda, sino a un momento variable caso por caso, o sea a aquel en que cesa la prestación laboral: lo que puede verificarse también después de la demanda judicial o después de la sentencia»[28].

Debe también ser negado que la prestación laboral de hecho tenga naturaleza negocial[29], por lo que son irrelevantes la eventual incapacidad de obrar y los vicios del consentimiento: el derecho del prestador de hecho a la remuneración no deriva del contrato de trabajo inválido sino directamente de la ejecución de la prestación; como es demostrado, una vez más, por el hecho de que el contrato no produce su efecto típico principal: la obligación de trabajar a cargo del trabajador subordinado y la correlativa pretensión en cabeza del empleador.

Otra objeción que puede formularse a la tesis contractualista es que no tiene en debida cuenta que, vista la *ratio* del art. 2126 c.c., la regla que tutela los derechos del trabajador en virtud de la relevancia social de la prestación ejecutada no puede

---

27 CORRADO, *I diritti dei superstiti in caso di morte del lavoratore*, en Riv. dir. comm., 1948, I, p. 346. Análogamente: DELL'OLIO, *op. cit*., p. 31.

28 CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, en Riv. dir. civ., 1979, I, p. 321; cfr. también DELL'OLIO, *op. cit*., p. 33.

29 Se trata de la opinión prevalente, aunque en el interior de esta haya quien habla de acto jurídico en sentido estricto (FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, en Ann. dell'Università di Ferrara, Ferrara, 1952, p. 197), quien de acto real (RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 149), quien de declaración no negocial (DELL'OLIO, op. cit., p. 236 ss.) y quien, finalmente, de «acto meramente exterior» (MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 110 ss. y p. 240 ss.).

limitarse al caso de la invalidez del contrato, sino que debe extenderse coherentemente a la hipótesis del trabajador que haya ejecutado su actividad laboral en disconformidad con el contenido contractual[30]. En tal caso, aplicar de todos modos las reglas pactadas se resolvería en una evidente contradicción: esto confirma más aún que la autonomía privada pierde relevancia en favor de la disciplina legal, la cual toma como referencia la prestación concretamente efectuada.

Todas las tesis que intentan explicar el problema de la prestación de trabajo de hecho reconduciendo la relación laboral al contrato recorren una vía marcada por un límite preciso, que condiciona el camino desde las premisas hasta el punto de llegada: el de vislumbrar en el contrato la única fuente constitutiva posible de la relación; un límite tan rígido que el contrato mantiene esta unicidad incluso cuando es nulo.

Pero el principio de atipicidad de las fuentes, expresado en el art. 1173 c.c., demuestra que el contrato no es la única fuente posible de constitución de la relación laboral.

2.2. La tesis legalista: la ley y las normas colectivas sustituyen la disciplina contenida en el contrato inválido

La tesis contractualista ha sido acogida por la jurisprudencia[31]. Se trata, más exactamente, de un pragmatismo dictado por la idea de que la conservación de los acuerdos privados beneficia mayormente a las partes de la relación. El problema no resuelto, sin embargo, es el hallazgo de un criterio idóneo para alcanzar semejante resultado.

En el plano práctico, los jueces coinciden en excluir la aplicación de todas aquellas normas que regulan y limitan la facultad de despido del empleador[32]. Tampoco podrían aplicarse a la relación ejecutada de hecho las normas sobre la conservación de la relación de trabajo, como aquellas en situación de suspensión; ni ciertos poderes y deberes de las partes, como el poder directivo y el deber de obediencia; ni resultan relevantes los acuerdos inherentes a las modalidades de

---

30 Sobre el punto, cfr. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 347 ss. y p. 377 ss.

31 Cfr. Cons. giust. amm. sic., 25 de octubre de 1996, n. 371, en *Giust. amm.sic*., 1997, p. 54 y en *Foro amm*., 1997, p. 220; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 1° de octubre de 1996, n. 273, en *Giust. amm.sic*., 1996, p. 92.

32 Cass., sez. lav., 22 de noviembre de 1985, n. 5799, en *Not. giur. lav.*, 1986, p. 138.

la prestación laboral, si bien ello no excluye que el desarrollo concreto de la relación sea idóneo para hacer surgir en cabeza de las partes importantes deberes y derechos, como los de custodia, de seguridad y de fidelidad, que encuentran su fuente en los principios del derecho común, especialmente en el principio de corrección o de buena fe[33].

Según la tesis acontractualista o legalista, la ejecución de la prestación de hecho tiene como efecto el surgimiento, en cabeza del trabajador, de todos los derechos derivados del desarrollo de la relación laboral, el más importante de los cuales es el derecho a la remuneración, en todas sus formas (incluida la indemnización por terminación de la relación), cuya cuantificación se rige por la normativa legal y por los convenios colectivos.

Es, además, posible la determinación judicial *ex* art. 2099, apartado 2, c.c.: en tal caso, el juez hará referencia al parámetro objetivo de la corriente valuación de mercado, pero le será útil también una valuación de la relación tal como se ha desarrollado concretamente y, eventualmente —sin que ello pueda asumir relevancia absoluta y solo como pura medida de referencia—, una valuación de las estipulaciones contenidas en el contrato inválido.

Me parece que, no obstante la defectuosa formulación de la norma, que parece indicar una «ineficacia de la invalidez del contrato» (la nulidad o la anulabilidad del contrato de trabajo no produce efectos ...), la invalidez, como sanción general, permanece fiel a sí misma: el contrato nulo, en particular, permanece como tal, y por lo tanto es improductivo de efectos. El contrato, tras la declaración de nulidad o la sentencia de anulación, es definitivamente ineficaz: es a la ley y a los contratos colectivos a los que el art. 2126 c.c. remite la protección del prestador, en la exclusiva consideración de la actividad laboral ya ejecutada de hecho[34]. Solo si la relación ha sido ejecutada, se producen los efectos legales dirigidos a la tutela del agente; en caso contrario, no se produce ningún efecto y el contrato de trabajo nulo permanece a la par de cualquier contrato nulo.

---

33 Así CAFERRA, *op. cit*., pp. 327-329, el cual indica, como consecuencias jurídicas que encuentran su presupuesto en la ejecución de la prestación de trabajo: la obligación del empleador de adoptar todas las medidas idóneas a tutelar la integridad física y la personalidad de los prestadores de trabajo (art. 2087 c.c.); la adquisición de los derechos absolutos conexos al desarrollo de la actividad laboral (art. 2590 c.c.); la adquisición de los derechos sindicales; los derechos y las obligaciones sancionados en la normativa especial en materia previsional.

34 Para la tesis de la producción *ex lege* de los efectos: FUNAIOLI, *op. cit*., pp. 180-190; RICCA, *op. cit*., p. 148.

Se puede comprender entonces por qué ilustres estudiosos subrayaron en el pasado que la fuente de los efectos es en realidad un supuesto de hecho complejo, formado por el contrato inválido más el acto de ejecución del contrato mismo[35].

En la doctrina[36], al encuadrar y proveer una explicación dogmática del art. 2126 c.c. en el interior de la teoría de las relaciones contractuales de hecho, se ha vuelto a hablar de un supuesto de hecho «autónomo respecto a aquel que disciplina los efectos de la invalidez negocial». De la nulidad *ex* art. 2126 c.c. deriva, como regla general, la ineficacia; mientras que los efectos que excepcionalmente se producen no son reconducibles al contrato inválido, sino que los efectos normales de otro acto jurídicamente relevante[37], constituido, en la especie, por la prestación de trabajo concretamente ejecutada.

La construcción en términos de supuesto de hecho complejo, compuesto por el contrato y por la ejecución de la prestación, paga evidentemente tributo a la insuperabilidad de un dato inevitable: la existencia de un acto (aunque sea inválido) es, en cualquier caso, una condición imprescindible para la aplicabilidad de la tutela.

Pero lo que más cuenta, más allá de las definiciones de carácter dogmático y en mayor medida en coherencia con la *ratio* normativa, es esto: se trata de efectos legales que se refieren exclusivamente a lo que ya ha ocurrido en la realidad de la relación; es el hecho lo que merece tutela, no el acto viciado[38]. El trabajador puede en cualquier momento interrumpir la actividad emprendida alegando la invalidez del acto, y puede obtener la remuneración relativa a las prestaciones ya ejecutadas reclamando el tratamiento al cual le da derecho el hecho.

Si se acepta que, excepcionalmente, la relación puede tener su origen en el hecho (ejecución de la prestación) en vez del acto (contrato de trabajo), es fácil tratar la relación misma separadamente del contrato y de forma autónoma respecto a él.

---

35 FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, en Annali dell'Università di Ferrara, 1952, p. 197 s.; Análogamente: BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, en Jus, 1957, p. 363.

36 STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997, p. 119.

37 El Autor se refiere, sobre el punto, a los estudios de DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 66.

38 Por lo tanto, si se comparte la premisa, se sigue lógicamente que con la nulidad del contrato deban caer también las cláusulas más favorables al trabajador eventualmente establecidas en él. A esta solución se oponen, obviamente, aquellos que reconducen la producción de los efectos directamente al contrato inválido: si él produce sus normales efectos por todo el período de realización, deben tenerse por operantes también las eventuales cláusulas más favorables en él establecidas.

Desde este punto de vista, es apreciable el intento de conciliar la tesis contractualista con la «legal», mediante la explicación de que la invalidez del contrato (que permanece inválido), si bien produce efectos en el plano interno conforme a las normas sobre la autonomía privada, no los produce, en cambio, en el plano externo, es decir, respecto de la prestación efectivamente ejecutada. La prestación laboral conserva, por lo tanto, su relevancia jurídica respecto al contrato inválido, porque es considerada por la ley como «prestación aislada»[39].

La solución, en su intento de operar una mediación entre las dos principales tesis doctrinales, aplica, sin embargo, el contenido contractual con referencia a la determinación del elemento más importante: la remuneración. La convención sobre la compensación, más precisamente, podría ser extraída del contrato inválido si ella no está de por sí afectada por vicios: lo que sería posible si, por ejemplo, el acuerdo sobre la remuneración está contenido en un contrato inválido por vicios atinentes a la forma (como el contrato de enrolamiento); no, en cambio, si el empleador era incapaz o su consentimiento estaba viciado.

Pero es evidente la dificultad concreta de discernir, en el ámbito del mismo contrato, los casos en los cuales las cláusulas sobre la compensación están viciadas por la incapacidad o por los vicios del querer, y aquellos en los cuales no lo están. Esta solución comporta, además, la inevitable admisión de que algunas partes del contrato deberían ser tenidas por válidas; de ello resulta la ambigüedad de una construcción que intenta superar la concepción contractual permaneciendo al mismo tiempo adherida a la letra del art. 2126 c.c., cuando quizás sería mejor limitarse a tomar nota de la desafortunada formulación de la norma[40].

No parece decisiva, por lo demás, ni siquiera la premisa sobre la cual se basa esta tesis, a saber, la necesidad de operar un equilibrio entre la teoría contractualista y la teoría legalista, desprendida de la convicción de que, no obstante las lagunas de la primera, la conservación de las determinaciones convencionales sea seguramente deseable en algunos casos; entre estos, destacaría la hipótesis en la cual el acuerdo sobre la compensación haya sido concluido separadamente del contrato de trabajo y no resulte, por lo tanto, viciado[41]. Puede objetarse que, en la especie,

---

39 Es la tesis sostenida por DELL'OLIO, *op. cit*., *passim*, el cual, cuanto al concepto de «prestación aislada», se refiere a los estudios de GIORGIANNI, *Causa*, en Enc. dir., VI, Milano, 1960, p. 565 ss.

40 Para una sintética crítica a la tesis de los reflejos externos de la invalidez del contrato, cfr. CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, en Riv. dir. civ., 1979, I, p. 326 y p. 331.

41 DELL'OLIO, *Sulla «ineficacia dell'invalidità» del contratto di lavoro (art. 2126, comma 1°, c.c.)*, en *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, V, Napoli, 1972, p. 272 s.

la teoría legalista no impide la aplicación del contenido del acuerdo separado: en efecto, el recurrir a la operatividad de la ley en función sustitutiva de la autonomía contractual opera solamente si el contrato es nulo o anulable (art. 2126 c.c.); pero si el acuerdo separado no está afectado por vicio alguno, la integración legal no entra en juego, por lo que el juez, limitándose a lo inherente a la determinación de la remuneración, deberá estarse a lo convenido por las partes.

III. LA PRESTACIÓN LABORAL DE HECHO Y EL PRINCIPIO QUOD NULLUM EST NULLUM PRODUCIT EFFECTUM

Junto a las opciones técnicas, afloran particularmente las elecciones ideológicas del intérprete. La tesis contractualista encarna una concepción que ve en los privados a los mejores jueces de sí mismos: la autonomía privada, y en particular el contrato como instrumento de libertad y de igualdad, son el mejor remedio para la recomposición de los equilibrios económicos y de los derechos. En esta óptica, no hay mejor solución que remitir a la misma disciplina pactada, aunque contenida en un acto inválido, la tutela de la actividad concretamente desarrollada por el prestador.

La tesis acontractualista, al contrario, pone en el centro de la indagación el problema de la tutela del trabajo, captando así mejor, a mí parecer, el valor social del art. 2126 c.c. a la luz de los principios constitucionales. En la norma es innegable la consideración legislativa de un deber de colaboración entre las partes[42], que tiene su peculiar inspiración en la fundamental connotación del trabajo como primer medio de sustento y de bienestar individual y colectivo; por esta razón, la confianza puesta por el trabajador en la realización de un provecho se convierte en un interés destinado a prevalecer sobre las exigencias generales subyacentes a las normas sobre la forma y sobre los vicios del contrato.

Si el trabajo es, por excelencia, el medio de sustento, esto significa que en el art. 2126 c.c. están en juego exigencias vitales de la persona del trabajador[43], las cuales no pueden ser confinadas a meros motivos del contrato, sino que entran a formar parte de su causa bajo el perfil de la suficiencia de la remuneración: «con

---

42 Para el tentativo de clasificar el contrato de trabajo como contrato de colaboración más bien que como contrato de intercambio cfr. RICCA, *Retribuzione sufficiente e molteplicità di redditi di lavoro*, en *Giust. civ*., 1962, I, p. 1812 y nota 24.

43 El derecho a una equitativa remuneración *ex* art. 36 Const., es definido en los términos de un derecho público de la personalidad por PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, en *Riv. giur. lav*., 1950, I, p. 189.

el contrato de trabajo no se realiza tanto una causa de intercambio, trabajo contra merced, cuanto más bien se cumple con un interés (del empleador) que coincide con un interés correspondiente del prestador»[44].

Entre los sostenedores de la tesis acontractualista, hay quien recuerda que el contrato de trabajo crea un *status*[45]; y, al someter a una disciplina exclusivamente legal la prestación de trabajo, la califica como acto real[46].

Esta total sustitución de la disciplina convencional por la disciplina legal parece a primera vista resolverse en la cancelación de cualquier alcance innovador del art. 2126 c.c., así «reportando los términos del problema jurídico a la situación precedente al código del '42 y reduciendo la intervención del legislador a la mera afirmación de principio de la exigencia de tutela del trabajo»[47].

En efecto, a primera vista, podría parecer superflua la norma: si simplemente remite a la cuantificación legal de la remuneración según valores de mercado, la regla de la «ineficacia de la invalidez» pierde su carácter excepcional y se limita a confirmar, en el ámbito del derecho laboral, la disciplina general del pago de lo indebido objetivo[48].

44 RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., p. 129 s., el cual subraya con fuerza como «en el contrato de trabajo todos los efectos gravitan sobre (la prestación de) trabajo, como medio de elevamiento y de dignidad social, y como medio de sustento: el interés de las partes contrapuestas coincide por lo tanto en esto, que ambas consideran sacar beneficios diversos de un único objeto: el trabajo. Otra cosa es que el empresario cuente sacar los mayores beneficios, con el menor costo, y el trabajador mayores ganancias, con el menor sacrificio: todo esto atañe... solamente al campo de los motivos, que nada tienen que ver con el esquema (causal) del contrato». En los mismos términos: ID., *Retribuzione sufficiente e molteplicità di redditi di lavoro*, en *Giust. civ*., 1962, I, p. 1813. *Contra*: ZAGO - GARELLI, *op. cit*., p. 59 ss.

45 Así RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, *cit*., p. 133, entendiendo sin embargo el concepto en sentido lato, como situación de particular valor moral y social.

46 RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, *cit*., pp. 148-155. El Autor recuerda el instituto de la gestión de negocios a confirmación del hecho de que un acto abstractamente ilícito, que sustancialmente viola la ajena esfera jurídica, puede recibir tutela jurídica; y considera además que los modos de adquisición de la propiedad a título originario, son la demostración de la tutela por parte del ordenamiento de la realización de un resultado útil. Se trata de dos fenómenos a los cuales es acordada una tutela meramente conservativa, porque garantiza el estado de hecho de una situación ya verificada.

47 CAFERRA, *op. cit*., p. 322, según el cual «se trata de una conclusión que claramente choca, por un lado, contra el dato textual y, por el otro, contra el claro propósito innovativo manifestado por el legislador en los trabajos preparatorios, donde se intentan superar las soluciones no satisfactorias, alcanzadas según los intérpretes del derecho común».

48 CAFERRA, *op. cit*., p. 333 s., afirma que «el nexo, indudablemente existente en la valuación normativa, entre contrato nulo o anulado y «la ejecución de la relación» induce a configurar

Sin embargo, la norma en cuestión, que por un lado verdaderamente se inserta, como confirmación suya, en la regla general de que todo «pago» no debido debe ser restituido, mantiene su especialidad justamente en la peculiar importancia social y jurídica que en ella asumen los principios del derecho del trabajo.

En relación con el principio *quod nullum est nullum producit effectum*, es necesario indagar cuáles derechos corresponden al trabajador a consecuencia de haber ejecutado un *facere*, al cual no estaba obligado: por no ser consecuente a un contrato válido y porque, como se ha visto, al hecho de la actividad desplegada no es reconducible el nacimiento de una obligación de trabajar o de continuar la actividad emprendida.

Me parece, entonces, un método adecuado, para entender qué comporta la introducción del art. 2126 c.c. en el derecho positivo, operar un contraste con lo que ocurriría si dicha norma no existiera. Ahora bien, en ausencia de la regla que quita eficacia a la invalidez del contrato, a la sentencia de nulidad o de anulación le seguiría la repetibilidad de la prestación ejecutada: prevalece, en efecto, la solución jurisprudencial de la aplicabilidad de la disciplina del pago de lo indebido también a las prestaciones que tienen por objeto un *facere*. En consideración, sin embargo, de la imposibilidad de restituir materialmente la prestación, se operaría una restitución por equivalente: el trabajador tendría derecho al contraprestación que le correspondería por la prestación ejecutada, determinada según valores objetivos de mercado.

En otras palabras, en ausencia de una norma como el art. 2126 c.c., al *solvens indebiti* le correspondería una compensación igual al valor «medio» de la actividad desarrollada[49].

Si así están las cosas, es neta la distinción entre las consecuencias de la tesis contractualista y los efectos de la disciplina del pago indebido: si esta da derecho a una compensación media, la primera atribuye al trabajador la misma remuneración establecida por las partes en el contrato, que puede ser notablemente inferior o

---

la disciplina dictada por el art. 2126 como tratamiento de una prestación indebida», aunque la norma tenga carácter de especialidad respecto a la disciplina general del indebido.

49 Dicho compenso correspondería en los límites del enriquecimiento del empleador si se aplicara a las prestaciones de hacer y de no hacer, como quiere la tesis tradicional y hoy minoritaria, el art. 2041 c.c. más bien que los art. 2033 ss. c.c. Cfr. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padua, 2005, *passim*. Para una panorámica en lengua inglesa de las relaciones entre el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa en el civil law y el common law, véase ALBANESE, *Some open questions on restitution rules in comparative legal traditions*, en *Studi* di Falling in Law: https://www.fallinginlaw.com/some-open-questions-on-restitution-rules-in-comparative-legal-traditions/

superior a la remuneración normalmente concedida a un trabajador subordinado por el desarrollo de una análoga actividad laboral. Se haría referencia, además, a los acuerdos que las partes han convenido en relación con los otros derechos y obligaciones inherentes a la relación.

La tesis contractualista, por lo tanto, abstrae la regla del art. 2126 c.c. del ámbito del pago indebido y le confiere un alcance excepcional respecto al sistema general de las obligaciones restitutorias (con la importante consecuencia, entre otras, de la inaplicabilidad de la regla en vía analógica a otros supuestos de hecho, como aquellos del trabajo parasubordinado).

Menos neta es la distinción entre el art. 2126 c.c. y el pago indebido si se sigue la tesis acontractualista, hasta el punto de que el primero podría incluso parecer de escasa utilidad. En ambos casos, en efecto, el trabajador sería remunerado con base en valores medios de mercado (restitución por equivalente).

La utilidad del art. 2126 c.c. está, sin embargo, en el hecho de que este impone, más allá de cualquier duda, el respeto de los mínimos remunerativos sancionados por el art. 36 Const.: «el trabajador tiene derecho a una remuneración proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y en cualquier caso suficiente para asegurar a sí y a la familia una existencia libre y digna».

El apartado 2 del art. 2099 c.c. sanciona que «a falta de acuerdo entre las partes, la remuneración es determinada por el juez». Pues bien, a falta de la especificación del art. 2126 c.c., se plantearía una duda de gravedad extrema: si el juez, en la determinación del valor de la prestación, debe evaluar exclusivamente el valor objetivo de la misma, según el criterio típico de la restitución por equivalente, o bien puede tener en cuenta la más amplia garantía constitucional y, con base en ella, disfrutar de una mayor libertad decisional a fin de tutelar en mayor medida al trabajador previa valuación de las concretas circunstancias de hecho[50].

IV. LA PRESTACIÓN LABORAL DE HECHO COMO PRESTACIÓN INDEBIDA «ESPECIAL», MERECEDORA DE UNA «TUTELA RESTITUTORIA REFORZADA»

El criterio ordinario de cuantificación relevante en materia de pago indebido, en efecto, precisamente por su objetividad, prescinde de la particular posición de

50 Insiste sobre la necesidad de preparar un umbral mínimo infranqueable de protección del trabajador Cons. Estado, sez. V, 24 de agosto de 2000, n. 4594, en *Riv. personale ente locale*, 2001, p. 375.

las partes de la relación, y por lo tanto de la peculiar tutela del trabajo y de la conexa protección reservada por el ordenamiento al trabajador subordinado; el juez debe limitarse a la consideración de la prestación como atribución patrimonial *sine causa*. Este criterio contrasta con el llamado constitucional a la protección social del trabajador subordinado, a la constatación concreta de la eventual lesión de su libertad o de su personalidad; y contrasta con la necesaria valuación de la posición de inferioridad del trabajador. El art. 2126 c.c. permite, en cambio, reafirmar la especialidad del derecho del trabajo y desplegarla también en el ámbito restitutorio[51]. Se trata de una norma no excepcional, por lo tanto, sino más bien especial (susceptible de aplicación analógica).

La norma se inserta perfectamente en el interior de la disciplina de la nulidad y del pago indebido y es coherente con el sistema restitutorio general: la prestación ejecutada con base en un contrato de trabajo inválido permanece siempre como una prestación no debida destinada a una función ejecutiva, y no habría razón para excluir la disciplina general prevista. Subsiste, más bien, la exigencia de especificar aquella tutela en observancia de la particular relevancia social del trabajo y a la preeminente necesidad de protección del trabajador: el art. 2126 c.c. refuerza la tutela ya ofrecida a cualquier *solvens indebiti* de una prestación de hacer, en observancia de los principios fundamentales del derecho del trabajo.

Si a un agente «cualquiera» le compete la sola restitución por equivalente, y por lo tanto únicamente la «compensación media», al trabajador subordinado le corresponde dicha compensación media más todas las garantías y tutelas previstas por la normativa especial en materia de trabajo, incluidos los contratos colectivos y los usos. De tal manera no se tiene, simplemente, una prestación de hecho que resulta asimilada a una prestación típica, sino que se tiene una relación de trabajo subordinado de hecho a la cual es aplicable la disciplina legal de la relación de trabajo subordinado típico. Se evitan disparidades entre sujeto débil y sujeto débil: sea que la actividad sea prestada de hecho, o que consiga a una relación instaurada regularmente, no existen discriminaciones en materia de tutela.

---

51 Otra objeción que puede hacerse contra la tesis contractualista es justamente esta: si la invalidez del contrato no produce efectos, esto significa que el entero contenido contractual debe aplicarse a la relación, y que la remuneración convenida se impone también si inferior a la medida establecida en los contratos colectivos o a los mínimos remunerativos de los cuales al art. 36 Cost. Se trata, evidentemente, de una solución que choca contra la misma *ratio* del art. 2126 c.c. (y que llevaría por lo demás al absurdo, como releva DELL›OLIO, *ult. op. cit*., p. 275, de atribuir al contrato inválido una fuerza jurídica incluso mayor de aquella del contrato válido).

La *ratio* de la regla me persuade de que la ley no quiere hacer efectiva la compensación pactada, premiando con una mano un acuerdo que con la otra mano sanciona con la nulidad o la anulabilidad. Ella quiere, más bien, garantizar al trabajador el derecho a una compensación justa: y es tal, justamente, no el correspondiente pactado, que puede ser fruto, por lo demás, de un consentimiento viciado, y que fijaría por lo tanto un techo máximo a menudo inadecuado, sino el correspondiente conmensurable con base en el valor que asume en nuestro ordenamiento el haber ejecutado una determinada prestación en condición de subordinación.

Por otro lado, la prestación ejecutada, que debe ser tutelada en cuanto tal (y no en cuanto surge de un contrato que era y permanece improductivo de efectos), se beneficia de la más amplia protección posible, a salvaguardia de los derechos del trabajador, del respeto de los cuales no es posible prescindir, independientemente de cuál sea la fuente de la relación jurídica y de su validez.

Al trabajador subordinado de hecho, así como a cualquier otro trabajador subordinado, por lo tanto, no le compete únicamente el derecho a una compensación conmensurada según los cánones de la restitución por equivalente típicos de la disciplina del pago indebido, sino también, adicionalmente, cualquier tutela prevista a favor del trabajo subordinado, tanto en materia previsional[52] como en materia de vacaciones, festividades, descansos, etc. En síntesis, el art. 2126, apartado 1, c.c. garantiza al trabajador, por el período en que la relación ha tenido ejecución, el derecho al mismo tratamiento, incluso de liquidación final, que le habría correspondido en caso de contrato válido[53].

El tratamiento económico debido a norma del art. 2126, apartado 1, c. c. comprende la indemnización sustitutoria del preaviso, la cual, por la expresa disposición del apartado 3, art. 2118, del mismo código, compete también en la hipótesis de cesación de la relación por muerte del prestador de trabajo, según la disciplina prevista por el art. 2122 c.c.[54]. Nace luego el derecho a la indemnización por antigüedad según los criterios previstos por el art. 2121 c.c.[55].

También indemnización compensatoria por vacaciones no disfrutadas tiene carácter remunerativo y goza de la garantía prestada por el art. 2126 c.c.[56].

---

52 Sobre el derecho al tratamiento previsional: Cass., sez. lav., 10 de enero de 1987, n. 109, en *Orient. Giur. Lav*., 1987, p. 349.

53 Cass., sez. lav., 4 de mayo 1987, n. 4139, en *Arch. civ*., 1987, p. 826.

54 Cass., sez. lav., 18 de abril de 1988, n. 3052, en *Mass. Giur. it*., 1988.

55 Cass., sez. lav., 27 de octubre de 1987, n. 7931, en *Mass. Giur. it*., 1987.

56 Cass., sez. lav., 29 de mayo de 2018, n. 13473, en *Dir. e Pratica Lav*., 2018, p. 2753.

Sin embargo, la equiparación del contrato de trabajo inválido al válido se limita a los efectos remunerativos del trabajo ya prestado y no es idónea para fundamentar pretensiones conservatorias del trabajador, de modo que, una vez finalizada la ejecución de las prestaciones laborales, no resulta aplicable la tutela contra los despidos ilegítimos. Así, el trabajador, aun habiendo consolidado el derecho a retener las remuneraciones percibidas durante la vigencia de la relación y el derecho al pago de las cotizaciones, no puede invocar ningún derecho a continuar prestando servicios ni a ser reincorporado al puesto de trabajo[57].

Esta opinión encuentra respaldo en la *Relación al proyecto preliminar del libro de las obligaciones*[58], la cual señalaba que la disciplina del pago indebido no habría podido ir más allá del problema de la compensación, mientras «resta a menudo por ver si el empleador agota sus deberes con el pago de una indemnización al trabajador por la utilidad recabada [...] o si él deba ser tenido [...] en los mismos límites en los que lo habría sido si el contrato de trabajo no hubiera sido inválido». Y formula a tal propósito los ejemplos de la responsabilidad civil por inobservancia de la obligación de aseguramiento, de los recargos por el trabajo extraordinario y el festivo, de las vacaciones, de los salarios mínimos, etc.

La *Relación* se preocupaba por el hecho de que la invalidez del contrato pudiera conllevar, ante una prestación calificable como indebida, la aplicación de la simple normativa ordinaria sobre el pago de lo indebido. De este modo, prevenía tanto este riesgo como la eventual aplicación de las disposiciones contractuales, proclamando que, si el contrato de trabajo es inválido, «puede dejar de aplicarse únicamente la disciplina contractual, pero no resulta inaplicable la normativa legal, la de los convenios colectivos o los usos».

El art. 2126 c.c. no se configura como una excepción a la *machinery* restitutoria, ni se sitúa fuera de la disciplina de la nulidad contractual. Con él, más simplemente, el legislador toma en consideración la naturaleza y los intereses de la prestación de trabajo subordinado como una prestación indebida «especial», en cuanto connotada por una particular relevancia social y, como tal, merecedora de una protección restitutoria reforzada.

---

57 Cass., sez. lav., 25 de junio de 2009, n. 14913; Cass., sez. lav., 21 de noviembre de 2007, n. 24247, en *Mass. Giur. it*., 2007; Cass., sez. lav., 29 de diciembre de 2006, n. 27608, en *Dir. e Pratica Lav*., 2007, p. 2108.

58 Cfr. Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-41). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, Roma, 1942.

Esto permite encuadrar de modo diverso también el problema de las relaciones reconducibles al denominado trabajo parasubordinado. Los jueces, al destacar que la regla tiene carácter excepcional atinente al trabajo subordinado, consideran que las disposiciones del art. 2126 c.c. no resultan aplicables a las relaciones de trabajo autónomo, incluso si estas presentan las características de la parasubordinación[59]. A esta afirmación no se opondría la posible aplicación del art. 409, núm. 3, c.p.c. [*Código de Procedimiento Civil*], de carácter exclusivamente procesal, mientras que el art. 2126 c.c. constituye una norma de naturaleza sustantiva[60].

Pero si se acepta la premisa según la cual la norma codicística no tiene carácter excepcional, sino más bien especial por ser constitutiva de una tutela restitutoria reforzada, la extensión en vía analógica de la tutela a las categorías atípicas no solo es admisible, sino que viene incluso impuesta por la necesidad de operar una parificación socioeconómica frente a situaciones que, a la luz de la *ratio* del art. 2126 c.c., mantienen intacta la estructura fundamental del supuesto de hecho, esto es, una prestación laboral desarrollada en condición de inferioridad frente a un sujeto que ejerce el poder de control[61]. Naturalmente, si se opta por esta segunda solución, el carácter de trabajo parasubordinado deberá ser examinado previamente con atención por el juez, dada la incidencia práctica de sus consecuencias[62]. Del mismo modo, aun cuando es pacífico que la regla sancionada en el art. 2126 c.c. es operativa exclusivamente respecto de las prestaciones de trabajo subordinado y

59 Cass., sez. lav., 21 de marzo de 2006, n. 6260, en *Mass. Giur. it*., 2006; Cass., sez. lav., 27 de noviembre de 1995, n. 12259, en *Mass. Giust. civ*., 1995; Cass., sez. lav., 8 de julio de 1993, n. 7489, *ivi*, 1993; Cass., sez. un., 12 de noviembre de 1983, n. 6730, *ivi*, 1983; Cass., sez. lav., 27 de noviembre de 1995, n. 12259, en *Lav. nella giur*., 1996, p. 431; Cass., sez. lav., 18 de febrero de 1997, n. 1459, en *Mass. giur. lav*., 1997, p. 309; en *Not. giur. lav*., 1997, p. 181; en *Giust. civ*., 1997, I, p. 2491, con nota de Albi. Para las cortes de mérito, cfr. Trib. Genova, 4 de marzo de 1997, en *Not. giur. lav.*, 1997, p. 347.

60 Cass., sez. lav., 21 de junio de 2000, n. 8471, en *Riv. it. dir. lav*., 2001, II, p. 641, con nota de OGRISEG, Lavoro parasubordinato e tutela delle prestazioni di fatto. Conformes todas las decisiones citadas en la nota precedente. También la Corte constitucional ha afirmado la relevancia solo procesal y no sustancial de la categoría de la parasubordinación: Corte cost., 24 de julio de 1995, n. 365, en *Cons. Estado*, 1995, II, p. 1263; en *Mass. Giust. civ*., 1995, I, p. 2612.

61 Con referencia a contratos formalmente no reconocidos como subordinados, aunque el trabajador prestase servicio vía de hecho en régimen de subordinación, v. Cass., sez. lav., 24 de febrero de 2025, n. 4799; Cass., sez. lav., 18 de julio de 1983, n. 4958, en *Giust. civ*., 1983, I, p. 3193; App. Napoli, sez. lav., 16 de junio de 2025, n. 1820.

62 Cass., 27 de febrero de 1998, n. 2157, en *Mass. Giust. civ*., 1998, p. 449.

no de las de trabajo autónomo[63], el derecho a la remuneración debe, sin embargo, ser reconocido al profesional intelectual que haya desarrollado la propia actividad profesional (de hecho) por cuenta ajena sin estar inscrito en el colegio profesional: en este caso no se aplica el art. 2231 c.c. (que deniega la acción por la compensación), sino precisamente el art. 2126 c.c., por efecto del apartado 1 del art. 2238 c.c., según el cual «si el ejercicio de la profesión constituye elemento de una actividad organizada en forma de empresa, se aplican también las disposiciones del título II».

En otras palabras, en todas las hipótesis donde se reconozca la posición de inferioridad en la que se encuentra el trabajador frente a una contraparte que ejerce el control sobre su actividad, más allá de la concreta calificación profesional, reemergen las exigencias de tutela constituyentes la *ratio* del art. 2126 c.c.

Esta solución, al extender la protección del art. 2126 c.c. a un espectro más amplio de trabajadores, resultaría coherente con el principio constitucional de suficiencia de la remuneración (art. 36 Const.) y con el precepto fundamental del art. 35.1 Const., que protege el trabajo en todas sus formas y manifestaciones.

Recibido: 16-10-2025
Aprobado: 25-01-2026

63 Esto se desprende, además de los trabajos preparatorios del código del 1942, de la colocación de la norma al interior del título inherente al trabajo en la empresa. Cfr. Cass., sez. lav., 25 de agosto de 2005, n. 17330, en *Dir. e Pratica Lav*., 2006, p. 529; en *Lavoro nella Giur*., 2006, p. 386.

Interculturalidad y derechos humanos: un reto para los estados democráticos

Interculturality and human rights: a challenge for democratic states

José Luis Santivañez Sánchez*
José Carlos Santivañez Sánchez**
Hever Miguel Santivañez Matos***

Resumen

El objetivo del presente artículo fue describir las dificultades que existen en la implementación de la interculturalidad y la garantía de los derechos humanos en un Estado democrático. Para ello, se empleó la metodología de enfoque cualitativo, de nivel descriptivo, el método exegético y el método de la revisión de literatura del derecho, la antropología y la antropología jurídica. Finalmente, el trabajo concluyó

* Antropólogo por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado por la Universidad Autónoma del Perú. Egresado de la maestría en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Autónoma del Perú. Código ORCID: 0000-0001-5041-0751. Correo electrónico: jsantivanezs@autonoma.edu.pe

** Geógrafo por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado por la Universidad Autónoma del Perú. Egresado de la maestría en Derecho Constitucional y Derecho Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Código ORCID: 0000-0002-9499-2391. Correo electrónico: jsantivanez@autonoma.edu.pe

*** Doctor en Ciencias de la Educación por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Maestro en Ciencias de la Educación con mención en Investigación y Docencia por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Código ORCID: 0009-0005-7724-2002. Correo electrónico: heversan.2020@gmail.com

que la vulnerabilidad estructural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, agravada por las limitaciones institucionales del sistema de justicia, como la carencia de intérpretes y peritos, el desconocimiento de las cosmovisiones indígenas por parte de los operadores jurídicos, la falta de mecanismos idóneos para la protección de los derechos colectivos y la dilación procesal, genera barreras críticas que impiden lograr una justicia intercultural en un Estado democrático.

Palabras clave

interculturalidad; derechos humanos; Estado democrático; derecho; antropología; antropología jurídica; vulnerabilidad estructural; pueblos indígenas.

Abstract

The objective of this article was to describe the challenges involved in implementing interculturality and guaranteeing human rights within a democratic state. The methodology employed was a qualitative approach, at a descriptive level, using the exegetical method and a literature review method drawing from Law, Anthropology, and Legal Anthropology. The study concludes that the structural vulnerability of Indigenous peoples, campesino and native communities exacerbated by institutional shortcomings in the justice system, such as the lack of interpreters and expert witnesses, the limited understanding of Indigenous worldviews by legal operators, the absence of appropriate mechanisms to protect collective rights, and procedural delays creates critical barriers that hinder the achievement of intercultural justice in a democratic state.

Keywords

interculturality; human rights; democratic state; law; anthropology; legal anthropology; structural vulnerability; indigenous peoples.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** METODOLOGÍA. **III.** CONSTITUCIÓN POLÍTICA. **IV.** ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL. **V.** LEY DE CONSULTA PREVIA. **VI.** EL BUEN VIVIR. **VII.** ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. **VIII.** VULNERABILIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. **IX.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En las sociedades contemporáneas, la interculturalidad y los derechos humanos surgen como principios necesarios para lograr una convivencia respetuosa entre personas de distintos orígenes en contextos de globalización y de desigualdad social.

La interculturalidad surge como una respuesta ética y política que trata de resolver los problemas generados por los modelos de desarrollo que no consideran el respeto de la naturaleza y la diversidad cultural. La interculturalidad no constituye una noción unívoca, ya que su interpretación varía según el enfoque

adoptado. Mientras algunos la consideran como una propuesta política o un proceso de relación social, otros la interpretan como una teoría o una metodología. No obstante, más allá de estas diferencias conceptuales, existe un consenso orientado a la transformación de las relaciones entre culturas basado en el respeto mutuo.

Para Chilón (2024), «la interculturalidad como tal es una propuesta hermenéutica con la que se pretende designar la interacción de culturas distintas, con las propias prerrogativas identitarias, bajo los presupuestos del diálogo, la tolerancia y la paridad» (p. 531).

La globalización, como fenómeno económico y cultural en constante expansión, «es un conjunto de procesos de homogeneización como de fraccionamiento articulado del mundo, que reordenan las diferencias y las desigualdades sin suprimirlas» (García, 1999, p. 34). Este fenómeno ha intensificado las interconexiones a nivel mundial, dando lugar a nuevas y complejas tensiones entre intereses globales, nacionales y locales. Asimismo, este fenómeno ha «creado una estructura compleja de ordenamientos jurídicos y múltiples jurisdicciones que demandan legitimidad y validez en espacios específicos» (Valencia, 2020, p. 144).

Estas interconexiones, propias del proceso de globalización, tienden a reproducir relaciones asimétricas, estableciendo dinámicas de poder entre un sector dominante y uno dominado, lo que puede generar un perjuicio en otras pautas culturales (Jiménez, 2009).

La justicia intercultural surge como «un método de resolución de conflictos que parte de la existencia plural de grupos sociales en una sociedad y se aplica considerando la cultura legal que identifica a estos grupos para alcanzar la comprensión y resolución de sus conflictos» (Peña, 2014, p. 2). La justicia intercultural constituye un ámbito de encuentro entre los distintos sistemas de justicia existentes en una sociedad caracterizada por su diversidad cultural (Chilón, 2024).

El Poder Judicial del Perú ha logrado avances importantes en el ámbito administrativo, jurisdiccional y de políticas públicas para la implementación del enfoque de justicia intercultural, gracias al impulso de la Comisión de Justicia Intercultural, que viene fortaleciendo su capacidad operativa. De igual manera, ha promovido la realización de congresos sobre justicia intercultural, generando un espacio favorable para impulsar nuevas perspectivas y condiciones en el abordaje jurídico y judicial de las cuestiones indígenas y culturales (Poder Judicial, 2021).

Para promover avances sustantivos en el ámbito judicial, resulta necesario que exista un diálogo constante entre el derecho y la antropología, el cual permitirá abordar adecuadamente temas cruciales como la diversidad cultural, el pluralismo

jurídico y los derechos colectivos. Como bien menciona López (2020), crear puentes «es más que solo analizar los fenómenos jurídicos como parte de la creación cultural, es un trabajo conjunto para el ejercicio profesional» (p. 9).

En ciertas disposiciones normativas se percibe una tendencia a concebir la cultura como una realidad estática, lo cual constituye un error significativo desde el enfoque antropológico. Un ejemplo claro es el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas, que ofrece una definición tradicional sobre estas comunidades. Esta concepción resulta insuficiente frente a los nuevos desafíos que enfrentan, como las actividades extractivas, la defensa de su integridad territorial y los cambios derivados del crecimiento demográfico, los cuales transforman y redefinen su identidad y estructura social (Diez, 2012).

Se plantea como objetivo principal: describir las dificultades que existen en la implementación de la interculturalidad y la garantía de los derechos humanos en un Estado democrático.

II. METODOLOGÍA

El presente artículo adopta un enfoque cualitativo, un nivel descriptivo y el método exegético; asimismo, se recopiló información proveniente de la literatura del derecho, la antropología y la antropología jurídica sobre temas como: «interculturalidad», «Constitución Política», «artículo 15 del Código Penal», «Ley de Consulta Previa», «buen vivir», «administración de justicia» y «vulnerabilidad».

El enfoque cualitativo resulta adecuado cuando el objeto de estudio ha sido escasamente abordado o no se dispone de investigaciones previas en relación con un grupo social determinado (Hernández et al., 2014).

La investigación descriptiva «se efectúa cuando se desea describir, en todos sus componentes principales, una realidad» (Guevara et al., 2020, p. 165).

La revisión de literatura conlleva «detectar, consultar y obtener la bibliografía (referencias) y otros materiales que sean útiles para los propósitos del estudio, de donde se tiene que extraer y recopilar la información relevante y necesaria para enmarcar nuestro problema de investigación» (Hernández et al., 2014, p. 61).

Se realizó una búsqueda de expedientes nacionales e internacionales en los que se abordaron temas como la pericia antropológica y la diversidad cultural, aplicando un criterio de inclusión riguroso y sistemático en la información obtenida. Se seleccionaron 10 expedientes en total (8 de la Corte Suprema del Perú, 1 del Tribunal Constitucional del Perú y 1 de la Corte Constitucional de Colombia).

Medina et al. (2023) sostienen que para lograr «un análisis de documentos efectivo, es importante seguir un proceso sistemático que incluya la selección y revisión cuidadosa de los documentos relevantes, la identificación de patrones y tendencias, y la interpretación y análisis de los datos recopilados» (p. 30).

El método exegético consiste en la «interpretación y aplicación de las normas e instituciones jurídicas, tanto sustantivas como adjetivas, así como el actuar de los organismos y operadores jurídicos» (Martínez, 2023, p. 3).

Los métodos sociales «se observa a partir de ellos el Derecho como un producto cultural de la sociedad, las dimensiones axiológica-jurídica y la deontológica-jurídica» (Martínez, 2023, p. 3).

Una investigación sobre la vida social requiere indubitablemente la elaboración de un informe o representación que dé cuenta de lo investigado, utilizando para ello recursos textuales, sonoros o visuales como medios de mediación (Palma, 2022).

III. CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política del Perú reconoce y protege los derechos de los pueblos indígenas a través de diversos artículos que reflejan el compromiso del Estado con la diversidad cultural. Los artículos 2 (inciso 19), 17, 48, 89, 149 y 191 garantizan aspectos fundamentales como el derecho a la identidad étnica y cultural, la educación bilingüe e intercultural, el reconocimiento oficial de lenguas originarias, la preservación de su identidad colectiva, el ejercicio de la justicia comunal conforme a su derecho consuetudinario y su participación política. De igual manera, los artículos 21 y 88 abordan la protección del patrimonio cultural y de los recursos naturales en los territorios indígenas (Jiménez, 2009).

Hasta el momento, la mayoría de las reformas constitucionales reconocen los derechos de los pueblos indígenas de manera limitada, ya que se desarrollan dentro de los marcos de legalidad estatal (Sierra, 1996). El artículo 149 de la Constitución hace referencia al derecho de las comunidades campesinas y nativas para resolver sus conflictos intersubjetivos de acuerdo con las normas que conforman su derecho y a las tradiciones que los identifican, siempre y cuando la aplicación de dicho derecho y tradición no impliquen una violación a los derechos fundamentales de las personas (Tassara, 2013).

Respecto a la expresión «siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona», cabe preguntarse: *¿qué es un derecho fundamental?* Un derecho fundamental es una garantía básica inherente a toda persona por su dignidad, reconocida por la Constitución y el derecho internacional (Chillihuani, 2023). En

el plano del derecho sustantivo, estos derechos protegen aspectos esenciales de la vida del ser humano, como la integridad física, la vida, la educación, el trabajo, la libertad, la salud o un ambiente sano. En el plano del derecho adjetivo, abarcan derechos como el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (Peña, 2009).

Algunos investigadores sostienen que, en el marco de la Constitución Política de 1993, los derechos fundamentales representan una pretensión moral positivizada (Tassara, 2013). Por lo tanto, la Constitución no puede ser vista como un texto acabado ni autosuficiente, sino que requiere ser interpretada y concretada para su aplicación desde un enfoque intercultural. Las normas tienen un carácter abierto, general y cargado de principios y valores, por lo que existe la necesidad de una interpretación diferenciada en comparación con otras ramas del derecho (Ruíz, 2015).

Existen interpretaciones diferenciadas en torno al artículo 149 de la Constitución Política. Por un lado, Tassara (2013) sostiene que existe un problema semántico derivado de la falta de correspondencia conceptual entre la justicia comunal y los derechos fundamentales, así como un problema material cuando el artículo se interpreta desde el pensamiento comunitarista junto con principios de orientación liberal. En relación con la autonomía de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas para resolver conflictos internos, este autor sostiene que esta facultad no exime del respeto al principio del debido proceso, el cual exige que los procedimientos aplicados estén previamente establecidos, sean accesibles y comprensibles para todos los miembros, y que las sanciones estén claramente determinadas. De igual manera, considera que existen acciones que no pueden ser admitidas bajo ninguna circunstancia, como la tortura o la esclavitud, ya que vulneran valores éticos mínimos compartidos por toda comunidad humana.

Por otro lado, Peña (2009) menciona que existen diversas concepciones sobre los derechos fundamentales en las distintas cosmovisiones de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, por lo que establecer límites universales a esa diversidad resulta sumamente complejo e incluso puede considerarse una tarea impracticable. De manera acertada, sostiene que la valoración de una conducta como «injusta» o como «violatoria de derechos fundamentales» dependerá del contexto específico y del enfoque cultural desde el cual se realice dicha evaluación.

Con el propósito de ilustrar la complejidad que puede surgir al interpretar una posible vulneración de derechos fundamentales desde una perspectiva intercultural, se presenta el siguiente ejercicio jurídico: José Luis, miembro de la comunidad shipibo-konibo asentada en Cantagallo (Lima), se dedica a la elaboración y venta de textiles tradicionales conocidos como kené, cuyos diseños poseen un profundo valor simbólico, espiritual y cultural. En una ocasión, el Sr. Cruz, un comprador

interesado en la calidad y estética de los textiles, decide adquirir uno. Sin embargo, cuando el Sr. Cruz adquiere el producto, interviene un tercero, el Sr. Carlos, quien, al observar el textil, lo corta en dos, lo arroja al suelo y lo escupe.

Luego de lo descrito, se plantea la siguiente interrogante: *¿existe una afectación a un derecho fundamental?* Para el Sr. Cruz, es posible que no se perciba de esa manera, ya que, desde su perspectiva, el daño recae sobre un bien material de carácter decorativo. No obstante, José Luis, como miembro de la comunidad shipibo-konibo, puede considerar ese mismo acto como una grave ofensa a su identidad cultural y dignidad personal, al tratarse de un objeto cargado de significados ancestrales y cosmológicos propios de su comunidad.

En este contexto, el acto de Carlos podría interpretarse como una forma de discriminación cultural, así como una vulneración de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Perú, tales como la identidad étnica y la dignidad humana. Este ejemplo evidencia cómo un mismo hecho puede adquirir significados y consecuencias jurídicas distintas dependiendo del marco cultural y valorativo.

IV. ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL

El error de comprensión culturalmente condicionado, estipulado en el primer párrafo del artículo 15 del Código Penal, es una figura jurídica que se aplica a aquellas personas pertenecientes a comunidades indígenas, nativas o campesinas cuando se encuentran implicadas en un proceso judicial en el que existe una controversia sobre la diversidad cultural. Esta controversia se centra en determinar si estuvo o no influenciado el comportamiento del acusado por patrones culturales distintos a los del sistema jurídico dominante (Villavicencio, 2006). Esta figura jurídica permite «eludir las absurdas teorías de que los indígenas son inimputables, la apelación a una genérica y supralegal inexigibilidad de otra conducta o la artificiosa construcción de un estado de necesidad» (Zaffaroni et al., 2011, p. 581). De igual manera, Zaffaroni et al. (2011) sostuvieron que el error de comprensión debe ser interpretado en función de la internalización o introyección de la prohibición.

Existe un consenso entre los especialistas, quienes sostienen que el Código Penal aborda la diferencia cultural desde una perspectiva monocultural y etnocéntrica, basada en un pensamiento occidental que impone la existencia de una única forma válida de comprensión, mientras que las otras son consideradas como «error». En este sentido, Meini (2014) cuestiona el término «error», ya que implica una comparación implícita con una perspectiva considerada correcta, lo que refuerza una dicotomía entre la visión centralista y la cosmovisión indígena.

Hurtado (2009) menciona que «las decisiones de la Corte Suprema, en particular sobre casos en los que se plantean problemas relativos a conflictos culturales en el ámbito penal, no permiten deducir criterios jurisprudenciales uniformes y constantes respecto a la aplicación del art. 15» (p. 395). Lo señalado por Hurtado (2009) resulta acertado, ya que se observan jurisprudencias que presentan contradicciones entre sí, particularmente en lo referido al carácter obligatorio de la pericia antropológica y otros aspectos. Es importante destacar que estas inconsistencias no solo se evidencian en el ámbito judicial ordinario, sino también en el Tribunal Constitucional en los casos sobre diversidad cultural (Verona, 2014).

La conciencia disidente, estipulada en el segundo párrafo del artículo 15 del Código Penal, destaca a la persona que actúa como resultado de un sistema de valores distinto al dominante. No se trata de alguien que proviene de una cultura «externa», sino de un individuo que «convive» dentro de ella sin haber adoptado plenamente sus valores (Pérez, 2017).

La conciencia disidente es una figura jurídica que no ha sido abordada en su complejidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia peruana e internacional, a diferencia de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado, que cuenta con mayor información en la doctrina, la jurisprudencia —incluyendo pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y acuerdos plenarios— e investigaciones en instituciones universitarias peruanas e internacionales.

En el ámbito académico, muchos investigadores asocian la conciencia disidente con la objeción de conciencia, lo que supone una limitación en el campo de estudio de la primera.

La objeción de conciencia es un derecho legítimo del profesional médico para negarse a realizar procedimientos o intervenciones que contravengan sus propios principios éticos, morales o religiosos. Este derecho se fundamenta en la libertad de conciencia, pero su ejercicio debe enmarcarse dentro del respeto a los principios bioéticos y garantizar la no vulneración de los derechos de los pacientes ni la afectación de su acceso a los servicios de salud (Távara, 2017). Un caso reconocido es el de Ana Estrada, en el cual, mediante la Consulta del Expediente 14442-202/Lima, la Corte Suprema de Justicia de la República (2022) autorizó la inaplicación del artículo 112 del Código Penal (homicidio piadoso) para que practique la eutanasia, sin que exista una responsabilidad penal ni administrativa para los miembros del personal médico e instituciones públicas por tal actuación. Durante el proceso, los miembros de Essalud recurrieron a la objeción de conciencia para negarse a la ejecución de la sentencia. Por ello, el Sétimo Juzgado Constitucional

de Lima dispuso que el Minsa y EsSalud dieran cumplimiento a la sentencia de una muerte digna a favor de Ana Estrada (Poder Judicial del Perú, 2023).

Como se ha mencionado anteriormente, la objeción de conciencia se ha aplicado en casos de incumplimiento de mandatos judiciales por convicciones éticas, morales o religiosas (Miró, 2024). No obstante, sería un error categórico considerar como sinónimos la conciencia disidente y la objeción de conciencia.

En el presente artículo científico se reconoce la posibilidad de aplicar el artículo 15 del Código Penal, en particular en lo referente a la conciencia disidente, en casos que involucren a miembros de comunidades indígenas en contextos urbanos, quienes recrean de manera limitada sus costumbres y tradiciones en contextos desiguales y discriminatorios.

Las comunidades indígenas urbanas son entendidas como una forma de organización social adoptada por grupos indígenas que residen en entornos urbanos, donde se agrupan y se autorrepresentan colectivamente a partir de un discurso que resalta su identidad étnica. Se trata de un modelo adaptado a la vida en la ciudad (Herrera, 2018).

Para la aplicación de la conciencia disidente en comunidades indígenas urbanas, es indispensable la incorporación de una pericia antropológica que evidencie la resistencia de una identidad subordinada frente a una cultura hegemónica que busca la asimilación plena de valores estandarizados, como ocurre en la comunidad shipibo-konibo de Cantagallo. Dicha pericia debe fundamentarse en criterios como la autoidentificación, el tiempo de permanencia en el entorno urbano y el grado de interacción con otros habitantes o con instituciones del Estado.

V. LEY DE CONSULTA PREVIA

La Ley 29785, Ley de Consulta Previa, establece tanto criterios subjetivos como objetivos para la identificación de los pueblos indígenas. El criterio subjetivo corresponde a la autoidentificación, mientras que el criterio objetivo comprende cuatro aspectos: (1) ser descendientes directos de poblaciones originarias del territorio nacional; (2) mantener estilos de vida, vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente han ocupado o utilizado; (3) contar con instituciones sociales y costumbres propias, y (4) poseer patrones culturales y modos de vida distintos a los del resto de la población nacional, conforme a la referida ley.

Alva (2020) considera que, si bien la Ley de Consulta Previa intentó alinearse con los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, algunas de sus disposiciones resultan incompatibles con este instrumento internacional. La Ley 29785 exige que

los pueblos indígenas cumplan simultáneamente criterios objetivos y subjetivos para ser reconocidos como tales. Esto se aparta del Convenio, el cual establece que basta con que los pueblos conserven algunas —y no necesariamente todas— de sus instituciones sociales, económicas y culturales para ser considerados indígenas. De igual manera, impone como requisito acreditar una ascendencia «directa» respecto de las poblaciones originarias del territorio, exigencia que no se encuentra contemplada en el Convenio. Asimismo, introduce criterios adicionales no previstos en el instrumento internacional, tales como los estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio distintas a las del resto de la población nacional, además de no reconocer como un elemento fundamental la autoidentificación.

Anaya et al. (2015) consideran que la Ley de Consulta Previa no «ha logrado recoger completamente el dinamismo y complejidad existentes en las formas de adscripción identitaria indígena» (p. 11). No cabe duda de que esta normativa ha generado «la primera fricción entre las organizaciones indígenas y el estado peruano» (Alva, 2020, p. 73).

En relación con la consulta previa, como parte de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, esta se encuentra conectada con el respeto al derecho al territorio, la identidad y la libre determinación (Ministerio de Cultura, 2016).

El Tribunal Constitucional (2009), en el Expediente 03343-2007-PA/TC, sostiene que la libre determinación de los pueblos indígenas, junto con su visión sobre la tierra, constituye el fundamento esencial del derecho a la consulta previa. Este derecho materializa lo dispuesto en el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, y está expresamente reconocido en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, los cuales establecen que el Estado debe realizar consultas previas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a dichos pueblos. Estas consultas deben realizarse a través de mecanismos idóneos y con la participación de sus instituciones representativas, garantizando que el proceso se desarrolle de buena fe, con pertinencia cultural y con el objetivo de alcanzar acuerdos y obtener el consentimiento respecto de las decisiones proyectadas (f. j. 33).

El derecho a la consulta previa está orientado por principios como la oportunidad, la interculturalidad, la buena fe, la flexibilidad, el plazo razonable, la libre participación y el acceso a la información, los cuales aseguran su legitimidad oficial. La oportunidad hace referencia a que la consulta debe realizarse antes de adoptar cualquier medida administrativa o legislativa. La interculturalidad implica que el proceso debe reconocer y adaptarse a la diversidad cultural de los pueblos indígenas, promoviendo el respeto mutuo y el diálogo. La buena fe exige al Estado

actuar con honestidad y apertura, valorando las posiciones de los pueblos indígenas en un clima de confianza y colaboración. La flexibilidad implica que la consulta debe ajustarse a la naturaleza de cada medida y a las particularidades de los pueblos involucrados. El plazo razonable exige un tiempo oportuno para que las organizaciones indígenas evalúen las medidas y formulen opiniones. La libre participación se refiere a la intervención de los pueblos indígenas de manera voluntaria y sin restricción por parte del Estado. Finalmente, el acceso a la información exige al Estado proporcionar información completa, clara y oportuna desde el inicio del proceso (Ministerio de Cultura, 2015).

En el contexto actual, diversos acontecimientos reflejan un incumplimiento sistemático del derecho a la consulta previa. En muchos casos, este proceso se lleva a cabo una vez adoptadas las decisiones sustantivas, reduciéndolo a un mero trámite sin efectos reales para garantizar la interculturalidad. Asimismo, el Estado omite considerar el consentimiento de las poblaciones indígenas frente a proyectos que afectan directamente sus territorios y modos de vida, lo que contribuye a la generación de conflictos sociales.

VI. EL BUEN VIVIR

En los últimos años, el concepto del *buen vivir* —conocido como *sumak kawsay* en lengua kichwa y *suma qamaña* en aimara— ha cobrado relevancia a partir de los aportes de los pueblos indígenas de Ecuador y Bolivia (Tórtora, 2021). Esta categoría se refiere a una vida digna y plena, basada en decisiones y prácticas políticas cotidianas que promueven una forma distinta de relacionarse con la naturaleza, con el objetivo de asegurar la continuidad cultural de los pueblos originarios en un contexto de desarrollo (Almendra et al., 2019).

El *buen vivir* constituye la base del pensamiento indígena, sustentado en una relación armónica y equilibrada entre la población y la naturaleza. Este principio no solo representa una visión filosófica que orienta el vínculo entre los pueblos indígenas y la naturaleza, sino que también constituye una guía para el ejercicio de la vida comunitaria que se construye y se transforma en relación con los cambios socioculturales; en consecuencia, rechaza cualquier forma de dominación o destrucción de los bienes comunes, abogando por su preservación y respeto.

Desde una perspectiva antropológica, el *buen vivir* se presenta como una propuesta alternativa al modelo de desarrollo occidental, guiada por una visión económica solidaria y comunitaria (Molina, 2015). Este enfoque hace referencia a una visión relacional del mundo donde se prioriza la armonía con la naturaleza, el respeto a la diversidad cultural y el bienestar colectivo. Como bien menciona

Vanina (2022), no se busca idealizar las culturas precolombinas, sino resaltar que sus cosmovisiones ofrecen valiosos aportes en contextos marcados por el individualismo y la creciente indiferencia hacia el medio ambiente.

A pesar de que el *buen vivir* no está expresamente reconocido en la normativa constitucional peruana, su incorporación en las decisiones judiciales resulta pertinente, especialmente cuando estas inciden en la realidad social, política, económica o cultural de los pueblos indígenas, comunidades nativas o campesinas. Por ello, el juez debe considerar tres principios fundamentales: 1) relacionalidad; 2) colectividad, y 3) pluralismo cultural y epistémico.

El principio de relacionalidad promueve la no superioridad ni distanciamiento entre los seres humanos y la naturaleza, puesto que existe una relación de interdependencia. En el caso del principio de colectividad, este abarca la reciprocidad, el vivir en comunidad y la solidaridad, dejando de lado el individualismo. Un ejemplo es la comunidad shipibo-konibo de Cantagallo, que mantienen el principio de vivir en comunidad en un contexto de desigualdad social como es la región de Lima (Górska, 2022).

Por otra parte, el principio del pluralismo epistémico y cultural reconoce la validez de diversas formas de conocimiento, como los saberes ancestrales e indígenas. El pluralismo, al reconocer la coexistencia de múltiples contextos sociales, valores culturales y sistemas de creencias, no implica la negación de la objetividad. Por el contrario, al vincular las normas jurídicas con las realidades diversas, se abre paso a interpretaciones acordes con las particularidades de cada contexto, que enriquecerán el saber teórico del derecho (Rengifo et al., 2013).

VII. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Los operadores del derecho, como los abogados, defensores públicos, jueces y fiscales, cumplen un rol fundamental en la construcción de una administración de justicia intercultural. Su función no solo se limita a aplicar la ley, sino que abarca su interpretación y adaptación con respeto a la diversidad cultural. Sin embargo, en el contexto peruano, diversos estudios advierten que los operadores del derecho «siguen desconociendo los alcances teóricos y prácticos de la justicia con enfoque intercultural y del pluralismo jurídico» (Chilón, 2024, p. 531).

El adecuado desarrollo de los procesos judiciales requiere la participación de peritos, testigos expertos, traductores e intérpretes como colaboradores calificados de la administración de justicia, quienes aportan conocimientos especializados que permiten una valoración integral del caso específico.

1. Abogados

El abogado se constituye como un actor auxiliar y garante del adecuado funcionamiento del sistema judicial. Entre sus funciones se encuentra la realización de investigaciones de manera independiente en defensa de los intereses de su patrocinado, con el fin de lograr su absolución. No obstante, su accionar está sujeto a límites legales, como la prohibición de influir o interferir en los testimonios, y está expuesto a sanciones en caso de brindar una defensa ineficaz (Villavicencio, 2006).

En el ámbito de los procesos penales donde se aborda la diversidad cultural, los profesionales del derecho deben asumir un rol proactivo para cuestionar actuaciones arbitrarias provenientes del juez o del Ministerio Público. Asimismo, es fundamental que presenten pruebas pertinentes que sustenten su posición, como pericias antropológicas, las cuales aportan un contexto cultural relevante. El desconocimiento de las disposiciones sobre las normas que salvaguardan la diversidad cultural, sumado a la carencia de estrategias adecuadas, puede derivar en una defensa ineficaz, perjudicando a su patrocinado.

2. Ministerio Público

El Ministerio Público, en su calidad de órgano autónomo, tiene la responsabilidad de proteger la legalidad y los intereses públicos amparados por el derecho. En su condición de operador del derecho, garantiza la independencia de los órganos jurisdiccionales y promueve una adecuada administración de justicia. Actúa como representante de la sociedad en los procesos judiciales, dirige la investigación penal desde las etapas iniciales en coordinación con la Policía Nacional, impulsa la acción penal —ya sea de oficio o a solicitud de parte—, emite dictámenes previos a las decisiones judiciales y participa activamente en la propuesta y elaboración de leyes (Villavicencio, 2006).

En una sociedad pluricultural como la peruana, se establecen órganos como la Oficina de Coordinación y Asistencia en Justicia Intercultural del Ministerio Público (en adelante, OCAJIMP), los cuales tienen como finalidad promover la justicia intercultural y garantizar los derechos de las comunidades campesinas y nativas. Entre las funciones de la OCAJIMP se encuentran la capacitación en temas de justicia intercultural dirigida a fiscales, la promoción del uso de lenguas originarias en los ámbitos de competencia del Ministerio Público, la coordinación con instituciones del Estado y autoridades locales para la aplicación de políticas de justicia intercultural, entre otras (Ministerio Público, 2022).

En 2023, la OCAJIMP realizó trabajos colaborativos con los diferentes distritos fiscales de la región Lima con el objetivo de lograr un acercamiento con las comunidades campesinas y pueblos indígenas para promover la justicia intercultural. En marzo, la OCAJIMP y el Distrito Fiscal de Lima Centro sostuvieron una reunión con la comunidad shipibo-konibo de Cantagallo con el propósito de coordinar y proporcionar asistencia para abordar los problemas de la comunidad, dentro de sus competencias y atribuciones (Ministerio Público, 2023a). En septiembre, la OCAJIMP y el Distrito Fiscal de Lima Sur realizaron una jornada de acercamiento y proporcionaron apoyo legal a los residentes de la comunidad Santa Rosa de Manchay, con el objetivo de facilitar su acceso a la justicia y superar las barreras etnolingüísticas que representan un obstáculo para la justicia intercultural (Ministerio Público, 2023d). En octubre, la OCAJIMP y el Distrito Fiscal de Lima Sur llevaron a cabo un encuentro con la comunidad campesina Collanac (Pachacámac), con el objetivo de difundir las políticas de integración intercultural y promover el respeto de las costumbres y tradiciones de las comunidades (Ministerio Público, 2023c). En el mismo mes, la OCAJIMP y el Distrito Fiscal de Lima Norte realizaron un encuentro con comunidades campesinas de Canta, con el objetivo de fortalecer la administración de justicia empleando los enfoques intercultural y de género (Ministerio Público, 2023b).

En el contexto de los procesos penales donde se sostiene el error de comprensión culturalmente condicionado, se observa una tendencia del representante del Ministerio Público a mantener una posición restrictiva frente a la exención total de responsabilidad penal. Persiste una inclinación a solicitar la máxima pena, incluso cuando existen pruebas que demuestran que el imputado actuó conforme a las normas de su cultura (Torres, 2013).

3. Juez

La facultad de impartir justicia tiene su origen en el pueblo y es ejercida por el Poder Judicial mediante sus órganos jerárquicos, como la Corte Suprema, las cortes superiores y juzgados, conforme a lo establecido en la Constitución y el marco de las leyes.

En el marco procesal penal acusatorio, el juez penal tiene el deber de actuar conforme a los principios rectores que respetan las garantías procesales y garantizan un juicio justo, evitando arbitrariedades. Uno de estos principios fundamentales es la igualdad procesal, el cual exige al juez garantizar su ejercicio removiendo cualquier obstáculo. Este principio es fundamental en un sistema adversarial, donde el desarrollo del proceso recae en las partes y en el carácter imparcial del juez (Cubas, 2005).

Asimismo, el principio de contradicción que rige en todo juicio oral y permite a las partes interesadas: 1) ser escuchadas; 2) presentar pruebas; 3) ejercer control sobre las actuaciones de la parte contraria, y 4) refutar cualquier argumento que le perjudique. Este principio exige el análisis riguroso de la prueba, asegurando así que la información obtenida sea de calidad suficiente para que el juez tome una decisión justa e informada (Cubas, 2005).

De igual manera, el principio de inmediación representa una condición indispensable de la oralidad. Este principio permite al juez tener contacto directo con las partes involucradas, observar sus actitudes, reacciones y comportamientos, y así formar un juicio de conciencia sólido y fundamentado, necesario para emitir una sentencia justa (Cubas, 2005).

Finalmente, el juez se encuentra vinculado exclusivamente a lo alegado y probado durante el juicio oral, lo cual implica que las pruebas deben ser valoradas con razones fácticas y jurídicas. El derecho a la debida motivación constituye un elemento esencial orientado, junto con otros principios, a lograr la protección de los derechos de los involucrados en procesos donde se exigen razonamientos sólidos y consistentes del magistrado al emitir las resoluciones. Su relevancia radica, entre otros aspectos, en que permite garantizar la vigencia del debido proceso como manifestación concreta del principio de tutela jurisdiccional efectiva. En ese sentido, la ausencia de fundamentos coherentes y suficientes en una decisión judicial pone en evidencia una falta de motivación, lo que puede acarrear su inconstitucionalidad (Liza, 2022). De igual manera, los jueces deben reunir las condiciones necesarias de competencia, independencia e imparcialidad para el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional (Cubas, 2005).

A pesar de que la Constitución reconoce y garantiza la independencia de los magistrados del Poder Judicial, durante años se han denunciado serias injerencias de carácter político que comprometen su autonomía. Las presiones tienen su origen en el poder político, y mientras mayor es la dependencia de los jueces respecto del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, más intensas son las interferencias y menor su margen de actuación crítica y reflexiva (Villavicencio, 2006).

Para Villavicencio (2006), la formación profesional de los jueces está frecuentemente orientada hacia una aplicación mecánica de la norma debido al formalismo exigido por el proceso y la legislación penal, lo que revela la necesidad de implementar una preparación adecuada tanto para los aspirantes como para los magistrados en ejercicio. Esta preparación responde a las exigencias del perfil judicial en un Estado democrático, donde se exige no solo el conocimiento jurídico, sino también criterios éticos, garantías procesales y susceptibilidad frente a los derechos fundamentales.

Dentro del ámbito del principio de discrecionalidad, los jueces disponen de un margen de actuación para evaluar y seleccionar las pruebas que consideren relevantes en el proceso. No obstante, esta facultad no debe ejercerse de forma arbitraria, especialmente en casos donde estén en cuestionamiento la aplicación del artículo 15 del Código Penal y la actuación del peritaje antropológico.

La falta de un peritaje antropológico, cuando existen indicios de una posible incomprensión vinculada a factores culturales, podría representar un incumplimiento del deber de diligencia exigido. En consecuencia, el uso de la discrecionalidad judicial debe estar debidamente fundamentado y dirigido a asegurar la protección de los derechos fundamentales, especialmente en aquellos casos en los que el conocimiento especializado del antropólogo resulta determinante para una adecuada impartición de justicia.

En este contexto, Alcántara (2014) considera que existen fundamentos constitucionales que justifican la obligatoriedad del peritaje antropológico en los procesos penales vinculados al artículo 15 del Código Penal. Entre estos fundamentos se encuentran: a) la garantía del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; b) la salvaguarda de la identidad étnica de los procesados, y c) la protección de su identidad cultural.

Desde un análisis jurisprudencial nacional e internacional, se ha identificado que la figura del error de comprensión culturalmente condicionado ha sido empleada en una variedad de delitos, como violación sexual de menor de edad (Recurso de Nulidad 2135-2017/Junín); secuestro (Recurso de Nulidad 2769-2017/Ancash); tenencia ilegal de municiones (Recurso de Nulidad 2449-2017/Loreto); tenencia ilegal de armas (Casación 355-2018/Huánuco); homicidio, entre otros. Dada la diversidad de contextos en los que puede manifestarse el error de comprensión, resulta necesario sostener el uso obligatorio de la pericia antropológica para abordar el condicionamiento cultural, ampliando su exigencia no solo a los casos de violación sexual de menores, como sostiene el Acuerdo Plenario 1-2015/CIJ-116.

Un órgano vinculado con los jueces y el sistema de justicia es la ONAJUP, la cual cumple un rol fundamental en el fortalecimiento tanto de la justicia de paz como de la justicia intercultural a nivel nacional. Entre sus funciones se identifican el apoyo en la elaboración de normativas enfocadas en la justicia de paz y la justicia indígena, la asistencia técnica y capacitación, el fomento de la participación activa de las comunidades indígenas en la administración de justicia, así como la coordinación con los diferentes niveles de gobierno y las organizaciones indígenas (ONAJUP, s.f.).

Desde el Poder Judicial se vienen desarrollando diversas iniciativas —como programas, actividades académicas y congresos— orientadas a fortalecer la comprensión y fundamentación de las resoluciones judiciales emitidas con base en acuerdos plenarios o normas penales, con el fin de abordar los procesos penales desde una perspectiva intercultural. Según Kenneth Eduard Garces, exasesor de la Corte Suprema de Justicia, los congresos internacionales sobre justicia intercultural realizados en los últimos años constituyen un hito en la construcción de un diálogo entre la jurisdicción ordinaria y los sistemas de justicia indígena. Asimismo, resalta que estos espacios no solo permiten ampliar los conocimientos jurídicos, sino que propician el intercambio cultural entre operadores de ambos sistemas normativos, fortaleciendo así los compromisos asumidos y trazando nuevos objetivos para consolidar el enfoque intercultural en la justicia peruana (Poder Judicial del Perú, 2021).

4. Peritos

El perito, en un contexto judicial, es un profesional con formación técnica o científica en una disciplina determinada, convocado al proceso para emitir un dictamen pericial. Este dictamen constituye un producto cognitivo destinado a aportar una opinión fundamentada sobre hechos que requieren dilucidar controversias.

La prueba pericial constituye un medio de prueba autónomo y técnicamente regulado dentro del proceso penal, cuya finalidad es facilitar la comprensión de hechos que requieren conocimientos especializados de orden científico, técnico, artístico o empírico, conforme al artículo 172 del Código Procesal Penal. Esta posee un conjunto de reglas propias en cuanto a su procedencia, admisión, ejecución, contradicción, refutación y valoración. En este último punto, el artículo 158 del Código Procesal Penal señala que su valoración debe realizarse conforme a criterios de lógica, principios científicos, máximas de experiencia y una exposición clara de los resultados obtenidos y los métodos aplicados.

El origen de una pericia se sitúa en el momento en que un juez o el Ministerio Público —o, en algunos casos, una de las partes— encomienda a una persona con conocimientos especializados la elaboración de un estudio o informe que permita esclarecer aspectos relevantes del caso. Por tanto, la participación del perito se produce únicamente cuando ha sido requerida y admitida, previa evaluación de su relevancia y necesidad para el proceso.

Ante lo mencionado, cabe preguntarse: *¿qué perito interviene en casos de diversidad cultural?* En el Decreto Supremo 012-87-ED, Reglamento de la Ley 24166, Ley de Creación del Colegio de Antropólogos del Perú, artículo 6, se esta-

blece que en los estudios de índole social, académico y cultural que se presenten ante una entidad tanto pública como privada a nivel nacional será necesaria la participación de antropólogos colegiados para ofrecer asesoramiento y emitir dictámenes.

El dictamen es la pericia antropológica que se constituye como una herramienta judicial orientada a interpretar el contexto sociocultural y las conductas de personas imputadas que pertenecen a entornos culturalmente diversos. El contenido de la pericia refleja distintas concepciones del mundo y formas de organización social (Fernández, 2020).

La Corte Suprema de Justicia (2024), en la Casación 2936-2021/Selva Central, sostiene que la pericia antropológica debe analizar el origen y la vigencia actual de la costumbre alegada, identificando o no posibles indicios de cambio cultural o cuestionamiento interno, especialmente en prácticas como las relaciones sexuales tempranas con menores de catorce años. En cuanto a su estructura, el informe pericial debe incluir una sección inicial que describa la preparación del peritaje, los métodos utilizados y la organización de la información según el encargo judicial; una parte central que desarrolle los puntos analizados conforme a la lógica de los hechos y principios de la investigación antropológica, y una conclusión con la opinión técnica del perito, sustentada en las fuentes consultadas y el material recopilado durante la investigación (ff. jj. 8 y 9).

En esta pericia, el antropólogo aplica una metodología científica basada en la etnografía, donde se realiza una observación sistemática con el propósito de adquirir un conocimiento detallado y riguroso de la realidad objeto de estudio. Este trabajo se sustenta en marcos teóricos, evidencia probatoria y el cumplimiento de principios éticos, evitando emitir juicios subjetivos, malinterpretaciones o distorsiones del discurso y minimizando cualquier sesgo etnocéntrico. Para elaborar su informe, el perito recurre al uso de diversas técnicas e instrumentos de investigación y no se limita únicamente a la realización de entrevistas. Cuando se respeta rigurosamente la metodología, existe una alta probabilidad de que la pericia sea admitida como válida en el proceso judicial. Una vez elaborado, el juez «puede determinar si la pertenencia o diferencia cultural condiciona una conducta que es ilícita dentro del derecho nacional, pero que no lo es dentro del marco normativo del pueblo indígena al que pertenece el individuo sometido a juicio» (Xóchitl, 2019, p. 190).

Ante esto, se plantea lo siguiente: *¿qué implicancias tiene la omisión de un peritaje antropológico en procesos judiciales donde está en juego la diversidad cultural, como en los casos de posible error de comprensión culturalmente condicionado?*

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en múltiples pronunciamientos que, para lograr una adecuada administración de justicia en contextos culturalmente diversos, resulta pertinente incluir la pericia antropológica como prueba que proporciona información más precisa sobre las costumbres y dinámicas socioculturales de la comunidad en la que ocurrieron los hechos materia del proceso, conforme se destaca en el Recurso de Nulidad 3230-2013/Apurímac.

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia, en la Casación 2936-2021/Selva Central, sostiene lo siguiente con respecto a la pericia antropológica: «Es obligatoria e imprescindible, en todos los casos, para decidir la aplicación del artículo 15 del Código Penal. El órgano jurisdiccional debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por un profesional idóneo y con experiencia acreditada» (f. j. 8). Asimismo, en relación con el Decreto Supremo 012-87-ED, el profesional idóneo para la elaboración de un dictamen es el antropólogo colegiado.

En tercer lugar, la omisión injustificada de la pericia antropológica en aquellos casos en los que resulta imprescindible puede conllevar la nulidad de la sentencia, en tanto afecta derechos fundamentales como el debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales. En tal situación, el órgano jurisdiccional superior podrá disponer la incorporación de la pericia antropológica para asegurar una decisión judicial que cumpla con los derechos y garantías constitucionales, como se aprecia en la Casación 818-2018/Santa.

Para Ruíz (2015), la realización de un peritaje antropológico es un derecho innominado con respaldo constitucional que permite concretar y materializar el derecho a la defensa, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la identidad cultural, el principio de interculturalidad, el principio de promoción de los sectores históricamente excluidos y el derecho de los pueblos a regirse por su propio sistema normativo.

La pericia antropológica ha sido un instrumento fundamental en casos como el de Bagua, donde intervino la antropóloga Frederica María Pía Barclay Rey de Castro, quien contextualizó la cosmovisión y la estructura organizativa del pueblo awajún-wampis, así como prácticas como el uso de lanzas en las protestas, no como instrumentos bélicos, sino como parte de su indumentaria tradicional. Este análisis fue clave para comprender que la toma de la carretera conocida como la «Curva del Diablo» no debía interpretarse como un acto de guerra, sino desde una perspectiva culturalmente situada (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana, 2015).

Otro caso es el de los miembros del pueblo indígena que en el año 2000, quienes, tras haber cazado animales silvestres, se enfrentaron con dos agentes policiales, resultando uno de ellos fallecido. En el proceso judicial se incorporó una pericia antropológica destinada a contextualizar culturalmente los hechos, pero esta fue desestimada por los jueces, quienes recurrieron a criterios basados en percepciones comunes y sin fundamentos técnicos. Posteriormente, el Superior Tribunal de Justicia cuestionó tanto la actuación de la abogada defensora —por no utilizar los elementos aportados por la pericia— como el proceder de los jueces de primera instancia. Morita Carrasco (2015), quien actuó como perita en el caso, señaló además que existió un trato desigual en el juicio, con una evidente diferenciación hacia los policías en su calidad de testigos frente a los imputados indígenas.

En la Amazonía peruana, la realización de pericias antropológicas ha reafirmado «la vigencia de garantías procesales a los miembros de los pueblos indígenas acusados de ilícitos penales, cumpliendo con todos requisitos legales y procedimentales de forma y de fondo que establece el sistema judicial peruano» (Villasante, 2021, p. 91).

5. Testigos expertos

El testigo es una persona que posee información relevante para el proceso judicial, cuya declaración contribuye al esclarecimiento de los hechos controvertidos. Su función trasciende los intereses de la parte que lo presenta, ya que actúa como un auxiliar de la administración de justicia, comprometido con la verdad y ajeno a cualquier beneficio particular (Campos, 2022).

El testigo experto es aquel individuo que, además de haber presenciado o tener conocimiento directo de los hechos relacionados con un delito, cuenta con formación especializada o experiencia reconocida en un área científica, técnica o artística, la cual emplea para brindar al juez un testimonio que combine tanto su percepción de los hechos como su criterio profesional. Este testimonio no solo se limita a relatar lo percibido, sino que incluye opiniones, valoraciones o apreciaciones derivadas de su conocimiento experto (Espinoza, 2020).

El testimonio hace referencia a una narración en primera persona en la que un individuo expone vivencias respecto de un acontecimiento determinado. El acto de testimoniar no solo busca transmitir una experiencia, sino también generar un impacto en quien escucha o recibe el relato, apelando a su posicionamiento frente al hecho relatado (Cárdenas, 2022).

El testimonio de un testigo experto puede ser determinante para el resultado de un juicio. Por lo tanto, es importante que estos expertos se encuentren capacitados y certificados adecuadamente en sus respectivas áreas de especialización y que se adhieran estrictamente a los principios éticos y profesionales, los cuales incluyen la honestidad, la imparcialidad, la integridad y la objetividad en la presentación de su testimonio (Orellana y Durán, 2024).

En los procesos judiciales donde se debaten elementos de índole cultural, los antropólogos asumen el rol de testigos expertos debido a su preparación académica y trayectoria en el análisis de las prácticas socioculturales, las tradiciones y las estructuras sociales de diversas comunidades del Perú.

Un caso emblemático es el conflicto entre los arhuacos evangélicos y las autoridades tradicionales arhuacas en la Sierra Nevada de Santa Marta, en Colombia. Este conflicto se inició con sanciones impuestas a quienes practicaban un culto evangélico, lo que provocó la expulsión de un pastor y de más de treinta indígenas. En la Sentencia SU-510 de 1998, la Corte Constitucional de Colombia (1998) respaldó las restricciones establecidas por las autoridades indígenas frente al proselitismo religioso de miembros de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia. La presente Corte se apoyó en expertos, como antropólogos, para abordar adecuadamente la tensión entre derechos fundamentales: la libertad religiosa y la protección de la identidad cultural colectiva. La decisión generó controversia, reflejada en los votos disidentes de algunos magistrados.

6. Traductores e intérpretes

En un proceso judicial, la traducción y la interpretación son tareas estrechamente vinculadas, ya que ambas implican el manejo de distintos idiomas para transmitir un mensaje de una lengua a otra.

El traductor es aquella persona que transcribe por escrito documentos de un idioma a otro. Este profesional «aplica estrategias cognitivas y metacognitivas que le permitan captar y expresar el sentido de los textos, sean estos discursos escritos u orales en su lengua materna o lengua extranjera» (Lévano, 2022, p. 29). Por tanto, la traducción permite «favorecer y potenciar la mediación que representa el diálogo para el logro de la interculturalidad» (Limón, 2013, p. 98).

El intérprete es aquella persona que traduce oralmente y en el momento lo que dicen los actores. La interpretación debe realizarse con fidelidad, exhaustividad y adecuación cultural, teniendo en cuenta el contexto simbólico y el significado propio del universo cultural del hablante (De las Heras, 2016).

Como bien menciona Lévano (2022), la labor del traductor e intérprete exige un alto grado de responsabilidad y compromiso con las poblaciones involucradas en el acto comunicativo, lo cual implica desarrollar habilidades y disposiciones que le permitan desempeñarse eficazmente como mediador entre distintas culturas y lenguas.

El Perú, como país multicultural, alberga alrededor de 48 lenguas en su territorio, de las cuales 4 se hablan en los Andes y 44 en la Amazonía, conforme se presenta en la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarias del Ministerio de Cultura. Estas lenguas originarias forman parte de un sistema cultural-lingüístico complejo, cuyo uso facilita la comunicación en contextos determinados por la cultura local.

La lengua es el sistema de signos que una comunidad utiliza como medio de comunicación. Esta constituye un rasgo fundamental de identidad étnica, ya que cumple una función social según el lugar que ocupa dentro de una comunidad nacional (Bermúdez, 2002).

El idioma es un recurso que facilita el acceso a una cultura, tanto como producto como depósito de saberes. Este desempeña un papel importante en la consolidación democrática, al ser condición previa para el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión y opinión (Bermúdez, 2002).

La Constitución Política establece que todas las lenguas habladas en el territorio nacional merecen el mismo respeto. No obstante, en la administración de justicia peruana, Bermúdez (2009) considera que existe «un problema de indefensión de los vernáculos hablantes que impedirían materializar la consolidación de un estado de derecho» (p. 550).

Las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público no aseguran al ciudadano vernáculo hablante la posibilidad de participar en un proceso judicial utilizando su lengua materna, por lo que se ve obligado a desenvolverse en un sistema predominantemente castellanizado (Bermúdez, 2009).

Villasante (2021) fue más específico y mencionó que «el uso inexplicado de un conjunto de términos propias de la judicatura como: “diligencia”, “caución”, “comparecencia restringida”, etc., resultan completamente ininteligibles para el acusado, o lo que es peor, generan un entendimiento contrario al significado del concepto mismo» (p. 91). Sin duda, las diferencias lingüísticas y culturales pueden provocar distorsiones en la comprensión del proceso judicial por parte de personas indígenas, por lo que resulta fundamental la participación de traductores e intérpretes durante el proceso judicial, mientras que su no incorporación, ya sea por escasez de personal u otras razones, perjudica el cumplimiento de los derechos fundamentales.

En un Estado democrático de derecho, la interacción de una persona con la administración pública debe basarse en el reconocimiento y respeto de sus derechos fundamentales. En esa línea, el derecho a comunicarse con las instituciones debe garantizarse en la lengua propia de la persona, y no en un idioma ajeno que limite su participación o la comprensión del procedimiento.

VIII. VULNERABILIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La situación de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, sumada a la forma en que se encuentran estructuradas y operan las instituciones estatales, puede representar un obstáculo significativo para el acceso efectivo a la justicia.

Para Sol (2020), entre los principales desafíos que enfrentan las poblaciones indígenas se encuentran: 1) la escasez de intérpretes en lenguas indígenas; 2) el desconocimiento por parte de los operadores de justicia respecto de las instituciones y costumbres indígenas; 3) la ausencia de procedimientos adecuados para la protección de los derechos colectivos; 4) la excesiva duración de los procesos judiciales, y 5) la limitada participación de peritos especializados en temas indígenas, sumada a la complejidad inherente a los conflictos judiciales que se presentan.

Esta vulnerabilidad «puede resultar un condicionante a la hora de acceder a la justicia, en tanto enfrentan barreras de idioma, culturales, económicas y de otro tipo dentro del sistema jurídico nacional» (Sol, 2020, p. 21).

IX. CONCLUSIONES

i) La Constitución Política del Perú establece un marco normativo que reconoce los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito cultural como en el jurídico. Sin embargo, existen cuestionamientos conceptuales y materiales, especialmente cuando se busca compatibilizar la justicia comunal con los derechos fundamentales.

ii) El artículo 15 del Código Penal del Perú, a través de las figuras del error de comprensión culturalmente condicionado y la conciencia disidente, constituye un intento normativo por reconocer la diversidad cultural en el ámbito penal. El error de comprensión, aunque más desarrollado en la doctrina y la jurisprudencia, sigue presentando limitaciones conceptuales y prácticas, como el término «error», que parte de una perspectiva monocultural. La conciencia disidente, aún escasamente abordada en el derecho peruano, ofrece un marco para analizar los comportamientos de las comunidades indígenas urbanas donde la identidad cultural se redefine en contextos de desigualdad.

iii) Si bien la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, incorpora criterios objetivos y subjetivos para la identificación de los pueblos indígenas, su exigencia simultánea y la incorporación de requisitos no contemplados en el Convenio 169 de la OIT restringen el derecho a la consulta y desconocen el dinamismo de las identidades indígenas.

iv) Los principios de relacionalidad, colectividad y pluralismo epistémico y cultural que sustentan el *buen vivir* lo constituyen en una guía ética y política fundamental para las poblaciones indígenas. En este sentido, su incorporación interpretativa en los órganos del sistema de justicia resulta imprescindible para lograr la implementación efectiva de la interculturalidad y la garantía de los derechos humanos dentro de un Estado democrático.

v) La consolidación de una justicia intercultural en un Estado democrático depende del compromiso y la formación de los operadores del derecho, quienes no solo deben aplicar la norma jurídica, sino también interpretarla con sensibilidad cultural, reconociendo los diversos sistemas normativos en una sociedad pluricultural. En el Perú, existe una brecha entre el marco normativo y su implementación, debido al desconocimiento teórico y práctico del pluralismo jurídico. En este contexto, resulta esencial fortalecer la participación de profesionales como peritos antropológicos, testigos expertos, traductores e intérpretes, cuya intervención garantiza el cumplimiento de los derechos fundamentales y la tutela jurisdiccional efectiva. Por ello, resulta fundamental fomentar un diálogo entre el derecho y la antropología, ya que este enfoque conjunto facilitará el tratamiento adecuado de aspectos clave como la diversidad cultural, el pluralismo jurídico y los derechos colectivos dentro del ámbito judicial.

vi) El peritaje antropológico constituye una herramienta que permite garantizar una administración de justicia que respete la diversidad cultural en contextos judiciales. Su inclusión como prueba obligatoria no solo enriquecerá los procesos donde se invoca el artículo 15 del Código Penal, sino que permitirá al juez interpretar los hechos respetando los derechos fundamentales y cumpliendo con una justicia intercultural.

vii) La vulnerabilidad estructural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, agravada por las limitaciones institucionales del sistema de justicia —como la carencia de intérpretes y peritos, el desconocimiento de las cosmovisiones indígenas por parte de los operadores jurídicos, la falta de mecanismos idóneos para la protección de los derechos colectivos y la dilación procesal—, genera barreras críticas que impiden lograr una justicia intercultural en un Estado democrático.

BIBLIOGRAFÍA

Alcántara Salazar, H. (2014). *Fundamentos constitucionales para la adopción del peritaje antropológico como prueba obligatoria en los procesos penales* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Cajamarca].

Almendra, V., Rozental, M., Rodríguez, E., Muñoz, Á. y Escobar, M. (2019). Desafiando el buen vivir. Ensaio fotográfio: discursos de los buenos vivires desde Pioyá, Cauca. *Revista Periferias*, 1-22.

Alva Arévalo, A. (2020). La identificación de los pueblos indígenas en el Perú. ¿Qué está sucediendo con el criterio de autoidentificación? *Cuhso*, *30*(1), 60-77.

Anaya Zeballos, G., Gamboa Gálvez, L. y Tirado Ratto, E. (2015). La Ley de la consulta previa desde un enfoque antropológico: discursos y limitaciones. *Anthropía*, (13), 6-13.

Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana. (9 de noviembre 2015). *Juicio Bagua: peritaje antropológico señaló que el pueblo indígena no incitó enfrentamientos*.

Bermúdez Tapia, M. (2002). *Los derechos lingüísticos* (2.ª ed.). Ediciones Legales.

Bermúdez Tapia, M. (2009). Acceso a la justicia a través del lenguaje y comunicación forense. Los derechos lingüísticos como derecho fundamental ante el sistema judicial. En J. Córdova Shaefer (Ed.), *Tomo I. Memoria del X Congreso Iberoamericano. Derecho Constitucional* (pp. 535-553). Idemsa.

Campos Barranzuela, E. (12 de abril de 2022). Suplemento Jurídica: El testigo protegido en el proceso penal. *El Peruano*.

Cárdenas Olmos, C. (2022). *Las víctimas, los testigos y los peritos en los procesos judiciales*. Academia Judicial de Chile.

Carrasco, M. (2015). Diálogos de una antropóloga con el derecho a partir de su experiencia como perito en dos juicios penales. En A. Guevara Gil, A. Verona y R. Vergara (Eds.), *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica* (pp. 57-70). CICAJ.

Chillihuani Casa, S. (2023). *Los derechos fundamentales como límites para el accionar de la justicia comunal en las comunidades nativas del departamento de Madre de Dios* [Tesis de Maestría, Universidad Andina del Cusco].

Chilón Barturen, S. (2024). Enfoque de justicia intercultural en la administración de justicia en la Amazonía peruana. *Revista Boliviana de Derecho*, (37), 528-551.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1998). *Sentencia SU-510 de 1998 (Vladimiro Naranjo Mesa, M.P.)*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). *Recurso de Nulidad 2449-2017/ Loreto (Chávez Mella, M.P.)*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2019). *Recurso de Nulidad 2135-2017/ Junín (César San Martín Castro, M.P.)*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2021). *Casación 355-2018/Huánuco (Lecaros Cornejo, M.P.)*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2021). *Recurso de Nulidad 2769-2017/ Ancash (César San Martín Castro, M.P.)*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2022). *Consulta del Expediente 14442-202/Lima (Quispe Salsavilca, M.P.)*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2023). *Casación 818-2018/Santa (Príncipe Trujillo, M.P.)*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2023). *Recurso de Nulidad 3230-2013/ Apurímac (Príncipe Trujillo, M.P.)*.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2024). *Casación 2936-2021/Selva Central (Altabás Kajatt, M.P.)*.

Cubas Villanueva, V. (2005). Principios del proceso penal en el Nuevo Código Procesal Penal. *Derecho & Sociedad*, (25), 157-162.

De las Heras Caba, M. (2016). La figura del traductor en las normas procesales españolas. Análisis de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (13), 1-37.

Diez, A. (2012). Nuevos retos y nuevos recursos para las comunidades campesinas. En A. Diez Hurtado (Ed.), *Tensiones y transformaciones en comunidades campesinas* (pp. 14-35). Cisepa.

Espinoza Ramos, B. (4 de abril de 2020). La prueba pericial en el Código Procesal Penal de 2004. *LP*.

Fernández Droguett, F. (2020). El peritaje cultural como práctica antropológica en la defensa de imputados indígenas en Chile: hacia la construcción de un posible pluralismo jurídico. *Andamios*, *17*(44), 275-293.

García Canclíní, N. (1999). La globalización y la interculturalidad narrada por los antropólogos. *Maguaré*, (14), 19-41.

Górska, K. (2022). La comunidad Shipibo-Konibo en Lima y el derecho a la ciudad. *Anuario Latinoamericano Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, *13*, 113-135.

Guevara Alban, G., Verdesoto Arguello, A. y Castro Molina, N. (2020). Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción). *Recimundo*, *4*(3), 163-173.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la investigación* (6.ª ed.). McGraw-Hill.

Herrera Amaya, M. (2018). Comunidades indígenas urbanas: disputas y negociación por el reconocimiento. *Andamios*, *15*(36), 113-134.

Hurtado Pozo, J. (2009). Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano. En *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal* (pp. 361-396). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Jiménez Bartlett, L. (2009). *Diversidad cultural y pueblos indígenas*. Universidad de Deusto.

Lévano Castro, S. (2022). Competencia (inter)cultural en la formación de traductores e intérpretes peruanos. *Educación*, *31*(61), 27-45.

Limón Aguirre, F. (2013). Interculturalidad y traducción. Retos al entendimiento y la comunicación. *Tinkuy*, (20), 92-100.

Liza Castillo, L. M. (2022). Importancia de la motivación de las resoluciones. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, *14*(18), 289-304.

López Carlos, J. (2020). *La necesidad de crear puentes entre la Antropología y el Derecho*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Martínez Montenegro, I. (2023). Sobre los métodos de la investigación jurídica. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, *14*(1), 1-4.

Medina Romero, M., Rojas León, R., Bustamante Hoces, W., Loaiza Carrasco, R., Martel Carranza, C. y Castillo Acobo, R. (2023). *Metodología de la investigación: técnicas e instrumentos de investigación*. Inudi.

Meini Méndez, I. (2014). *Lecciones de derecho penal - Parte general. Teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ministerio de Cultura. (2015). *Consulta previa: orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios*.

Ministerio de Cultura. (2016). *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*.

Ministerio Público. (17 de marzo de 2022). *Resolución de la Fiscalía de la Nación 375-2022-MP-FN*. Diario Oficial *El Peruano*.

Ministerio Público. (2 de octubre de 2023a). Lima Sur: Ministerio Público encabezó jornada de acercamiento con comunidad campesina de Pachacámac.

Ministerio Público. (2 de octubre de 2023b). Lima Norte: Ministerio Público lideró jornada de acercamiento con comunidades campesinas de Canta.

Ministerio Público. (3 de marzo de 2023c). Ministerio Público, a través de la OCAJIMP sostuvo un encuentro con la comunidad Shipibo Conibo de Cantagallo.

Ministerio Público. (7 de septiembre de 2023d). Ministerio Público dirigió jornada de acercamiento a comunidad campesina de Lima Sur.

Miró Quesada, J. (2024). La objeción de conciencia: usos y abusos en el ámbito médico. *Revista Memoria*, (42).

Molina Bedoya, V. (2015). Existencia equilibrada. Metáfora del Buen Vivir de los pueblos indígenas. *Polis*, *14*(40), 143-163.

ONAJUP. (s.f.). *Presentación ONAJUP*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ONAJUP/s_onajup/as_presentacion/

Orellana Urgilés, S. y Durán Ramírez, A. (2024). La imparcialidad de la opinión del testigo experto con respecto a los resultados de un informe, frente al criterio del perito. *Polo del Conocimiento*, *9*(6), 2145-2160.

Palma Irarrázaval, F. (2022). La investigación-creación desde la antropología. *Antípoda*, *1*(47), 119-140.

Peña Jumpa, A. (2009). Derechos fundamentales y justicia comunal: la aplicación del artículo 149 y el artículo 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú. *Ius Et Veritas*, *19*(39), 276-285.

Peña Jumpa, A. (2014). Justicia Intercultural en el Perú. *Revista Intercambio*, (28), 1-3.

Pérez López, J. (12 de marzo de 2017). La conciencia disidente u objeción de conciencia en el Código Penal peruano. *LP*.

Poder Judicial del Perú. (14 de agosto de 2021). Enfoque intercultural en la administración de justicia. [YouTube]. https://www.youtube.com/watch?v=rJgiwE-5_ww

Poder Judicial del Perú. (13 de febrero de 2023). Sétimo Juzgado Constitucional de Lima dispone cumplimiento de sentencia a una muerte digna a favor de Ana Estrada.

Rengifo Castañeda, C., Wong Jaramillo, E. y Gregorio Posada, J. (2013). Pluralismo jurídico: implicaciones epistemológicas. *Inciso*, *15*, 27-40.

Ruíz Molleda, J. (2015). Aproximación a los fundamentos constitucionales del peritaje antropológico. En A. Guevara Gil, A. Verona y R. Vergara (Eds.), *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica* (pp. 131-148). CICAJ.

Sierra, M. (1996). Antropología jurídica y derechos indígenas: problemas y perspectivas. *Dimensión Antropológica*, *8*, 55-90.

Sol Bucetto, M. (2020). El derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, *18*(25), 15-31.

Tassara Zevallos, O. (2013). *Una interpretación multicultural liberal del artículo 149 de la Constitución* [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Távara Orozco, L. (2017). Objeción de conciencia. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, *63*(4), 581-590.

Torres Rodríguez, O. (2013). *Interculturalidad jurídica y antropología cultural forense*. UDAFF.

Tórtora Aravena, H. (2021). El «Buen Vivir» y los derechos culturales de naturaleza colectiva en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador. *Revista de derecho (Coquimbo)*, *28*, 1-36.

Tribunal Constitucional del Perú. (2009). *Expediente 03343-2007-PA/TC. Lima*.

Valencia Tello, D. (2020). Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos. *Revista Derecho del Estado*, (45), 121-154.

Vanina Celis, S. (4 de diciembre de 2022). *El «buen vivir»: lecciones de los pueblos indígenas de América para aprender a vivir mejor*. Ecoosfera.

Verona, A. (2014). Los enfoques ético-políticos del Tribunal Constitucional peruano respecto de la diversidad cultural (1996-2012). *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, (37), 235-275.

Villasante Guerrero, R. (2021). *¿Inculpado?... ¿No es el que no tiene culpa? (Peritajes antropológicos en la Amazonía Peruana)* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.

Xóchitl Zolueta, J. (2019). Peritajes antropológicos: una herramienta para la justicia intercultural. *Diario de Campo*, (3), 189-193.

Zaffaroni, E., Slokar, A. y Aliaga, A. (2011). *Manual de derecho penal. Parte general* (2.ª ed.). Ediar.

Recibido: 23-06-2025
Aprobado: 12-01-2026

Análisis de la efectividad del marco legal peruano sobre la garantía constitucional del derecho al acceso a la energía eléctrica

Analysis of the effectiveness of the peruvian legal framework on the constitutional guarantee of the right to access electricity

Andrea Micaela Sánchez Pachas*

Resumen

La investigación analiza la efectividad del marco legal peruano para garantizar el derecho constitucional de acceso a la energía eléctrica, particularmente en sistemas aislados, a partir del reconocimiento jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 199/2022. Al existir una brecha significativa entre el reconocimiento formal del derecho como garantía fundamental no enumerada y su materialización efectiva en el territorio nacional, se evidencian vulneraciones a principios constitucionales. Se pone de manifiesto que la fragmentación normativa actual, la omisión legislativa del Congreso y la inorganicidad estatal constituyen obstáculos estructurales que impiden el ejercicio pleno del derecho. Evidenciando que, sin coherencia sistémica en el ordenamiento jurídico, el reconocimiento jurisprudencial de derechos fundamentales permanece como una promesa constitucional incumplida.

Palabras clave

derecho de acceso a la energía eléctrica; derechos fundamentales; sistemas aislados; principio de progresividad; omisión legislativa; servicios públicos.

* Estudiante de derecho en la Universidad de Lima. Código ORCID: 0009-0004-6938-5014. Correo electrónico: micaela0512@hotmail.com

Abstract

This research analyzes the effectiveness of the Peruvian legal framework in guaranteeing the constitutional right of access to electricity, particularly in isolated systems, based on the jurisprudential recognition established by the Constitutional Court in Ruling 199/2022. Given the significant gap between the formal recognition of this right as a non-enumerated fundamental guarantee and its effective materialization throughout the national territory, violations of constitutional principles are evidenced. The article demonstrates that current normative fragmentation, legislative omission by Congress, and state disorganization constitute structural obstacles that prevent the full exercise of this right. The research reveals that without systemic coherence in the legal framework, jurisprudential recognition of fundamental rights remains an unfulfilled constitutional promise.

Keywords

right of access to electricity; Fundamental rights; Isolated systems; Principle of progressivity; Legislative omission; Public services.

Sumario

I. LOS DESAFÍOS ATRIBUIDOS AL ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA. **II.** ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE LA INEFICIENCIA DEL MARCO LEGAL PERUANO PARA ASEGURAR EL ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA. **III.** MECANISMOS VIABLES PARA LA REGULACIÓN Y ELECTRIFICACIÓN DE SISTEMAS ENERGÉTICOS AISLADOS PARA EL CIERRE DE LA BRECHA ELÉCTRICA. **IV.** CONCLUSIONES.

I. LOS DESAFÍOS ATRIBUIDOS AL ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

«En el año 2023, del total de hogares[1] a nivel nacional, el 94,0 % cuentan con acceso al servicio de energía eléctrica mediante red pública» (INEI, 2023). Esta cifra podría sugerir que la brecha de electrificación en el país está cerca de cerrarse. Sin embargo, el análisis del 6 % restante revela una problemática jurídica significativa, considerando que la obligación constitucional impone al Estado peruano asegurar que todos sus ciudadanos, con énfasis en aquellos que residen en zonas con sistemas aislados, puedan ejercer efectivamente su derecho de acceso al servicio eléctrico.

[1] Se consideran como hogares con acceso a energía eléctrica aquellas viviendas que cuentan con instalaciones para la provisión de dicho servicio.

Esta problemática adquiere mayor relevancia a partir del reconocimiento otorgado por el Tribunal Constitucional (2022), que, en la Sentencia 199/2022, ha establecido lo siguiente:

> [...] si bien el derecho de acceso a la energía eléctrica no se encuentra consagrado expresamente en la Constitución, puede ser considerado como un derecho no enumerado conforme a su artículo 3, por cuanto está relacionado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho. (f. j. 7)

Desde una perspectiva de desarrollo humano, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha destacado que asegurar el acceso universal a los recursos energéticos representa una condición esencial para el desarrollo individual. Según esta institución, una sociedad que no asegura este acceso universal evidencia la persistencia de una inequidad social (Gómez et al., 2023, p. 25).

La distribución territorial de esta carencia es heterogénea, siendo los departamentos con menor acceso: Huánuco con 85,6 %, Ucayali con 85,3 % y Tumbes con 82,2 % (INEI, 2023). Las cifras revelan que son precisamente las zonas con mayor presencia de sistemas aislados las que experimentan obstáculos más significativos para la obtención y disfrute del servicio de energía eléctrica.

En este contexto, la presente investigación busca evaluar la efectividad del marco legal peruano para garantizar el presente derecho, con un enfoque en los sistemas aislados, analizando las brechas existentes entre el reconocimiento jurisprudencial de este derecho y su materialización efectiva. Este análisis resulta crucial para comprender cómo el reconocimiento de esta garantía como derecho fundamental no enumerado transforma el rol del Estado, pasando de ser un mero regulador del mercado eléctrico a garante de un servicio esencial para la vida digna de las personas.

1. La problemática jurídica en torno a la brecha existente entre el fallo jurisprudencial del acceso a la energía eléctrica y la efectividad real sobre el marco legal peruano

En el ordenamiento jurídico peruano se evidencia una significativa discordancia entre la validación jurisprudencial del servicio eléctrico como derecho fundamental no enumerado y la materialización efectiva de este derecho mediante el marco legal vigente.

Del Rosario (2009) subraya que los derechos fundamentales constituyen la base estructural del ordenamiento jurídico, señalando que la consolidación de un auténtico Estado constitucional de derecho solo es viable cuando estos derechos están plenamente asegurados. Para lograr este objetivo, resulta imperativo que la efectividad de tales derechos se extienda a todas las dimensiones estatales como elementos prioritarios (p. 220).

Así, el reconocimiento jurisprudencial de la energía eléctrica como garantía constitucional fundamental debe materializarse mediante un marco normativo coherente y efectivo que garantice su plena realización. Sin embargo, en la práctica, la ausencia de disposiciones legales específicas para atender las particularidades de los sistemas aislados evidencia un vacío regulatorio que obstaculiza la concreción de este derecho.

En primer lugar, cabe señalar que la ausencia de legislación específica en el contexto de la transición energética constituye un obstáculo sustancial que imposibilita la implementación eficaz de soluciones basadas en energías renovables. Dicha carencia normativa no solo representa una omisión legislativa, sino que, además, limita considerablemente el cumplimiento de la garantía constitucional al suministro energético en estas áreas geográficamente dispersas.

Al respecto, Vásquez y Gamio (2018) mencionan que «el Perú enfrenta un gran desafío: garantizar la disponibilidad de los recursos y su aprovechamiento adecuado para un crecimiento sostenible» (p. 219). Los autores destacan también que, para alcanzar el desarrollo, las comunidades deben comprender las características complejas de sus territorios, implementar directrices claras de planificación territorial e identificar el conjunto de recursos físicos, naturales, culturales y sociales que conforman su entorno.

Por tanto, resulta imperativo que el Estado peruano desarrolle un marco regulatorio específico que responda a las particularidades geográficas, sociales y económicas de los sistemas aislados, considerando las energías renovables como una alternativa sostenible para garantizar el acceso universal a la electricidad.

En efecto, la falta de un marco regulatorio adaptado a las particularidades de estos territorios perpetúa un vacío jurídico que contradice el espíritu garantista que debería derivarse del reconocimiento jurisprudencial efectuado por el Tribunal Constitucional.

En esta misma línea, Milena (2013) argumenta que las obligaciones estatales frente a los derechos fundamentales abarcan múltiples dimensiones de actuación. Según la autora, los Estados tienen la responsabilidad de implementar medidas preventivas contra posibles vulneraciones, evitar acciones que directamente per-

judiquen estos derechos, salvaguardar a la ciudadanía frente a violaciones por parte de terceros, así como conducir las indagaciones correspondientes, establecer las penalizaciones pertinentes y asegurar una compensación adecuada cuando se produzca una transgresión a estos derechos (p. 135).

Adicionalmente, es importante destacar que esta problemática se intensifica debido a que el marco regulatorio actual no se alinea adecuadamente con los principios constitucionales de igualdad y desarrollo sostenible.

Por otro lado, es relevante comprender que los sistemas aislados son aquellos sistemas fuera del alcance del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN). Según Luis Espinoza (2024), gerente general de LAEQ Asociados, se identifican cuatro redes independientes en la distribución de electricidad, ubicadas en las regiones de Iquitos, Puerto Maldonado, el área conformada por Moyobamba y Tarapoto (San Martín), así como la región comprendida por Bagua y Jaén (Amazonas).

Otro estudio realizado por Daniela Tramontana (2024) identifica dos problemáticas fundamentales relacionadas con la falta de electrificación: la invisibilización de comunidades desconectadas del SEIN y la ausencia de incentivos para empresas que inviertan en energía renovable en sistemas aislados (p. 9). Señala que, debido a estas deficiencias, los programas implementados no han logrado alcanzar la meta de suministrar electricidad a las comunidades que se encuentran distantes del SEIN.

Por ello, cabe reflexionar sobre las implicaciones de esta brecha jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales, dado que la validación del servicio eléctrico como garantía constitucional implícita supone, necesariamente, la generación de obligaciones concretas para el Estado peruano.

Estas obligaciones, que abarcan desde la dimensión regulatoria hasta la implementación de políticas públicas específicas, no han sido debidamente desarrolladas en el plano normativo, lo que evidencia una falta de coherencia en el sistema jurídico que podría calificarse como una inconstitucionalidad por omisión.

2. El contenido y alcances sobre el derecho de acceso a la energía eléctrica y sistemas aislados

2.1. El acceso a la energía eléctrica como derecho social reconocido por la jurisprudencia constitucional

A fin de comprender la validez jurídica del servicio eléctrico como garantía constitucional, a lo largo de los años el Tribunal Constitucional (TC) ha desarrollado progresivamente una doctrina de reconocimiento de derechos

fundamentales no enumerados expresamente en la Constitución, apoyándose en el artículo 3 de la carta magna.

En el año 2006, el TC emitió dos sentencias comprendidas en los expedientes 06546-2006-PA/TC y 06534-2006-PA/TC, que constituyeron un hito en la acreditación de derechos fundamentales innominados, al reconocer el derecho humano al agua potable. A partir de allí, la Sentencia 199/2022 del Expediente 02151-2018-PA/TC[2] surge por la presentación de una demanda constitucional elevada por la Asociación de Adjudicatarios y Posesionarios de la Urbanización Los Huertos de La Molina contra la empresa Luz del Sur S.A.A. y el Organismo Supervisor de la Energía y Minería (Osinergmin) tras rechazar un proyecto de electrificación.

El presente caso es particularmente relevante porque, aunque la corte desestimó el recurso por cuestiones procesales, desarrolló importantes consideraciones sobre la garantía al suministro eléctrico como prerrogativa constitucional. Su contribución jurisprudencial más valiosa se encuentra en los fundamentos 4 al 8, donde el Tribunal Constitucional (2022) establece expresamente lo siguiente:

> [...]
>
> 4. [...], este Tribunal advierte que, en materia de servicios públicos, el acceso al agua potable no es la única necesidad básica que tenemos las personas, ni es el único servicio público que pueda ser tratado como un derecho no enumerado (y, eventualmente, también positivizado). La vida en el mundo moderno requiere de ciertos derechos sociales mínimos en materia de servicios públicos, sin los cuales las personas no pueden tener una vida digna, ejercitar sus demás derechos, ni desarrollarse en sociedad. Entre ellos se puede incluir [...], a energía eléctrica [...], los cuales comparten una naturaleza prestacional y, por ello, un deber del Estado y la comunidad. (Sentencia 199/2022, f. j. 4)
>
> [...]
>
> 6. Efectivamente, del acceso a la energía eléctrica también puede decirse que se trata de un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano [...]; resulta prácticamente imposible imaginar que sin la presencia de energía eléctrica el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia. (Sentencia 199/2022, f. j. 6)

2 Publicada el 31 de mayo de 2022.

En tal sentido, se establece el suministro energético como condición necesaria para el ejercicio efectivo de otras garantías constitucionales, lo que constituye la base de su reconocimiento como derecho no enumerado, acorde al artículo 3 de nuestra Constitución, el cual dispone:

> Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Sobre ello, García Toma (2021) de manera tajante señala que los derechos no enumerados son «aquellos que se encuentran 'insertos' dentro de algunas de las categorías, principios, valores o instituciones recogidas en el texto constitucional» (p. 518). El autor destaca que estos derechos son «develados» por la jurisprudencia constitucional tras acreditar su entroncamiento esencial con elementos constitucionales existentes, otorgándoles similar rango normativo y protección que aquellos expresamente consagrados.

Al respecto, se identifican tres vertientes en las que la Corte Constitucional ha validado nuevas garantías fundamentales: identificando atributos inéditos dentro de derechos expresos; reconociendo nuevos derechos con configuración autónoma a partir de derechos expresos; y, finalmente, estableciendo en su rol de máximo intérprete constitucional, un derecho de carácter novedoso, como sucede con las garantías relativas a la veracidad o la protección del ahorro (García Toma, 2021, pp. 520-521).

Esta última vertiente es precisamente la que ha permitido al Tribunal Constitucional peruano reconocer el suministro eléctrico como garantía constitucional fundamental, evidenciando la capacidad evolutiva de la interpretación constitucional para adaptarse a las necesidades esenciales de la vida contemporánea, donde el acceso a servicios energéticos básicos se configura como condición indispensable para una existencia digna y el desarrollo pleno de la persona en sociedad.

Adicionalmente, el TC vincula este reconocimiento con el siguiente artículo de la Ley de Concesiones Eléctricas[3]:

> Artículo 82. Todo solicitante, ubicado dentro de una zona de concesión de distribución tiene derecho a que el respectivo concesionario le suministre

[3] Aprobada por el Decreto Ley 25844.

energía eléctrica, previo cumplimiento de los requisitos y pagos que al efecto fije la presente Ley y el Reglamento, conforme a las condiciones técnicas que rijan en el área.

Esta referencia normativa es relevante porque demuestra cómo el Tribunal integra el reconocimiento del derecho fundamental con el marco regulatorio existente, estableciendo una interpretación constitucional que obliga a interpretar la normativa sectorial de manera compatible con la naturaleza fundamental de este derecho.

Sanz (2021) analiza esta creciente interrelación entre habitabilidad adecuada y abastecimiento energético, señalando que se identifica una orientación hacia el establecimiento de una firme conexión entre los conceptos «vivienda digna» y «acceso a la energía» (p. 211). El autor argumenta que esta vinculación confiere al derecho de suministro energético características propias de un derecho fundamental, consolidando esta postura al resaltar que la esencia de estos derechos emana directamente de la dignidad inherente a la persona humana.

Esta visión refuerza lo establecido por el TC, que valida el suministro eléctrico como un elemento esencial para la vida digna, elevándolo al nivel de derecho fundamental no enumerado bajo la premisa de que, sin este servicio básico, resulta prácticamente imposible el desarrollo pleno de la persona y el ejercicio efectivo de otros derechos constitucionales.

2.2. La regulación y políticas implementadas con relación a la jurisprudencia consolidada sobre el derecho al acceso a la energía eléctrica en el Perú

Ahora bien, desde el 2017 el Perú ha experimentado una era de inestabilidad política que ha tenido repercusiones significativas en diversos sectores, siendo el eléctrico uno de los más afectados, pues este periodo se ha caracterizado por una serie de crisis gubernamentales que han desembocado en un preocupante silencio normativo en materia energética. Entre 2017 y 2024, el país ha atravesado por seis administraciones gubernamentales diferentes, marcadas por tres procesos de vacancia presidencial.

Esta volatilidad en el más alto nivel del Poder Ejecutivo ha tenido un impacto directo en la gestión del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), ente competente sobre el sector eléctrico. Durante este lapso, se ha registrado un total de 18 nombramientos ministeriales en la institución. Por ello, esta rotación constante de autoridades ha obstaculizado severamente la continuidad de las políticas sectoriales y la implementación de reformas necesarias.

Particularmente, resulta alarmante que en los gobiernos de Martín Vizcarra y Pedro Castillo la inestabilidad en el MINEM alcanzara niveles sin precedentes. Durante cada una de estas administraciones, se designaron seis ministros diferentes para la cartera de Energía y Minas. Esta falta de continuidad en la dirección del ministerio ha imposibilitado la formulación e implementación de políticas de largo plazo, esenciales para el desarrollo sostenible del sector eléctrico.

El resultado de este escenario de incertidumbre política y administrativa ha sido una ausencia notoria de normativas relevantes para el sector eléctrico desde 2017. En suma, la parálisis regulatoria plantea desafíos significativos para la modernización de la infraestructura energética del país, la atracción de inversiones y el avance hacia un paradigma energético con mayor eficiencia y sostenibilidad ambiental.

Una contradicción evidente que se observa en el sector eléctrico peruano es que, mientras el Tribunal Constitucional avanza hacia la validación de una garantía constitucional al suministro energético, la inestabilidad política obstaculiza la implementación de políticas públicas coherentes con esta nueva perspectiva jurídica. Las pocas medidas normativas implementadas en este periodo han sido aisladas y sin un enfoque sistemático que responda al carácter fundamental del derecho reconocido.

En este sentido, Azabache de la Cruz (2024) evidencia que existe una ausencia de coherencia en el despliegue de estrategias gubernamentales, así como deficiencias en los mecanismos de formación profesional destinados a robustecer las competencias organizacionales requeridas para una ejecución exitosa de las iniciativas de política pública (p. 4).

Esta problemática se ve agravada por lo que el mismo autor identifica como impedimentos sustanciales que pueden limitar la eficacia de tales políticas, incluyendo la insuficiencia de recursos apropiados, la oposición al cambio institucional y los obstáculos de naturaleza burocrática (Azabache de la Cruz, 2024, p. 12).

En particular, resulta fundamental destacar la Política Energética Nacional 2010-2040[4], la cual estableció los lineamientos estratégicos de largo plazo para el sector energético peruano, incluyendo objetivos específicos de acceso universal a la energía eléctrica y promoción de energías renovables.

No obstante, su implementación se ha visto severamente comprometida por la inestabilidad política posterior, evidenciando cómo la falta de continuidad administrativa impide la materialización de políticas energéticas coherentes.

---

4 Aprobada mediante Decreto Supremo 064-2010-EM.

Entre las normativas relevantes del período destaca el Decreto Supremo 022-2020-EM[5], que intentó alinear la regulación sectorial peruana con las obligaciones medioambientales contraídas en el Acuerdo de París y las metas de las contribuciones determinadas a nivel nacional (NDC). Este decreto buscó garantizar la eficiencia energética y disminuir la dependencia de hidrocarburos, contribuyendo indirectamente a mejorar las condiciones para el ejercicio de la garantía fundamental al suministro eléctrico desde un enfoque sostenible.

A fines del año 2024, se publicó el Proyecto de Reglamento de Generación Distribuida conectada a Sistemas de Utilización de los Usuarios del Servicio Público de Electricidad, mediante la Resolución Ministerial 439-2024-MINEM/DM, representando un avance significativo en el marco regulatorio del sector eléctrico peruano.

Esta iniciativa normativa busca desarrollar las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo 1221, estableciendo las condiciones técnicas, administrativas y económicas para la implementación de sistemas de generación distribuida por parte de usuarios regulados.

Sin embargo, esta iniciativa evidencia una grave deficiencia en el cumplimiento del principio de eficacia administrativa, pues el Decreto Legislativo 1221 estableció la obligación del MINEM de emitir este reglamento dentro de 120 días calendario desde su entrada en vigencia, venciendo dicho término el 24 de enero de 2016.

Resaltamos que la publicación del proyecto en 2024 revela un incumplimiento de aproximadamente 8 años y 10 meses, lo que demuestra cómo la ineficiencia administrativa obstaculiza la materialización efectiva del derecho al acceso energético, particularmente en sistemas distribuidos que podrían beneficiar significativamente a comunidades aisladas.

Ahora bien, en un significativo avance para la planificación estratégica del ámbito energético en zonas rurales, la Dirección General de Electrificación Rural del MINEM presentó en junio de 2023 el Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER) con proyecciones a largo plazo (2024-2033) y mediano plazo (2024-2026).

Este instrumento de política pública implementa una metodología de priorización rigurosa según lo establecido en el artículo 15 del Reglamento de la Ley General de Electrificación Rural, aplicando criterios técnicos y socioeconómicos

---

5 Decreto Supremo que aprueba disposiciones sobre la infraestructura de carga y abastecimiento de energía eléctrica.

fundamentales para la asignación eficiente de recursos estatales, entre los cuales destacan: el índice de penetración eléctrica en entornos rurales existente, los indicadores socioeconómicos de vulnerabilidad de las localidades beneficiarias, el potencial de aprovechamiento productivo del suministro eléctrico y la viabilidad técnica para la implementación de fuentes energéticas renovables.

Cabe resaltar que el análisis temporal del marco normativo eléctrico revela una paradoja significativa: mientras el período 2006-2016 se caracterizó por una aceleración normativa notable con la promulgación de aproximadamente 50 instrumentos regulatorios relevantes, el período posterior a 2017 evidencia una desaceleración dramática con apenas entre 8 y 10 normas sustantivas.

Esta evidencia cuantitativa demuestra cómo la inestabilidad política, materializada en 18 cambios ministeriales desde 2017, generó una parálisis regulatoria que contrasta marcadamente con los avances jurisprudenciales del TC en la validación del derecho humano al acceso energético universal.

Al respecto, las disposiciones normativas actuales no incorporan adecuadamente los avances conceptuales y jurisprudenciales respecto al suministro energético como componente esencial para una vida digna. Esta desconexión entre el progreso jurisprudencial y el estancamiento normativo, junto a la falta de accionar estatal, dificulta la materialización efectiva de la garantía constitucional al servicio eléctrico.

Ello también se presenta en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde «las sentencias que constaten una violación del Convenio no valen in foro domestico como títulos de ejecución y, por lo tanto, su ejecución estará siempre sujeta a la buena voluntad de los Estados miembros» (Almeida, 2019, p. 11).

Esta problemática estructural evidencia que, incluso en sistemas jurídicos consolidados, existe una brecha significativa entre el reconocimiento jurisprudencial de derechos fundamentales y su materialización efectiva a través de mecanismos normativos y ejecutivos adecuados.

II. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE LA INEFICIENCIA DEL MARCO LEGAL PERUANO PARA ASEGURAR EL ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA

Con respecto a la materialización efectiva de los derechos fundamentales, esta exige al Estado no solo su reconocimiento formal, sino el desarrollo de un aparato normativo e institucional que garantice su ejercicio pleno conforme a los principios constitucionales de legalidad, igualdad y progresividad.

Para dimensionar adecuadamente el ámbito de aplicación material de este derecho constitucional, debe comprenderse que su contenido normativo abarca toda acción u omisión estatal que incida en el área de actividad vinculada al suministro eléctrico o que constituya expresión del ámbito de la dignidad humana que este derecho pretende salvaguardar constitucionalmente (Martínez, 2006, p. 79).

El reconocimiento jurisprudencial genera obligaciones constitucionales específicas para el Estado peruano que trascienden el mero activismo normativo y demandan coherencia en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2023), los Estados adquieren el deber fundamental de salvaguardar, fomentar y asegurar todos aquellos derechos fundamentales de las personas bajo su jurisdicción, resultando esencial que la colectividad comprenda su importancia inherente y participe de manera activa en su observancia y desarrollo (p. 10).

En este contexto, cobra especial importancia la naturaleza vinculante de los deberes estatales en el ámbito de los derechos humanos, los cuales demandan tanto el respeto como la garantía efectiva de los derechos fundamentales de quienes se encuentran dentro de su jurisdicción. Estos deberes se encuentran consagrados específicamente en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de estar contemplados en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por consiguiente, estos tratados internacionales funcionan como criterios interpretativos de carácter obligatorio respecto a lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, esto es, el deber del Estado de asegurar la vigencia plena de los derechos humanos (TC, 2004, Expediente 2798-2004-HC/TC, f. j. 9).

Por su parte, los compromisos del Estado peruano sobre derechos humanos a nivel internacional establecen obligaciones vinculantes de protección y garantía que deben materializarse efectivamente, debiendo asumir responsabilidad internacional por cualquier violación de los mismos (Quispe Remón, 2024, p. 13).

En consecuencia, este capítulo identifica y analiza las causas estructurales que explican la ineficiencia del marco legal peruano para garantizar efectivamente el derecho al acceso a la energía eléctrica en sistemas aislados, evaluando su adecuación a los estándares constitucionales e internacionales aplicables.

2.1. Las deficiencias estructurales del marco normativo y regulatorio

Como se ha evidenciado en el capítulo anterior, la acreditación jurisprudencial del derecho al acceso a la energía eléctrica no ha sido acompañada por

un desarrollo normativo coherente. La inestabilidad política desde 2017, con 18 cambios ministeriales en el MINEM, ha generado una parálisis regulatoria que contrasta con los avances jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, evidenciando deficiencias estructurales en el marco normativo que vulneran los principios constitucionales básicos.

Según Colina-Calvo (2024), los esfuerzos del Estado peruano para mejorar el acceso energético se han materializado a través de diversas iniciativas, destacando que la implementación del Acceso Universal a la Energía en paralelo a la modificación de la Ley 28832 constituyeron avances fundamentales orientados a incrementar la cobertura eléctrica, fomentar la inversión en infraestructura energética y garantizar el suministro eléctrico universal.

Asimismo, el autor destaca que «en los próximos tres años, el ambicioso Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER) tiene como objetivo proporcionar acceso a electricidad a más de 500,000 hogares rurales basándose en energías renovables» (p. 16).

Pero ello no obsta para reconocer que, si bien el MINEM ha mostrado mayor activismo normativo en los últimos años con propuestas específicas para cerrar la brecha, estas iniciativas revelan una paradoja fundamental: existe voluntad política y técnica, pero persiste la fragmentación sistémica que impide la materialización efectiva del derecho reconocido jurisprudencialmente.

La estrecha relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo es incuestionable, siendo aún más notoria con el fenómeno de la constitucionalización del derecho que ha transformado progresivamente la Constitución de una mera norma política a una norma jurídica superior a la ley (Landa, 2016, p. 200).

Desde esta óptica, los principios constitucionales se han consolidado como bases jurídicas de carácter vinculante destinadas a efectivizar y fortalecer de los principios constitucionales materiales, estableciendo así un marco obligatorio para el desarrollo del ordenamiento jurídico-administrativo que debe garantizar la efectividad del derecho al suministro de energía eléctrica (Landa, 2016, p. 201).

Ahora bien, en el análisis del marco normativo para garantizar el derecho en cuestión, es imperativo examinar el cumplimiento de los principios constitucionales que deben regir toda actuación administrativa. Es así como las deficiencias estructurales del ordenamiento jurídico peruano se evidencian precisamente en el incumplimiento o aplicación deficiente de los principios de legalidad y eficacia, cuya observancia es indispensable para materializar efectivamente este derecho fundamental.

El principio de legalidad, consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la LPAG, constituye el fundamento esencial del derecho administrativo, estableciendo que las autoridades estatales deben ejercer sus competencias con estricto respeto a la Constitución y las leyes, actuando únicamente dentro de las facultades expresamente conferidas y conforme a los fines para los cuales fueron otorgadas (Guzmán Napurí, 2009).

A diferencia de los particulares, quienes gozan de libertad para realizar todo aquello que no esté prohibido, la Administración Pública opera bajo el principio de competencia expresa, pudiendo ejecutar exclusivamente las acciones para las cuales ha sido habilitada normativamente, lo que implica una reducción significativa del margen discrecional administrativo (Guzmán Napurí, 2009, p. 228).

En el contexto del derecho al acceso energético, este principio revela deficiencias estructurales críticas cuando el MINEM opera sin marcos normativos específicos o incumple plazos legalmente establecidos, como evidencia el retraso de casi 9 años en la emisión del Reglamento de Generación Distribuida.

Esta situación demuestra cómo la ausencia de precisión normativa y el incumplimiento de mandatos legales expresos vulneran el principio de legalidad, generando vacíos regulatorios que impiden la materialización efectiva del derecho fundamental reconocido jurisprudencialmente y perpetúan las brechas de acceso energético en sistemas aislados.

Respecto al principio de eficacia, consagrado en el numeral 1.10 del artículo IV del TUO de la LPAG, y tal como señala Morón Urbina (2020), este exige que la Administración oriente sus actuaciones hacia el logro de los objetivos normativamente establecidos, puesto que la eficacia administrativa trasciende el mero cumplimiento formal, demandando resultados concretos que materialicen los fines previstos por el ordenamiento jurídico.

En el sector energético, este principio se vulnera cuando persisten comunidades sin acceso eléctrico pese a la existencia de marcos normativos y programas específicos, evidenciando la desconexión entre la voluntad normativa del Estado y su capacidad real de transformar la realidad social.

Por otro lado, el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas[6] (ROF) dispone que una de las funciones para el ejercicio de las

6 Aprobado por Decreto Supremo 031-2007-EM.

competencias compartidas[7] entre gobiernos regionales y el MINEM, es «7.9 Promover el acceso y el uso eficiente de la energía, así como el aprovechamiento, investigación y desarrollo de los recursos energéticos renovables».

Sin embargo, esta formulación genérica evidencia precisamente una de las deficiencias más críticas del marco normativo: la ausencia de parámetros específicos que delimiten claramente el alcance, los mecanismos de coordinación y las responsabilidades concretas de cada nivel de gobierno en el ejercicio de esta competencia compartida.

Esta falta de especificidad normativa en la delimitación de competencias compartidas genera problemas de coordinación interinstitucional e incertidumbre jurídica. Como evidencian Calderón López y Ascue (2018), las disputas competenciales entre las distintas instancias de gobierno han estado presentes debido a la indefinición y ambigüedad normativa en la asignación de funciones (p. 112).

Esta situación se agrava cuando las entidades deben ejercer competencias compartidas sin contar con marcos normativos claros que definan específicamente el alcance de sus atribuciones, lo que puede resultar en superposición de funciones o vacíos competenciales que afecten la eficacia de las políticas públicas. En concreto, el análisis de las causas estructurales de la ineficiencia del marco legal peruano revela una problemática multidimensional que trasciende la mera ausencia normativa.

En este contexto se evidencia otra problemática fundamental: la deficiente gestión de las empresas distribuidoras de electricidad estatales a nivel regional. La distribución constituye la etapa final para que la electricidad llegue al consumidor, donde las empresas distribuidoras transforman el voltaje en subestaciones y distribuyen la energía.

Al igual que la transmisión, la distribución eléctrica en el Perú opera bajo un sistema de concesiones asignadas por zona geográfica, donde las empresas distribuidoras deben invertir constantemente para expandir y mejorar las redes bajo la regulación del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (ENGIE Energía Perú, 2024). Como antecedente normativo relevante, el 2 de mayo de 2008 se promulgó el Decreto Legislativo 1001, que regula la inversión en Sistemas Eléctricos Rurales (SER) ubicados en zonas de concesión.

---

7 Según Calderón López y Ascue (2018), el proceso descentralizador peruano iniciado en los años 2000 buscó redistribuir el poder estatal mediante la transferencia de competencias desde el gobierno central hacia los niveles regionales y locales, estableciendo una clasificación tripartita de competencias: exclusivas, compartidas y delegables.

Esta normativa otorga al MINEM la facultad excepcional de ejecutar obras de electrificación rural, de manera directa o indirecta, a través de empresas de distribución eléctrica estatales, cuando las poblaciones hayan solicitado el servicio eléctrico sin ser atendidas en el plazo de un año. Posteriormente, estos SER son transferidos a las empresas de distribución eléctrica de propiedad estatal para asegurar la sostenibilidad y el mantenimiento adecuado de estas infraestructuras a largo plazo (Osinergmin, 2016).

Por el contrario, esta problemática se agrava por las limitaciones administrativas y técnicas que enfrentan las distribuidoras eléctricas estatales, constituyendo un obstáculo significativo para garantizar el acceso universal a la energía eléctrica.

Las empresas distribuidoras de propiedad estatal operan bajo un marco regulatorio restrictivo que limita su capacidad de inversión y mejora del servicio, al estar sujetas a regulaciones como la Ley de Contrataciones del Estado y las normativas de la Contraloría, además de restricciones de endeudamiento público que únicamente les permiten acceder a créditos a corto plazo, situación que contrasta marcadamente con la flexibilidad operativa de las empresas privadas (ProActivo, 2023).

Esta inadecuada gestión administrativa del Estado genera un círculo vicioso donde las limitaciones burocráticas impiden las inversiones necesarias para mejorar la infraestructura eléctrica, perpetuando las brechas de acceso y calidad del servicio en las regiones más vulnerables del país.

Siguiendo lo dispuesto por Lara Ortiz (2023), es importante distinguir entre la mala administración negligente, caracterizada por gastos públicos ineficientes e ineficaces, y la mala administración dolosa, donde se utilizan las potestades administrativas para beneficio privado en detrimento de los derechos sociales y económicos básicos de la ciudadanía (p. 45).

En el sector eléctrico peruano, la mala administración negligente se manifiesta concretamente en el retraso de casi 9 años para la emisión del Reglamento de Generación Distribuida, en la demora en la ejecución de proyectos de electrificación rural por trabas burocráticas, y en la ineficiencia operativa de las distribuidoras estatales que, pese a generar recursos para el Tesoro, no pueden reinvertir adecuadamente debido a restricciones administrativas.

Por su parte, la mala administración dolosa podría evidenciarse en decisiones que favorecen adjudicaciones de proyectos energéticos a empresas específicas sin criterios técnicos transparentes, en la aprobación de tarifas que benefician a determinados sectores en detrimento del acceso universal, o en la asignación

discrecional de recursos para electrificación rural que prioriza zonas con mayor rédito político sobre aquellas con mayor necesidad social.

Esta distinción resulta crucial porque, mientras la primera requiere reformas administrativas y fortalecimiento de capacidades institucionales, la segunda demanda mecanismos de control y transparencia más rigurosos que garanticen que las decisiones en materia energética se orienten efectivamente hacia el interés público y el acceso universal a la energía eléctrica.

Por tanto, las deficiencias identificadas —desde la vulneración de principios constitucionales fundamentales como la legalidad y eficacia, hasta la indefinición en el sistema de competencias compartidas— configuran un escenario de fragmentación sistémica que impide la materialización efectiva del derecho al acceso a la energía eléctrica reconocido jurisprudencialmente.

Ello no solo compromete el cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado peruano en materia de derechos humanos, sino que perpetúa las brechas de acceso energético en sistemas aislados, evidenciando la urgente necesidad de reformas estructurales que alineen el ordenamiento jurídico con los estándares constitucionales y garanticen la coherencia entre el reconocimiento formal de derechos y su efectiva implementación práctica.

Es preciso reconocer que estas deficiencias estructurales coexisten con esfuerzos institucionales recientes que buscan superar la fragmentación normativa identificada. Si bien las limitaciones sistémicas persisten, el análisis de la implementación progresiva del derecho evidencia que el Estado peruano ha comenzado a articular respuestas específicas para materializar el acceso universal a la energía eléctrica, aunque su efectividad aún depende de la superación de los obstáculos institucionales previamente señalados.

En esta misma línea, debemos considerar la implementación progresiva del derecho como tal, pues mediante la Resolución Ministerial 053-2023-MINEM/DM se aprobó el Plan de Acceso Universal a la Energía 2023-2027, el cual representa un avance significativo en la materialización del derecho fundamental al acceso energético reconocido jurisprudencialmente.

Este plan establece como objetivo general «promover, desde el ámbito energético, un desarrollo económico eficiente, sustentable con el ambiente y con equidad del acceso universal a la energía con estándares de calidad, seguridad y cobertura» (MINEM, 2023), priorizando a las poblaciones de menores recursos en el país durante el período 2023-2027.

Adicionalmente, el marco regulatorio ha incorporado mecanismos específicos para atender las necesidades energéticas en zonas aisladas mediante el Decreto Supremo 020-2013-EM, que aprueba el Reglamento para la Promoción de la Inversión Eléctrica en Áreas No Conectadas a Red. Esta norma reconoce expresamente que «subsiste una cantidad apreciable de la población localizada en zonas alejadas de las áreas urbanas que no cuenta con servicio de electricidad abastecido mediante redes, debido a que resultaría excesivamente onerosa la prestación de tal servicio aplicando esquemas convencionales» (MINEM, 2013).

Dicho avance normativo también evidencia las limitaciones del marco institucional vigente. Si bien el plan demuestra voluntad política y planificación estratégica, su implementación efectiva depende de la coordinación entre múltiples niveles de gobierno y entidades, lo que nos remite nuevamente a la problemática de la indefinición competencial previamente analizada.

Por otra parte, la labor del MINEM evidencia acciones concretas orientadas al cierre de brechas energéticas. El ministerio ha implementado el programa «Electricidad al Toque», que mediante una inversión de aproximadamente S/15 millones ha beneficiado a 34 674 hogares de escasos recursos en 23 regiones del país con la instalación gratuita de acometidas eléctricas domiciliarias (MINEM,2025).

Además, cuenta con una cartera de 165 proyectos de inversión que representan S/4 900 millones y beneficiarán a más de 1,4 millones de familias a nivel nacional, buscando alcanzar el 96 % de cobertura eléctrica en localidades rurales altoandinas y amazónicas para fines de 2026 (MINEM, 2025). Estas iniciativas incluyen proyectos específicos como la creación del servicio de energía eléctrica en 10 localidades del distrito de Olmos en Lambayeque, que transformó la vida de 1 300 habitantes con una inversión de más de S/2,5 millones (MINEM, 2025).

Recientemente, el MINEM ha demostrado un compromiso activo con la modernización del marco regulatorio energético mediante la aprobación del «Reglamento que regula la Coordinación de la Operación de los Sistemas Aislados», normativa que establece las reglas de coordinación operativa para sistemas eléctricos no conectados al SEIN, garantizando su operación «al mínimo costo, preservando la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos».

En definitiva, mientras que la inestabilidad política y los constantes cambios ministeriales han generado una parálisis regulatoria que contrasta con los avances jurisprudenciales del Tribunal Constitucional en el reconocimiento del derecho

fundamental al acceso energético, las acciones recientes del MINEM evidencian un esfuerzo institucional por materializar este derecho mediante programas concretos y modernización normativa.

La superación de la persistente desconexión entre el progreso jurisprudencial y la capacidad estatal para traducir estos avances en políticas públicas efectivas requiere la aplicación de principios de buena administración que, como indica Lara Ortiz (2023), sirvan como instrumento de control frente a la arbitrariedad de los poderes públicos y garanticen la coherencia entre el reconocimiento judicial de derechos fundamentales y su implementación práctica (p. 59).

En este sentido, el desafío no radica únicamente en generar más normativa, sino en crear un sistema administrativo coherente que traduzca los avances jurisprudenciales en transformaciones concretas para las comunidades más vulnerables del país, garantizando así que el derecho al acceso energético trascienda del reconocimiento formal hacia su plena efectividad práctica.

2.1.1. La ineficaz implementación de políticas energéticas y su afectación al principio de progresividad

Pese a contar con iniciativas por parte del MINEM, como el Plan de Acceso Universal a la Energía 2023-2027 y el programa «Electricidad al Toque», la ausencia de legislación específica para sistemas aislados en el contexto de la transición energética constituye una vulneración sistemática del principio de progresividad que debe regir la implementación de derechos fundamentales.

Esta deficiencia estructural evidencia que las acciones estatales aisladas, sin un marco normativo coherente, resultan insuficientes para materializar efectivamente el derecho al acceso energético reconocido jurisprudencialmente.

El principio de progresividad representa una obligación estatal fundamental que demanda el desarrollo gradual pero constante de las condiciones necesarias para la plena realización de los derechos fundamentales. Según Nikken (1987), la progresividad apunta al desarrollo y vigorización de los recursos de que dispone la persona para hacer efectivo el respeto a ese deber jurídico a cargo de los Estados (p. 311).

En razón de este derecho energético, este principio exige que el Estado implemente medidas concretas y sostenidas para ampliar progresivamente el acceso al servicio eléctrico, especialmente en sistemas aislados donde la brecha de cobertura evidencia las mayores deficiencias estructurales.

Complementariamente, Nikken (1987) establece que la identificación de los derechos humanos ha experimentado una expansión gradual e irrevocable, subrayando además que la cantidad y fortaleza de los mecanismos de tutela han evolucionado de forma progresiva e igualmente irreversible, dado que en el ámbito de los derechos humanos cualquier retroceso carece de legitimidad (p. 73).

Esta perspectiva refuerza la obligación estatal de no solo reconocer el derecho al acceso energético, sino de desarrollar progresivamente los instrumentos normativos y las políticas públicas necesarias para su efectiva materialización, impidiendo cualquier retroceso en los niveles de protección alcanzados.

Pues, para materializar efectivamente este mandato de progresividad, resulta imprescindible que el ordenamiento jurídico mantenga coherencia sistémica entre el reconocimiento jurisprudencial de derechos fundamentales y su desarrollo normativo posterior. Esta exigencia adquiere particular relevancia cuando se trata de derechos emergentes que requieren marcos regulatorios específicos para su implementación práctica.

Conforme a los fundamentos constitucionales desarrollados en el pensamiento de Peter Häberle sobre el Estado Constitucional, «la normatividad sistémica del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas» (Díaz Guevara, 2011, p. 39).

Bajo esta perspectiva häberliana, el reconocimiento jurisprudencial del derecho al acceso energético como fundamental no enumerado ilustra precisamente esa capacidad evolutiva del TC para responder a nuevas demandas sociales conforme al modelo de Estado constitucional propuesto por el jurista alemán. Empero, para que esta función judicial resulte efectiva en términos de progresividad, se requiere imperativamente de un ordenamiento jurídico coherente que transforme las declaraciones constitucionales en políticas públicas concretas y sostenidas.

Como resultado, la ausencia de un marco normativo específico para sistemas aislados en el contexto de la transición energética no solo constituye una omisión legislativa, sino una vulneración directa del principio de progresividad que debe guiar la actuación estatal en materia de derechos fundamentales.

En suma, Becerra Ramírez (2023) menciona que se requiere un seguimiento constante de los avances legislativos y decisiones judiciales que surjan, tanto a nivel del Sistema Interamericano como en los marcos jurídicos de las naciones miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en relación con el principio de progresividad (p. 207).

Por tanto, la implementación de una legislación específica para sistemas aislados representa no solo una exigencia técnica del sector energético, sino un mandato constitucional derivado del principio de progresividad que impide cualquier retroceso en los niveles de protección alcanzados y demanda el fortalecimiento continuo de los mecanismos de tutela de derechos fundamentales.

Esta exigencia de cumplimiento del principio de progresividad adquiere mayor relevancia cuando se considera que, según Becerra Ramírez (2023), las interpretaciones favorables a este principio frecuentemente han estado acompañadas de cláusulas restrictivas, lo que ha limitado su aplicación efectiva ante las exigencias políticas, económicas, sociales y culturales que atraviesan los Estados parte en diversos contextos específicos (p. 206).

En el contexto peruano, esta problemática se manifiesta de manera crítica cuando el Estado incumple tanto sus compromisos constitucionales internos como sus obligaciones derivadas de tratados internacionales en materia de derechos humanos. La ausencia de legislación específica para sistemas aislados configura así una vulneración sistemática del principio de progresividad que compromete la efectividad del derecho al acceso energético y evidencia la necesidad urgente de desarrollar marcos normativos coherentes que garanticen la materialización progresiva de este derecho fundamental.

2.2. El incumplimiento de obligaciones nacionales e internacionales por parte del Estado peruano en materia de derechos humanos

2.2.1. El incumplimiento de deberes estatales frente a compromisos internacionales en materia energética

El Estado peruano enfrenta actualmente un problema estructural en el cumplimiento de sus obligaciones fundamentales respecto al acceso energético. Esta situación es particularmente grave en sistemas aislados, donde se evidencia un patrón sistemático de inobservancia tanto de los compromisos constitucionales internos como de las obligaciones derivadas de tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En esta sección también consideramos al principio de progresividad, pues Mejía Rivera (2013) destaca que, aunque la obligación contempla una realización paulatina de los derechos económicos, sociales y culturales, también impone obligaciones con efecto inmediato, independientemente de la disponibilidad de recursos y del nivel de desarrollo de los Estados parte.

Específicamente, estas obligaciones consisten en garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación y en adoptar medidas dentro de un plazo razonablemente breve a partir de la ratificación del instrumento correspondiente, las cuales deben ser «deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas» (Mejía Rivera, 2013, p. 96).

Asimismo, el autor enfatiza que los Estados tienen una doble obligación: mejorar continuamente el goce de los derechos económicos, sociales y culturales (obligación positiva) y abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas (obligación negativa) que reduzcan los niveles de protección vigentes o supriman los ya existentes.

En este sentido, una violación de las obligaciones derivadas de la progresividad puede materializarse tanto cuando los Estados no adoptan medidas para avanzar en el disfrute de los derechos (omisiones), como cuando implementan medidas deliberadamente regresivas (acciones), o cuando permanecen pasivos ante el deterioro del nivel de disfrute de estos derechos (p. 92).

Nikken (1987), por su parte, resalta que en el derecho internacional de los derechos humanos surge precisamente para cubrir las deficiencias del ordenamiento interno cuando este resulta insuficiente para proteger a las víctimas, especialmente frente al ejercicio arbitrario del poder estatal (p. 84).

Al mismo tiempo, esta problemática adquiere dimensiones especialmente críticas cuando se analiza bajo el prisma de los compromisos internacionales asumidos por el país en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

En este sentido, García-Martín (2022) precisa que, aunque la Agenda 2030 no constituye un tratado internacional considerando tanto su proceso de aprobación como los criterios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, mantiene vínculos importantes con el derecho internacional.

Concretamente, la Agenda establece que los ODS deben implementarse «de una manera que sea consistente con los derechos y obligaciones de los Estados bajo el derecho internacional» (García-Martín, 2022, p. 130), dependiendo principalmente de su implementación por Estados y organizaciones internacionales.

Conforme a esta perspectiva, su naturaleza de *soft law* y su conexión con el derecho internacional permiten que los Estados utilicen la Agenda como plataforma para fortalecer tratados internacionales existentes. En consecuencia, el acceso universal a la energía constituye uno de los pilares fundamentales del desarrollo sostenible reconocido internacionalmente.

Ahora, según Gamio y Eisman (2016), el acceso universal a los servicios energéticos forma parte integral de los compromisos internacionales contraídos por la República del Perú al aprobar, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, particularmente el Objetivo 7: «Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos» para el año 2030 (p. 5).

Esta obligación internacional trasciende el campo estrictamente energético y representa un requisito esencial para el desarrollo integral, considerando que una infraestructura energética sólida constituye el soporte fundamental de todos los ámbitos productivos: desde el empresarial, los servicios de salud y educación, hasta el sector agrícola, las infraestructuras, las telecomunicaciones y la innovación tecnológica (Naciones Unidas, s. f.).

Por tanto, esta obligación internacional no constituye una mera declaración programática, sino que establece un mandato jurídico vinculante que exige del Estado peruano la adopción de medidas concretas y progresivas para materializar efectivamente el derecho al acceso energético.

Resulta fundamental comprender la naturaleza jurídica de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Al respecto, Ugarte Boluarte (2015) explica lo siguiente:

> […] las obligaciones erga omnes tienen efectos triangulares, es decir, las asume cada Estado frente a cada uno de los demás Estados partes en las convenciones; y frente a todos los individuos (nacionales y extranjeros) sujetos a su jurisdicción como directos destinatarios de los derechos humanos. (p. 81)

De esta manera, los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno para justificar incumplimientos de tratados internacionales, lo que generaría responsabilidad internacional (Ugarte Boluarte, 2015, p. 72). Esta caracterización adquiere particular relevancia para el derecho de acceso a la energía eléctrica, ya que el Estado peruano debe garantizar este derecho a todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de su ubicación geográfica o condición socioeconómica.

Por consiguiente, el carácter *erga omnes* de estas obligaciones impide que el Estado peruano pueda justificar la falta de acceso energético en sistemas aislados mediante argumentos de soberanía interna o limitaciones presupuestarias, ya que tales obligaciones trascienden las fronteras nacionales y se fundamentan en el reconocimiento universal de la dignidad humana.

Esta perspectiva teórica contrasta marcadamente con la realidad del sector energético peruano, donde persisten significativas brechas de acceso que evidencian el incumplimiento sistemático de estas obligaciones internacionales. Lamentablemente, la realidad peruana evidencia un incumplimiento flagrante de estos compromisos internacionales que se opone directamente a los estándares globales de desarrollo.

Como se ha reiterado anteriormente, el marco regulatorio peruano presenta una significativa ausencia de referencias específicas al concepto de servicio universal en el sector eléctrico. A pesar de haber experimentado un proceso de privatización, la legislación nacional no incorpora explícitamente esta figura jurídica (Cairampoma, 2016).

Esta carencia normativa se evidencia claramente en los principales instrumentos legales del sector eléctrico peruano. Tanto la Ley de Concesiones Eléctricas como la Ley General de Electrificación Rural y sus respectivos reglamentos omiten cualquier referencia al servicio universal. En consecuencia, existe una laguna jurídica que limita la efectividad de las políticas públicas en materia energética.

Profundizando en esta perspectiva, el BID (2023) enfatiza que para materializar efectivamente la Agenda de Transición Energética es imprescindible realizar diversos ajustes al marco legal y regulatorio, y eventualmente contar con una Ley de Transición Energética (LTE), la cual actúa como recomendación técnica.

Esta propuesta busca cuatro objetivos fundamentales: la formalización del plan a nivel legal para garantizar continuidad política ante cambios de gobierno, la determinación de criterios de política basados en los pilares de accesibilidad, asequibilidad y aceptabilidad, la institucionalización de las estrategias mediante la asignación de responsabilidades y competencias entre diferentes actores, y el seguimiento, actualización y cumplimiento de las metas establecidas (p. 33).

Sin embargo, pese a las limitaciones normativas señaladas, el Estado ha reconocido implícitamente el principio de acceso universal a través de instrumentos de planificación sectorial. En efecto, se cuenta con el Plan Nacional de Electrificación Rural, el cual establece como meta alcanzar el acceso universal a la electricidad para todos los peruanos (Cairampoma, 2016).

Dicho reconocimiento implícito resulta especialmente significativo porque vincula los objetivos nacionales con los compromisos internacionales, particularmente los ODS. En consecuencia, se establece una conexión entre las políticas públicas nacionales y los estándares internacionales de desarrollo sostenible.

Esta desconexión entre el reconocimiento implícito de principios universales y la ausencia de marcos normativos específicos evidencia una contradicción fundamental en el ordenamiento jurídico peruano que perpetúa la vulneración del derecho al acceso energético en sistemas aislados, configurando un escenario de incumplimiento sistemático de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

En definitiva, este patrón sistemático de incumplimiento no solamente compromete de manera irreversible la credibilidad internacional del Estado peruano ante la comunidad global, sino que, además, perpetúa una situación estructural de inequidad energética que constituye una violación flagrante y continua de los derechos fundamentales de las poblaciones más vulnerables del territorio nacional.

Consecuentemente, dicha omisión estatal resulta especialmente grave cuando se materializa en perjuicio de aquellas comunidades ubicadas en sistemas aislados, quienes, por su condición geográfica y socioeconómica, requieren de una protección reforzada por parte del aparato estatal.

Por tanto, la persistencia de esta situación configura no solo una transgresión a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, sino también un incumplimiento sistemático de las obligaciones *erga omnes* asumidas por el Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

III. MECANISMOS VIABLES PARA LA REGULACIÓN Y ELECTRIFICACIÓN DE SISTEMAS ENERGÉTICOS AISLADOS PARA EL CIERRE DE LA BRECHA ELÉCTRICA

El cierre de la brecha eléctrica en zonas aisladas representa uno de los desafíos más complejos para los sistemas energéticos contemporáneos, particularmente en países con geografías diversas y poblaciones dispersas como el Perú (INEI, 1996). Por su parte, la región amazónica peruana, que se extiende por el oriente del territorio nacional, constituye una inmensa área de bosque tropical reconocida mundialmente por su extraordinaria riqueza biológica.

Esta zona ejerce una influencia significativa en los procesos ecológicos planetarios y cumple una función esencial en la estabilización climática global. Dado que la región selvática representa la más extensa de las tres regiones naturales del país —ocupando el 59 % de la superficie nacional y caracterizándose por una densa cobertura de bosques tropicales en su sector occidental y una frondosa vegetación en su área central—, esto la vuelve una región mayormente inexplorada y con una densidad poblacional considerablemente baja (Vega Figueroa, 2023, pp. 124-125).

Esta problemática trasciende las consideraciones meramente técnicas, abarcando dimensiones regulatorias, económicas, sociales y ambientales que requieren un abordaje integral y coordinado entre múltiples actores institucionales.

Como resultado, la experiencia internacional demuestra que el éxito en la electrificación de zonas aisladas no depende únicamente de la disponibilidad de tecnologías apropiadas, sino fundamentalmente de la existencia de marcos regulatorios sólidos, mecanismos de financiamiento sostenibles y esquemas de coordinación intersectorial efectivos.

Por ello, resulta imperativo examinar los modelos de referencia que han logrado avances significativos en la región, particularmente aquellos implementados en Uruguay y Brasil, países que han desarrollado estrategias diferenciadas pero complementarias para abordar esta problemática.

3.1. Los modelos de referencia en regulación de sistemas energéticos aislados en América Latina: Uruguay y Brasil

3.1.1. El modelo uruguayo: integración de políticas públicas y diversificación energética

Uruguay se ha consolidado como un referente regional en materia de políticas energéticas integrales, desarrollando un enfoque multisectorial que abarca desde la electromovilidad hasta la eficiencia energética en comunidades rurales. El país ha implementado estrategias innovadoras que combinan incentivos gubernamentales, participación del sector privado y cooperación internacional para lograr una transición energética sostenible y equitativa.

Paralelamente, Uruguay ha desarrollado mecanismos financieros innovadores que facilitan la adopción de tecnologías renovables por parte del sector privado. El Fondo de Innovación de Energías Renovables (REIF), implementado en colaboración con la ONU, representa un modelo de financiamiento que combina recursos públicos y privados para impulsar proyectos de transformación tecnológica. Este esquema ha permitido que empresas como Coca-Cola FEMSA Uruguay se conviertan en las primeras compañías de consumo masivo del país en autoabastecerse completamente con energías renovables, estableciendo además el primer contrato privado de compra y venta de energía entre particulares (OLADE, 2024, p. 24).

La experiencia uruguaya en programas de localidades eficientes ambientales demuestra cómo las políticas públicas pueden adaptarse a contextos específicos y generar soluciones creativas para el aprovechamiento de recursos locales. El

programa Localidades Eficientes ha logrado inaugurar múltiples plantas fotovoltaicas y desarrollar proyectos de biodigestores que aprovechan recursos disponibles localmente, como el estiércol de ciervos para generar gas utilizado en actividades de mantenimiento y operación de reservas naturales (OLADE, 2024, p. 24).

En el plano internacional, Uruguay ha establecido alianzas estratégicas que fortalecen su capacidad técnica y financiera para avanzar en la transición energética. El memorándum de entendimiento firmado con la Unión Europea establece líneas de cooperación en hidrógeno verde, energías renovables y eficiencia energética, reconociendo la relevancia de la eficiencia energética para alcanzar la neutralidad climática en concordancia con el Acuerdo de París (OLADE, 2024, p. 31).

Además, Uruguay ha desarrollado un marco regulatorio sofisticado que promueve la participación de grandes consumidores en el mercado mayorista de energía eléctrica. Las reformas al Reglamento del Mercado Mayorista han establecido un umbral mínimo de 1 500 kW de potencia contratada para que los usuarios puedan ser considerados «Gran Consumidor», asegurando que el desarrollo del mercado se enfoque en consumidores de mayor porte mientras mantiene la evolución orgánica de la demanda cautiva (OLADE, 2024, p. 284).

3.1.2. El modelo brasileño: acceso universal y conectividad territorial

Por su lado, Brasil ha desarrollado uno de los programas más ambiciosos de América Latina en materia de acceso universal a la electricidad, combinando estrategias de gran escala con enfoques focalizados en poblaciones vulnerables.

El programa Luz para Todos representa un modelo de intervención estatal que ha logrado impactos significativos en términos de cobertura eléctrica y reducción de desigualdades territoriales. Es así como la continuidad y evolución del programa Luz para Todos constituye un ejemplo paradigmático de política pública sostenida en el tiempo.

Según el *Panorama Energético de América Latina y el Caribe 2024*, «Brasil reanudó Luz para Todos, programa de acceso universal a la electricidad que en 2023 alcanzó la meta de 64,5 mil familias atendidas y cumplió 20 años llevando energía a 18 millones de personas» (OLADE, 2024, p. 17). Este logro refleja la capacidad del Estado brasileño para mantener programas de largo plazo que generen impactos estructurales en la reducción de la brecha eléctrica.

La estrategia brasileña se caracteriza por combinar grandes obras de infraestructura con soluciones descentralizadas apropiadas para contextos específicos. La inauguración de la Línea Tucuruí, que interconecta ciudades de Amazonas y Pará

al Sistema Interconectado Nacional, representa un ejemplo de cómo las inversiones en infraestructura de transmisión pueden integrar territorios históricamente aislados, brindando acceso a energía generada por fuentes limpias y renovables a través de una línea de 480 km que incluye cruces complejos sobre el río Amazonas (OLADE, 2024, p. 17).

Simultáneamente, Brasil ha desarrollado enfoques diferenciados para atender poblaciones en situación de vulnerabilidad extrema. La provisión de kits de paneles fotovoltaicos con baterías para la comunidad yanomami ejemplifica cómo las políticas públicas pueden adaptarse a contextos culturales y geográficos específicos, proporcionando soluciones tecnológicas apropiadas para comunidades indígenas que requieren sistemas autónomos de generación eléctrica (OLADE, 2024, p. 17).

La experiencia brasileña trasciende sus fronteras nacionales a través de programas de cooperación Sur-Sur que transfieren conocimientos y tecnologías a otros países de la región. El proyecto de cooperación trilateral «Energía y Luz para la Vida - Yu Raya», implementado en Honduras con el apoyo de GIZ, Brasil y la Unión Europea, demuestra cómo las lecciones aprendidas en programas domésticos pueden ser adaptadas para impulsar la electrificación en zonas focalizadas de otros países, específicamente en La Mosquitia hondureña, donde se beneficiará a más de 100 viviendas (OLADE, 2024, p. 18).

Para finalizar, Brasil ha desarrollado una infraestructura institucional robusta para promover la eficiencia energética, creando instrumentos como el Portal de Eficiencia Energética del MME, que recopila información sobre acciones, proyectos y políticas, mejorando la transparencia y estimulando sinergias entre diferentes agentes.

Los proyectos piloto de Redes de Aprendizaje en Eficiencia Energética (RedEE) y el Programa PotencializEE, que ha registrado más de mil industrias y desarrollado más de 300 proyectos, evidencian un enfoque sistemático para el desarrollo de capacidades técnicas y la transferencia de conocimientos (OLADE, 2024, p. 20).

3.2. La estrategia de implementación progresiva para el cierre de la brecha eléctrica y mecanismos de coordinación intersectorial en el Perú

La implementación exitosa de una estrategia integral para el cierre de la brecha eléctrica en el Perú requiere, como elemento fundacional, el desarrollo de un marco normativo específico que reconozca y garantice el derecho de acceso a la energía eléctrica como un derecho humano fundamental.

En este contexto, la creación de una Ley de Desarrollo del Derecho de Acceso a la Energía Eléctrica se presenta como una necesidad imperativa para proporcionar el sustento jurídico que permita la articulación coherente de políticas públicas, la asignación sostenible de recursos y la coordinación efectiva entre los diferentes niveles de gobierno.

Esta ley marco debe establecer los principios fundamentales que orienten la política energética nacional en materia de acceso universal, incorporando elementos como la universalidad, la asequibilidad, la calidad del servicio, la sostenibilidad ambiental y la participación ciudadana. Igualmente, debe definir las obligaciones específicas del Estado en sus diferentes niveles para garantizar el acceso progresivo a la energía eléctrica, estableciendo metas cuantificables y plazos definidos para el logro de la cobertura universal.

La experiencia comparada demuestra que los países que han logrado avances significativos en el cierre de la brecha eléctrica han contado con marcos normativos sólidos que trascienden los períodos gubernamentales y proporcionan estabilidad jurídica a los actores involucrados. En tal sentido, la Ley de Desarrollo del Derecho de Acceso a la Energía Eléctrica deba incorporar mecanismos de financiamiento específicos, incluyendo la creación de fondos especiales alimentados por recursos del presupuesto público, aportes del sector privado y cooperación internacional.

Acerca de los modelos uruguayo y brasileño, estos ofrecen elementos complementarios que pueden ser adaptados al contexto peruano para desarrollar una estrategia integral de cierre de la brecha eléctrica. En primer lugar, ambos países han demostrado la importancia de mantener programas de largo plazo que trasciendan los ciclos políticos, asegurando la continuidad de las inversiones y la acumulación de capacidades institucionales.

La experiencia uruguaya en el desarrollo de mecanismos financieros innovadores, como el REIF, ofrece un modelo replicable para el Perú en términos de articulación entre recursos públicos, privados y de cooperación internacional. Su capacidad de generar incentivos apropiados para la participación del sector privado en proyectos de energías renovables constituye un elemento crucial para la sostenibilidad financiera de los programas de electrificación en zonas aisladas.

Por otro lado, el modelo brasileño demuestra la viabilidad de programas de gran escala que combinen infraestructura de transmisión con soluciones descentralizadas. La experiencia de Luz para Todos evidencia que es posible alcanzar coberturas significativas manteniendo enfoques diferenciados para poblaciones específicas, lo cual resulta particularmente relevante para el contexto peruano, considerando la diversidad geográfica y cultural del país.

En otras palabras, la integración de estos elementos en una estrategia nacional requiere considerar las particularidades institucionales y territoriales del país, desarrollando mecanismos de coordinación intersectorial que aprovechen las fortalezas de cada modelo de referencia mientras se adaptan a las capacidades y restricciones del contexto nacional.

IV. CONCLUSIONES

- El estudio analizó la efectividad del marco legal peruano para garantizar el derecho constitucional de acceso a la energía eléctrica, enfocándose en los sistemas aislados y las deficiencias estructurales que impiden su materialización efectiva. Los resultados revelan que el país mantiene una significativa brecha entre el reconocimiento jurisprudencial de este derecho fundamental y su implementación práctica, a pesar del creciente consenso sobre la necesidad de marcos normativos específicos. Esta situación desafía la coherencia del ordenamiento jurídico en un contexto donde la fragmentación normativa representa una porción considerable de los obstáculos para el acceso universal.
- La dependencia de marcos regulatorios desactualizados expone el acceso desigual a la energía eléctrica, especialmente en comunidades rurales y sistemas aislados, lo que conduce al incumplimiento sistemático de obligaciones constitucionales e internacionales y compromete los compromisos del país en materia de derechos humanos. Ciertamente, las deficiencias administrativas son alarmantes y evidencian la necesidad de adoptar reformas estructurales, así como de promover marcos normativos más coherentes.
- El marco conceptual de este estudio se enfoca en tres componentes: reconocimiento jurisprudencial, implementación normativa y coordinación intersectorial, proporcionando un valioso marco de referencia para interpretar los resultados. Además, destaca la necesidad de políticas más ambiciosas que incentiven la creación de una Ley de Desarrollo del Derecho de Acceso a la Energía Eléctrica y mejoren la eficiencia administrativa. También proporciona un marco valioso para analizar y comprender los desafíos actuales en la evolución de los sistemas jurídicos de protección de derechos fundamentales.
- Los resultados evidencian la voluntad política para mejorar las políticas de acceso energético y promover inversiones en marcos normativos específicos, independientemente de las limitaciones presupuestarias. Dichos avances generarán beneficios directos para alcanzar metas constitucionales y consolidar la protección de los derechos fundamentales.

- Finalmente, el país enfrenta un momento crítico en su transición hacia un Estado constitucional de derecho efectivo. Mientras el gobierno busca materializar el reconocimiento jurisprudencial y cumplir sus compromisos constitucionales, las medidas, políticas y estrategias deben enfocarse en reducir la fragmentación normativa y fomentar el acceso equitativo a marcos regulatorios coherentes para todos los peruanos.

BIBLIOGRAFÍA

Almeida, S. (2019). La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la singularidad y eficacia del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. *República y Derecho, 4*(4), 1–39. https://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/139

Azabache de la Cruz, P. N. (2024). Implementación de políticas públicas y desarrollo sostenible en Perú: una revisión sistemática de prácticas y resultados. *LATAM. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades, 5*(4), 2171–2184. https://doi.org/10.56712/latam.v5i4.2404

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2012). *Cobertura eléctrica en América Latina.* https://www.olade.org/publicaciones/cobertura-electrica-en-america-latina-y-el-caribe/

Becerra Ramírez, J. (2023). Principio de progresividad. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, IX*(25), 179-209. https://DOI.org/10.32870/dgedj.v9i25.595

Calderón López, A. y Ascue, A. (2019). Estandarización de procedimientos administrativos y de TUPA como mecanismo de reducción de las barreras burocráticas municipales. *Forseti. Revista de Derecho, 6*(9), 108–125. https://doi.org/10.21678/forseti.v0i9.1064

CEPLAN. (2023). *Estudio prospectivo sobre los derechos humanos en el Perú.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, pp. 10. https://www.gob.pe/institucion/ceplan/informes-publicaciones/4974001-estudio-prospectivo-sobre-los-derechos-humanos-en-el-peru

Chacon, T. (23 de mayo de 2022). En 10 meses de gobierno hay 5 cambios en el Minem y 4 ministros. *Rumbo Minero*. https://www.rumbominero.com/peru/noticias/mineria/10-meses-gobierno-5-cambios-minem-4-ministros/

Colina-Calvo, A. O. (2024). Una revisión integral del escenario energético del Perú: avanzando en el acceso a la energía, la sostenibilidad y las implicacio-

nes políticas. *Revista Kawsaypacha. Sociedad y Medio Ambiente*, (14), 1-24. https://doi.org/10.18800/kawsaypacha.202402.D006

Del Rosario Rodríguez, M. (2009). Protección, reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales en las constituciones locales. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: proceso y constitución*, *11*, 217-235. https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/60461

Díaz Guevara, J. J. (2011). El constitucionalismo alemán: aporte de Kelsen, Heller, Schimth, Smend y Häberle. *Derecho y Cambio Social*, *8*(24), 1-71. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5498875

ENGIE Energía Perú. (2 de octubre de 2024). *El sector eléctrico peruano y su modelo actual de producción de energía*. https://engie-energia.pe/hablemos-de-energia/el-sector-electrico-peruano-y-su-modelo-actual-de-produccion-de-energia/

Gamio, P. y Eisman, J. (2016). *Acceso universal a la energía y tecnologías renovables.* Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES). https://cies.org.pe/investigacion/acceso-universal-a-la-energia-y-tecnologias-renovables/

García Toma, V. (2021). *Los derechos fundamentales en el Perú* (3.ª ed.). Instituto Pacífico S.A.C.

García-Martín, L. (2022). La Agenda 2030 y el desarrollo sostenible: reflexiones en torno a su naturaleza jurídica y aplicación en el derecho internacional por parte de los Estados y las empresas. *Iberoamerican Journal of Development Studies, 11*(2), 126-142. https://doi.org/10.26754/ojs_ried/ijds.689

Gómez, J. R. (2023). Hacia una agenda de transición energética en el Perú: una propuesta. *Banco Interamericano de Desarrollo*. https://publications.iadb.org/es/hacia-una-agenda-de-transicion-energetica-en-el-peru-una-propuesta

Guzmán Napurí, C. (2009). Los principios generales del derecho administrativo. *IUS ET VERITAS, 19*(38), 228-249. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2023). *Acceso a los servicios básicos en el Perú, 2023*. https://www.gob.pe/institucion/inei/informes-publicaciones/5857246-acceso-a-los-servicios-basicos-en-el-peru-2023

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (1996). *Aspectos geográficos del Perú*. https://proyectos.inei.gob.pe/web/BiblioINEIPub/BancoPub/Est/Lib0347/N25/GEOGRAF.htm

Landa, C. (2016). La constitucionalización del derecho administrativo. *THEMIS. Revista de Derecho*, (69), 199-217. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16725

Lara Ortiz, M. L. (2023). Buena administración para la efectividad de los derechos sociales. *Revista de Derecho Administrativo,* (22), 38-68. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/27655

Martínez-Pujalte, A. L. (2006). Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad. *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (54), 75-118. https://hdl.handle.net/10171/14614

Mejía Rivera, J. A. (2013). Las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, *3*(3), 79-102. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8520478

Milena Murcia, D. (2013). Estado, empresas y derechos humanos. Desafíos en el marco del régimen del Buen Vivir. *Línea Sur 5*, 134-142. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32327.pdf

Ministerio de Energía y Minas del Perú (MINEM). (2023). *Resolución Ministerial 053-2023-MINEM/DM de 2023. Aprueban el Plan de Acceso Universal a la Energía 2023-2027*. Diario Oficial *El Peruano*. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2151841-1

Ministerio de Energía y Minas del Perú (MINEM). (2023). *Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER) 2024-2033*. Dirección General de Electrificación Rural. https://www.gob.pe/institucion/dger/informes-publicaciones/5003343-plan-nacional-de-electrificacion-rural-pner

Ministerio de Energía y Minas del Perú (MINEM). (25 de noviembre de 2024). *Resolución Ministerial 439-2024-MINEM/DM de 2024. Aprueban el Proyecto de Reglamento de Generación Distribuida conectada a Sistemas de Utilización de los Usuarios del Servicio Público de Electricidad*. Diario Oficial *El Peruano*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1390171

Ministerio de Energía y Minas del Perú (MINEM). (21 de mayo de 2025). *MINEM: Más de 34 mil familias logran acceso a la energía eléctrica gracias al programa «Electricidad al toque».* https://www.gob.pe/institucion/minem/noticias/1172305-minem-mas-de-34-mil-familias-logran-acceso-a-la-energia-electrica-gracias-al-programa-electricidad-al-toque

Ministerio de Energía y Minas del Perú (MINEM). (28 de mayo de 2025). El viceministro de Electricidad inauguró el proyecto «Creación del servicio de energía eléctrica mediante sistema convencional en 10 localidades del distrito de Olmos, en Lambayeque».

Ministerio de Energía y Minas del Perú (MINEM). (9 de junio de 2025). *MINEM llevará electricidad a más de 1.4 millones de familias con histórica inversión de S/ 4,900 millones.* https://www.gob.pe/institucion/minem/noticias/1184433-minem-llevara-electricidad-a-mas-de-1-4-millones-de-familias-con-historica-inversion-de-s-4-900-millones

Morón Urbina, J. C. (2020). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley 27444* (*Decreto Supremo 004-2019-JUS)* (T. I). Gaceta Jurídica.

Naciones Unidas. (s. f.). *Objetivo 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna. Objetivos de Desarrollo Sostenible*. https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy/

Nikken, P. (1987). *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos. https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/13064.pdf

OLADE. (2024). *Panorama Energético de América Latina y el Caribe 2024*. Organización Latinoamericana de Energía y Organización para la Seguridad Energética del Hemisferio Occidental (OASIELAC).

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin). (2016). *La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Osinergmin-Industria-Electricidad-Peru-25anios.pdf

Perú 21. (4 de junio de 2024). *Sector eléctrico: Diferencias entre sistemas aislados y el sistema interconectado.* https://peru21.pe/cheka/sector-electrico-diferencias-entre-sistemas-aislados-y-el-sistema-interconectado-noticia/

Presidencia de la República del Perú. (2008). *Decreto Legislativo 1001. Decreto Legislativo que regula la inversión en Sistemas Eléctricos Rurales (SER) ubicados en zonas de concesión*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H964402

Presidencia de la República del Perú. (24 de noviembre de 2010). *Decreto Supremo 064-2010-EM de 2010. Aprueban la Política Energética Nacional del Perú*

2010-2040. Diario Oficial *El Peruano*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1020146

Presidencia de la República del Perú. (24 de septiembre de 2015). *Decreto Legislativo 1221 de 2015. Decreto Legislativo que mejora la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú*. Diario Oficial *El Peruano*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1136947

Presidencia de la República del Perú. (22 de agosto de 2020). *Decreto Supremo 022-2020-EM de 2020. Decreto Supremo que aprueba disposiciones sobre la infraestructura de carga y abastecimiento de energía eléctrica*. Diario Oficial *El Peruano*. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1264871

ProActivo. (5 de julio de 2023). *Distriluz: distribuidoras eléctricas estatales enfrentan limitaciones*. https://proactivo.com.pe/distriluz-distribuidoras-electricas-estatales-enfrentan-limitaciones/

Quispe Remón, F. (2024). Crisis en el Perú y los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y democracia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, *18*(1), 11-16. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9631565

Sanz Salguero, F. (2021). Reconocimiento del acceso a la energía como derecho fundamental: estado de la cuestión dentro del marco de los instrumentos internacionales. *Revista Derecho Administrativo Económico*, (34), 201-212. https://doi.org/10.7764/redae.34.8

Tramontana Hinostroza, D. (2024). *Incentivos para el desarrollo de energía renovable en sistemas aislados* [Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, Universidad Pontificia Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/items/f48d2d5a-cfa2-4791-b208-d5e7caf0c932

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). *Expediente 2798-2004-HC/TC*. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02798-2004-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2022). *Sentencia 199/2022*. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02151-2018-AA.pdf

Ugarte Boluarte, K. R. L. (2015). *La responsabilidad internacional del estado peruano por violación de obligaciones de protección de derechos humanos: un estudio sobre las sentencias dictadas contra el Estado del Perú por la*

Corte Interamericana de Derechos Humanos y su cumplimiento por el Estado Parte [Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=77020

Vásquez Baca, U. y Gamio Aita, P. (2018). Transición energética con energías renovables para la seguridad energética en el Perú: una propuesta de política pública resiliente al clima. *Espacio y Desarrollo*, (31), 195-224. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/espacioydesarrollo/article/view/20184

Vega Figueroa, E. (2023). La realidad geográfica y ecológica de Perú. En *Globalización y realidad nacional* (pp. 113-142). InvestSoc Perú S.A.C. https://www.aacademica.org/enver.vega.figueroa/18.pdf

Recibido: 11-12-2025
Aprobado: 23-01-2026

Derecho al internet y nuevas amenazas digitales: la deuda constitucional en el Perú

Internet access and new digital threats: the constitutional debt in Peru

✍ Gian Diego Jesús Velasco Bustamante*

Resumen

El presente ensayo analiza el reconocimiento constitucional del derecho al acceso al internet en el Perú, establecido mediante la Ley 31878 y la incorporación del artículo 14-A a la Constitución Política. Este avance normativo, aunque significativo, resulta insuficiente frente a los desafíos estructurales que plantea la era digital. Por otro lado, el análisis parte de un enfoque constitucional crítico y se apoya en doctrina nacional e internacional, así como en jurisprudencia relevante, para evidenciar que el actual marco legal carece de mecanismos que aseguren un ejercicio efectivo, equitativo y seguro de este derecho fundamental. En particular, se advierten graves omisiones en cuanto a la calidad del servicio, la alfabetización digital, la inclusión territorial y la protección frente a amenazas tecnológicas emergentes como la inteligencia artificial, el Big Data, la biometría y los *deepfakes*. Asimismo, el problema central identificado es la ausencia de una visión integral de los derechos digitales, lo cual genera tensiones entre el acceso libre a internet y la protección de datos personales, dejando a los ciudadanos expuestos a riesgos no regulados. Ante ello, el ensayo propone una reconstrucción del ecosistema digital sustentada en cinco presupuestos constitucionales: interpretación integral del derecho al internet, complementariedad con la autodeterminación informativa, deber estatal de garantía, adaptación normativa frente a la innovación tecnológica

* Estudiante de derecho en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – Chiclayo. Código ORCID: 0009-0005-5522-6394. Correo electrónico: gianvelascojvb@gmail.com

y equilibrio entre libertad digital y seguridad. Estas propuestas buscan consolidar un marco jurídico preventivo, transversal y actualizado, que permita ejercer una ciudadanía digital libre, protegida y plenamente compatible con los principios del Estado constitucional de derecho.

Palabras clave

internet, derechos digitales, protección de datos personales, amenazas digitales, inteligencia artificial.

Abstract

This essay examines the constitutional recognition of the right to internet access in Peru, established by Law No. 31878 and the incorporation of Article 14-A into the Political Constitution. This regulatory advance, although significant, is insufficient in the face of the structural challenges posed by the digital age. The analysis begins with a critical constitutional approach and draws on national and international doctrine, as well as relevant jurisprudence, to demonstrate that the current legal framework lacks mechanisms to ensure the effective, equitable, and secure exercise of this fundamental right. In particular, serious omissions are noted regarding the quality of service, digital literacy, territorial inclusion, and protection against emerging technological threats such as artificial intelligence, big data, biometrics, and deepfakes. The central problem identified is the absence of a comprehensive vision of digital rights, which generates tensions between free internet access and the protection of personal data, leaving citizens exposed to unregulated risks. In response, the essay proposes a reconstruction of the digital ecosystem based on five constitutional prerequisites: a comprehensive interpretation of the right to the internet, complementarity with informational self-determination, the state's duty to guarantee it, regulatory adaptation to technological innovation, and a balance between digital freedom and security. These proposals seek to consolidate a preventive, cross-cutting, and up-to-date legal framework that allows for the exercise of free, protected digital citizenship that is fully compatible with the principles of the constitutional state of law.

Key words

internet, digital rights, personal data protection, digital threats, artificial intelligence.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** EL ACCESO AL INTERNET COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL MUNDO ACTUAL. **III.** LA FRAGILIDAD DEL DERECHO AL ACCESO AL INTERNET EN EL PERÚ Y SU VINCULACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. **IV.** NUEVAS AMENAZAS DIGITALES: WORLD ID, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA VULNERABILIDAD DE LOS DATOS PERSONALES. **V.** HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL: INTERNET, PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍAS FRENTE A LA ERA DIGITAL. **VI.** PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES PARA ENFRENTAR LA DEUDA CONSTITUCIONAL ANTE LA ERA DIGITAL **VII.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución tecnológica de la sociedad ha sido notoria con el paso de los años; vivimos en un contexto donde el internet se ha convertido en un instrumento cotidiano en la vida de las personas. Esta transformación tecnológica ha facilitado el acceso del ser humano en su relación con el Estado, acceso a bienes y servicios informáticos con el fin de facilitar el ejercicio de sus derechos. La consolidación del internet como un recurso cotidiano y estratégico en la vida contemporánea ha motivado que diversos estados reconozcan su acceso como un derecho fundamental. En el caso de Perú, este reconocimiento se formalizó recientemente mediante la Ley 31878, que incorporó el artículo 14-A a la Constitución Política, estableciendo el acceso libre al internet como un derecho de todo ciudadano. Esta reforma constitucional responde a la creciente necesidad de integrar a la ciudadanía a una esfera digital que permita el ejercicio pleno de otros derechos, como la educación, la salud, el trabajo y la libertad de expresión. No obstante, este avance normativo ha expuesto una serie de desafíos estructurales y vacíos legales que limitan la efectividad real del derecho a la conectividad en el país.

El presente informe sostiene como tesis que el reconocimiento constitucional del acceso al internet, si bien representa un progreso significativo en el desarrollo de los derechos digitales en Perú, resulta insuficiente si no se incorpora de forma integral con otros elementos esenciales del entorno digital, especialmente la protección de los datos personales. En ese sentido, se plantea que el artículo 14-A, al no prever garantías mínimas como la calidad del servicio, el desarrollo de competencias digitales o mecanismos de protección frente a amenazas tecnológicas, genera una tensión jurídica entre la conectividad libre y la privacidad digital, poniendo en riesgo derechos fundamentales de las personas usuarias.

En atención a ello, este trabajo se estructura en tres ejes centrales. En primer lugar, se examina el desarrollo progresivo del derecho al internet como derecho fundamental a nivel internacional y su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano. En segundo lugar, se analiza la fragilidad del artículo 14-A frente a los retos que implica la protección de datos personales en un entorno digital no regulado con suficiencia. Finalmente, se abordan las nuevas amenazas tecnológicas —como la inteligencia artificial, los *deepfakes*, el big data y la biometría— que, al operar sobre la base de la libre conectividad, exponen a la ciudadanía a vulneraciones graves de su privacidad e identidad. Este panorama permite evidenciar que el Perú afronta una deuda constitucional pendiente: la reconstrucción normativa de un verdadero bloque de derechos digitales que integre acceso, protección y garantía efectiva en la era digital.

II. EL ACCESO AL INTERNET COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL MUNDO ACTUAL

En la actualidad, el acceso al internet es considerado como un derecho fundamental que permite el desarrollo y garantía de otros derechos fundamentales. Fernández (2022), desde una perspectiva internacional, señala que el derecho al acceso al internet facilitaría el ejercicio real de otros derechos fundamentales, con el fin de exigir al Estado una infraestructura que permita la conexión entre todos estos derechos e invocar el cumplimiento de estos. En otras palabras, el acceso al internet contribuye al ejercicio de otros derechos como lo pueden ser el derecho a la educación, salud y al trabajo.

Con el paso del tiempo, diversas normas han ido tutelándose como un garante del acceso a internet hacia las personas, debido a que con el paso de los años el internet se ha ido convirtiendo en algo cotidiano para el ser humano. Para esto, Miranda (2016) menciona que: «Existe una tendencia en el ámbito constitucional y convencional que ha reconocido el acceso a internet como un derecho fundamental» (p. 2). Dando a entender que el derecho constitucional tras el contexto de esta nueva era digital vio oportuno y necesario reconocer este derecho fundamental al acceso al internet; a su vez, este autor afirma que el acceso al internet es parte de estos «nuevos derechos» ya que ha influenciado positivamente en el desarrollo de la sociedad.

En el ámbito internacional, el derecho al acceso al internet ha ido teniendo una evolución constitucional. Desde inicios del siglo XXI, diversos países del mundo han adoptado medidas para ampliar este derecho dentro de toda la población. En un informe realizado hace más de una década por el exrelator especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), La Rue (2011) mencionaba que: «El internet solo puede responder a su finalidad si los Estados asumen su voluntad de elaborar políticas eficaces para obtener el acceso universal a internet» (p. 18). Señalando que se requiere una voluntad clara de los gobiernos para poder implementar políticas públicas eficaces que permitan que todas las personas puedan acceder al internet sin importar ubicación geográfica. Asimismo, este informe menciona que, en algunos países, como Estonia en el año 2000, su parlamento ya declaraba el acceso al internet como derecho humano básico. Del mismo modo, señala que en el año 2009, el Consejo Constitucional de Francia emite una importante decisión (Decisión 2009-580 DC) en donde se reconoce al internet como derecho fundamental. Sin embargo, Prince (2020), sobre dicha sentencia francesa, menciona que el tribunal «considera que el acceso al servicio de internet se encuentra subsumido en el derecho a la libertad de expresión, que

a su vez se deriva directamente de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del año 1789» (p. 7). Dando a entender que el tribunal francés no terminaba por considerar el acceso al internet como un nuevo derecho autónomo, sino que integra este derecho dentro de otro como lo es la libertad de expresión, siendo una herramienta clave para lograr su efectivo ejercicio.

Tras estos antecedentes, la Asamblea General de la ONU, en el año 2011, terminó por declarar el acceso al internet como derecho humano, al ser una herramienta que permite el crecimiento y desarrollo progresivo de la sociedad. Por otro lado, se pudo evidenciar cómo tribunales de países desarrollados se llegaron a pronunciar positivamente sobre este derecho al acceso al internet. Anzures (2021) nos mencionaba como el Tribunal Federal de Alemania (BGH) llegó a considerar que: «La internet es un medio a través del cual la persona cumple ciertas obligaciones hacia el Estado, tales como el pago de servicios públicos o sus impuestos» (párr. 2). Destacando lo esencial que se ha vuelto el internet en la vida de las personas, convirtiéndose en un medio que permite ejercer otros derechos y deberes ciudadanos o así también para cumplir obligaciones legales o administrativas.

En el contexto nacional, el Estado peruano actualmente reconoce el derecho al acceso al internet, siendo este incorporado en la Constitución Política del Perú de 1993 mediante la Ley 31878 (2023): «Ley de reforma constitucional que promueve el uso de las tecnologías de la información y comunicación, y reconoce el derecho de acceso a internet libre en todo el país», siendo una ley que se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* en septiembre del 2023, modificando los artículos 2.4 e incorporando el artículo 14-A dentro de la Constitución Política del Perú. En el caso del primero, la modificación consistió en la ampliación del alcance para reconocer el acceso al internet libre como un instrumento esencial para ejercer derechos también importantes como el de la libertad de información y expresión, siendo un claro ejemplo, de cómo el acceso al internet se logra inmiscuir dentro de otros derechos. Por su parte, el artículo 14-A reconoce expresamente el acceso a internet como un derecho fundamental en sentido estricto, siendo un artículo que tuvo como fin salvaguardar los problemas y carencias de la sociedad peruana que existían dentro del contexto de la pandemia del COVID-19, especialmente en zonas rurales en donde se necesitaba del acceso al internet para garantizar otro derecho fundamental, como el derecho a la educación en ese entonces.

Sin embargo, dar este reconocimiento al acceso al internet como un derecho fundamental libre para todos no significa que este sea gratuito en su totalidad; esto se puede evidenciar en otros derechos ya antes reconocidos, como el derecho a la

salud, educación, etc. Monge (2023) señala que: «En el caso de servicios públicos o de interés público, 'libre' significa que no habrá impedimentos o que el Estado fomentará su acceso masivo, en amparo del principio democrático» (párr. 5). En otras palabras, lo esencial del reconocimiento de un derecho reside en la capacidad y obligación que tiene el Estado para fomentarlo y garantizarlo a través del desarrollo de una infraestructura y medidas necesarias, así como la continuidad del servicio. Por lo tanto, se puede decir que el acceso a internet, al ser libre para todos, adquiere características propias de un servicio público, sin que ello signifique una prestación gratuita en todos los casos.

III. LA FRAGILIDAD DEL DERECHO AL ACCESO AL INTERNET EN EL PERÚ Y SU VINCULACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La incorporación del derecho al acceso al internet dentro de la Constitución Política del Perú por medio de la modificación del artículo 2.4 y la integración del artículo 14-A en dicho texto ha sido un gran avance por parte del derecho constitucional; sin embargo, aún presenta barreras significativas que comprometen la garantía efectiva de este derecho en la práctica. Es por eso que, para referirnos a este derecho, vamos a centrarnos en sentido estricto en el artículo 14-A, que, si bien garantiza el «acceso libre» a internet dentro de todo el territorio nacional, deja en el aire muchos vacíos respecto a su protección específica, generando cierta incertidumbre sobre algunos parámetros como velocidad mínima, calidad de servicio, protección contra interrupciones de internet. Para esto, el experto en derecho digital, el Dr. Iriarte (como se citó en Mendoza, 2023) menciona que:

> El cierre de la brecha no solo parte de la conectividad sino del desarrollo de capacidades para poder utilizar la conectividad a la cual se tiene acceso. El cambio normativo realizado a la constitución deja en el aire el tema del desarrollo de capacidades. (párr. 7).

Es decir, la reforma constitucional que integra este nuevo derecho se enfoca únicamente en garantizar la disponibilidad de internet en toda la nación, pero no define la calidad de acceso ni las capacidades que tiene la población para acceder al internet. Por ejemplo, una persona que habita en una zona rural puede que tenga este «acceso libre» a una red wifi pública, pero si no sabe usar plataformas digitales, si no tiene dispositivos adecuados o si la conexión es lenta, su derecho no se está ejerciendo plenamente. En otras palabras, muchas poblaciones del Perú no han logrado desarrollar las suficientes competencias digitales, formación ni recursos adecuados para acceder al internet, quedando como un derecho incompleto.

Por otro lado, el artículo 14-A no contempla los riesgos que sobrelleva dar un acceso libre al internet en relación al derecho a la protección de datos personales (Derecho a la autodeterminación informativa) regulado en el artículo 2, inciso 6 de la Constitución. Esta omisión constitucional es especialmente grave debido que ingresar a internet implica un sin número de tratamiento de datos personales, que muchas veces son expuestos sin un consentimiento claro y previo. El Tribunal Constitucional (TC) (2007), en la sentencia recaída dentro del Expediente 04739-2007-HD, en el fundamento 2 señala que: «El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos» (p. 2). Dando a entender que el individuo tiene ese derecho de poder controlar el uso de sus datos personales y nadie puede usarlos sin su consentimiento. Lo mencionado posee relevancia debido a que actualmente, al acceder a la red, una página web recolecta tus datos mediante cookies, inteligencia artificial, big data, formularios, redes sociales, etc., vulnerando el derecho a la autodeterminación informativa y otros que se encuentran conexos como los de la imagen, honor e intimidad.

Asimismo, la última modificatoria del reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales (LPDP) N°. 29733 (2024), aprobado por el Decreto Supremo 016-2024, específicamente en el artículo 86, habla sobre el derecho de oposición al tratamiento de los datos personales y en el numeral 5 señala que: «Cuando los datos personales son tratados en internet, el ejercicio de derecho de oposición puede incluir la desindexación de los datos personales» (p. 17). En otras palabras, toda persona que accede a internet puede oponerse al tratamiento de sus datos personales y solicitar que se dejen de procesar estos. Sin embargo, el artículo 14-A, al garantizar el internet como un «acceso libre» a este, no prevé medidas de control sobre estos datos privados que se vulneran al acceder a la red, dejando a los ciudadanos expuestos a ser víctimas de delitos informáticos como la vigilancia digital indebida, el robo de información o el uso no autorizado de sus datos. De este modo, se crea una paradoja en donde se pone en evidencia la tensión entre el derecho al acceso libre al internet y la necesidad de proteger los datos personales, especialmente en tiempos de esta nueva era digital, en donde la conectividad sin garantías puede convertirse en una vía de vulneración de otros derechos fundamentales. Ahora bien, esta controversia solo existe cuando estos dos derechos se asimilan por separado y no integralmente, es por eso que resulta necesario comprender que ambos derechos deben abordarse en conjunto, con el fin de asegurar mayor garantía de estos dentro de su ejercicio.

El acceso a internet y la protección de datos personales (PDP) deben interpretarse como componentes de un bloque integrado de derechos digitales. Manani (2023; parafraseando a Peña-Pérez, 2021) sostiene que los derechos digitales se entienden como: «un conjunto de prerrogativas y libertades fundamentales que las personas tienen en el entorno digital» (p. 3). Dicho de otro modo, esto implica que la tensión abordada entre el derecho al acceso a internet y a la PDP no debería existir en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que en la práctica no son independientes, siendo componentes interrelacionados dentro de un solo conjunto normativo. Aguilar (2024), tras un análisis estadístico (Rho de Spearman 0,615) realizado señala que: «Existe una relación significativa entre la protección de datos personales y los derechos digitales en el Perú. Este hallazgo sugiere la importancia de considerar la protección de datos como un elemento crucial en la garantía y promoción de los derechos digitales en el entorno peruano» (p. 16). Reafirmando así la tesis de que no puede hablarse de un acceso libre a internet si no se garantiza en conjunto de derechos digitales (como es el caso de la PDP) para la tutela adecuada de los datos personales.

La configuración de un bloque de derechos digitales dentro de nuestro ordenamiento jurídico permitiría establecer un marco normativo coherente entre los derechos como el acceso al internet y la protección de datos personales, evitando todo tipo de tensión y contradicción jurídica frente a los riesgos que existen actualmente. A su vez, se busca que contribuyan a un mismo objetivo, como es el de garantizar que las personas tengan la facultad de poder ejercer plenamente sus derechos fundamentales en el entorno digital.

IV. NUEVAS AMENAZAS DIGITALES: WORLD ID, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA VULNERABILIDAD DE LOS DATOS PERSONALES

La nueva era digital presenta nuevos desafíos para la protección de datos personales que necesitan ser abordados ante las nuevas amenazas que aparecen; el reconocimiento del derecho al acceso libre al internet, tal como se mencionó anteriormente, trae consigo algunos debates con respecto a su protección frente a tecnologías emergentes que procesan información personal sin control alguno. Escribano (citado por Mubarak, 2020) afirma que:

> La facilidad con la que se accede a internet, su uso a edades cada vez más tempranas, la rapidez con la que se difunde la información y el escaso control que tenemos de nuestros datos, entre otros factores, hacen que internet se configure como un marco idóneo para la lesión de nuestros derechos. (p. 2)

Dando a entender que un acceso libre a internet es un facilitador de un entorno en el que se recopilan cantidades inmensas de datos personales, llevando a grandes peligros ante las nuevas amenazas que se encuentran presentes en el mundo digital de hoy en día.

Al respecto, Olivos (2018) advierte que «la protección de la privacidad nace como una respuesta a un problema real […], el tratamiento masivo de los datos personales […] constituían una amenaza al sistema de derechos fundamentales, haciendo vulnerables a las personas» (p. 2). A pesar que esta reflexión surge en un contexto general sobre privacidad, resulta plenamente aplicable a la realidad actual del entorno digital, dado que el acceso a internet, cuando no se encuentra acompañado de adecuados mecanismos de protección, genera precisamente ese tratamiento masivo e incontrolado de datos personales.

El globo empresarial peruano ya se encuentra adoptando estas tecnologías como la inteligencia artificial, big data, biometría. Sin embargo, aún presentan dificultades para mitigar riesgos que estos sistemas pueden ocasionar. Andina (2025) reporta que el 55 % de empresas aún enfrentan obstáculos frente a los riesgos de ciberseguridad; aquella situación resulta crítica si se considera que estas tecnologías empleadas en la actualidad, sin una protección adecuada, pueden manipular información altamente sensible sin una supervisión adecuada, revelando así una deficiencia estructural en las garantías que da el Estado para la protección de los derechos digitales al acceder a internet.

1. Los riesgos del uso indiscriminado de la inteligencia artificial

La inteligencia artificial (IA) representa una de las amenazas más significativas y estructurales para la protección de datos personales en el contexto del acceso libre a internet. Morales (2021), miembro del Comité de Protección de Datos Personales de World Compliance Association Capítulo Perú señala que: «La protección de los datos personales se ve desafiada por el rápido desarrollo y el veloz despliegue de la IA pues su utilización implica necesariamente el tratamiento de datos masivos, dentro de los cuales se incluyen diferentes categorías de datos personales» (párr. 1). En otras palabras, señala que los sistemas de IA requieren de grandes cantidades de datos para funcionar eficazmente, generando riesgos sin precedentes para la privacidad de los usuarios. Asimismo, el problema se agrava cuando estos sistemas operan dentro de un entorno de «acceso libre» a internet, tal como lo menciona el artículo 14-A de nuestra carta madre; no existiendo una protección específica ante los riesgos que pueden tener estos sistemas al acceder a internet.

En el contexto de los avances normativos, el poder legislativo aprobó el Reglamento de la Ley 31814 (2023): «Ley que promueve el uso ético y responsable de la Inteligencia Artificial en favor del desarrollo económico y social del país». Este reglamento reconoce expresamente la necesidad de garantizar principios básicos como la privacidad, la protección de datos personales y la autodeterminación informativa, todo esto frente a los desafíos que plantea la inteligencia artificial en nuestra sociedad contemporánea. Sin embargo, no aborda por completo los riesgos estructurales que implica la IA, como el tratamiento masivo de datos, la creación de identidades sintéticas o la generación de contenidos falsos, fenómenos que ya están ocurriendo en el Perú.

En esa misma línea, en el año 2025 se publica la Ley 32314 (2025): «Ley que modifica el Código Penal, Decreto Legislativo 635, y la Ley 30096, Ley de delitos informáticos, para incluir el uso de la inteligencia artificial en la comisión de delitos». Integrando dentro del Código Penal un agravante dentro de los delitos informáticos que sean cometidos dando uso de inteligencia artificial o tecnologías análogas, el juez tiene la facultad de incrementar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal permitido. Esta nueva disposición, si bien reconoce los nuevos peligros que puede ocasionar la IA en su uso ilícito, actúa solo de forma reactiva, no estableciendo mecanismos preventivos que den garantías de privacidad ante los riegos que estos nuevos sistemas traen como consecuencias.

Esta situación ha llevado a que diversos especialistas analicen las consecuencias jurídicas que podría tener este fenómeno de la IA en los derechos fundamentales de las personas. Roel, Chocano & Salazar (2025) advierten que los riesgos que puede ocasionar la IA pueden vulnerar los derechos a la imagen, autodeterminación informativa y a la identidad. Del mismo modo, señalan que de acuerdo a Marr (2023), los riesgos pueden estar vinculados a la preocupación por la privacidad, la seguridad, desinformación y manipulación de la IA. Estas amenazas, además de exponer a los usuarios a perder el control de sus propios datos, pueden distorsionar su reputación, así como ser influyente dentro de la toma de decisiones sociales o políticas usando información falsa.

a) La proliferación malintencionada de los deepfakes

Una manifestación de los riesgos que puede ocasionar la IA en la actualidad, son los llamados *deepfakes*, los cuales, tal como lo menciona García-Ull (2021), consiste en: «un vídeo hiperrealista manipulado digitalmente para representar a personas que dicen o hacen cosas que en realidad nunca sucedieron» (p. 1). Cabe aclarar que los *deepfakes* no solo son manipulaciones hechas a base de videos, sino

que también puede incluir imágenes y audios trucados. Una prueba en como la IA en la actualidad, si bien pueden tener aplicaciones legítimas, en muchos casos es usada con fines ilícitos como suplantación de identidad, difamación o generación de contenido falso que afecte la imagen y reputación de personas. Según la empresa de ciberseguridad Karpesky (2024), el 57 % de los peruanos desconocen qué es *deepfake*, alertando que existe una gran cantidad de cibercriminales usando sistemas de IA para crear imágenes engañosas, aumentando los riesgos asociados por *deepfakes*.

En el Perú y el mundo se ha evidenciado cómo los *deepfakes*, además de representar una herramienta de manipulación audiovisual, también son una amenaza directa a la dignidad e intimidad de las personas. A nivel internacional, uno de los casos más alarmantes fue informado por el diario El País (como lo citan en Fernandes, Fernández, Molero y Pérez, 2025), en donde se utilizó un *deepfake* de la princesa Leonor para cometer estafas virtuales a través de la red social TikTok. La estafa consistía en que usuarios recibían un video falso de la princesa Leonor, en donde se les anunciaba haber ganado una gran cantidad de dinero, pero para ganarlos debían realizar un depósito previo, lo cual era totalmente falso, puesto que después estos ciberdelincuentes desaparecían. Este caso evidencia que la tecnología *deepfake* no solo constituye un riesgo a la imagen personal, sino que se ha convertido en un instrumento de fácil manipulación para la comisión de delitos digitales. De acuerdo al Diario Infobae (2025), un caso alarmante ocurrió en junio del 2025, cuando la Policía Nacional del Perú (PNP) detuvo en la ciudad de Arequipa a un sujeto que había creado más de 50 videos pornográficos falsos utilizando inteligencia artificial (*deepfake*), suplantando los rostros de mujeres sin su consentimiento. Una clara muestra de que la IA, en manos equivocadas, puede ocasionar gran cantidad de riesgos y vulnerar derechos fundamentales de las personas.

Es también una realidad que hay casos en donde la IA es usada para estafas telefónicas. De acuerdo con la BBC (2023), se informó que: «Ahora, la tecnología para crear un audio falso, una copia realista de la voz de una persona, se está volviendo cada vez más común» (párr. 5). De esta manera, ciberdelincuentes usan la IA para imitar la voz de personas y realizar estafas. Lo mencionado es algo muy preocupante, puesto que para copiar estas voces se necesita un amplio contenido de grabaciones de voz de la persona, siendo realizadas sin un consentimiento previo, vulnerando derechos autónomos de la persona como la intimidad, la voz y al honor de las personas. Es por esto que tanto el Perú como el resto del mundo enfrentan el reto urgente que consiste establecer un marco legal que responda eficazmente al uso malicioso de estas herramientas tecnológicas y proteja a los ciudadanos frente a estas formas modernas de manipulación y estafa digital.

La proliferación de los *deepfakes* plantea un desafío urgente por parte del sistema legal, no solo por el daño que pueden causar, sino por la complejidad para identificar a los responsables. Loret de Mola (citado por Torres, 2025) señala que: «Para poner una denuncia ante la Autoridad Nacional de Datos Personales (la imagen o video es un dato personal), hay que identificar al autor o responsable del *deepfake*: puede ser al creador del software o quien haya elaborado el video. Pero muchas veces identificarlos es complejo debido al uso de la IA» (p. 5). Evidenciando que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra muy limitado para responder legalmente de forma eficaz ante estas nuevas formas de vulneración digital de datos personales. Sobre esto, Palao (citado por Torres, 2025) también opina: «Creo que todavía no tenemos peritos capacitados para llegar al trasfondo del delito. Se pueden iniciar las investigaciones, a veces hasta tienes la trazabilidad de las cuentas, pero cuando los IP están en otro país, se vuelve complicado» (p. 3). En otras palabras, esta dificultad se ve agravada por la falta de especialistas informáticos expertos en inteligencia artificial y en cibercriminalidad.

b) El peligro del Big Data en el mundo actual

En la era digital, otro de los grandes peligros para la privacidad es la irrupción desmedida del actual sistema llamado Big Data. De acuerdo con González (2023): «El Big Data se ha convertido en una herramienta clave para empresas, gobiernos y organizaciones en todo el mundo, ya que permite el análisis de grandes cantidades de información para obtener conocimientos y tomar decisiones informadas» (p. 2). Es decir, este nuevo sistema se entiende como un tratamiento automatizado de grandes volúmenes de información personal. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, esta recopilación de datos se realiza sin el consentimiento de las personas titulares. Una definición más amplia de este nuevo sistema la da el Parlamento Europeo (citado por Cotino-Hueso, 2019) señalando que:

> Se refiere a la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales, procedentes de diferentes fuentes y objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones (analítica de macrodatos). (p. 7)

Se puede observar que estas prácticas terminan generando patrones y perfiles conductuales que en muchos casos son dirigidos por inteligencia artificial y siendo utilizados con fines comerciales, políticos o de vigilancia, sin embargo, indirectamente atentan contra la privacidad de las personas, dado que almacenan gran cantidad de su información personal sin su debida autorización.

Existen una gran variedad de empresas en el mundo que usan este tipo de sistemas informáticos con diversos fines, ya sea desarrollo de productos, marketing, servicios, etc. Sin embargo, algunas recopilan información de forma ilegal e ilegítimamente, sin un previo consentimiento de los usuarios. Sobre esto, The Guardian (citado por González, 2023) nos da un caso paradigmático en donde la empresa Cambridge Analytica, en el año 2018, fue descubierta obteniendo ilícitamente datos de millones de usuarios de la red social Facebook sin su consentimiento. Demostrando en cómo estas empresas irrumpen en la privacidad de las personas, siendo una amenaza al derecho de autodeterminación informativa y al ejercicio pleno de los derechos digitales.

2. La biometría y el proyecto WorldID: Riesgos para la privacidad e identidad

La biometría digital en la actualidad representa una de las mayores amenazas sofisticadas y permanentes contra la protección de datos personales en la era digital contemporánea. Lacruz (2025) menciona que: «Se trata de la utilización de sistemas inteligentes que, a través de videocámaras, reconocen los rasgos faciales de las personas y, a partir de estos, la identidad de cada persona en particular» (p.11). Dicho de otro modo, esta tecnología convierte características únicas de las personas en identificadores digitales permanentes. No obstante, el peligro radica en que, a diferencia de otros tipos de información personal, estos datos (las huellas dactilares, el reconocimiento facial, el iris, y la voz) no pueden ser remplazados, puesto que son únicos e inmutables en la persona.

Del mismo modo, Lacruz (2025) también afirma que: «Los sistemas de reconocimiento de personas por sus datos biométricos son invasivos por sí mismos e impactan directamente en la protección de datos personales prescrita en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (p. 11). Siendo una afirmación crucial, puesto que evidencia cómo la biometría convierte rasgos físicos únicos en claves digitales permanentes que son imposibles de modificar. De esta manera, se expone a los usuarios que forman parte de estos sistemas a cualquier tipo de filtración, vigilancia masiva, suplantación de identidad e incluso discriminación algorítmica.

En el ámbito nacional peruano se puede evidenciar cómo las empresas desde hace un par de años han ido implementando este sistema de biometría. De acuerdo con EyNG (2025), el Perú desde el año 2023 ha crecido un 50 % en el uso de herramientas biométricas como el reconocimiento facial y la lectura de huellas dactilares. Este crecimiento, si bien representa un avance en eficiencia y seguridad para diversos servicios, también implica un nuevo frente de vulnerabilidad hacia la protección de datos personales.

La creciente implementación de tecnologías biométricas en el Perú y Latinoamérica refleja una clara tendencia hacia la digitalización de los procesos de verificación de identidad, tanto en el sector público como privado. Según Hernández (2023), en el Estudio de Innovación de Visa & Americas Market Intelligence 2022, el 70 % de las organizaciones en la región ya utilizaba biometría, predominando principalmente técnicas como el reconocimiento facial (63 %), la huella dactilar (43 %) y el reconocimiento de voz (12 %). No obstante, este avance, a pesar de ser prometedor en términos de eficiencia y seguridad, exige con urgencia el desarrollo e implementación de marcos regulatorios robustos que garanticen la protección efectiva de los datos personales.

Ahora bien, uno de los casos más controversiales que se han ido evidenciando en el Perú y el mundo con respecto a la biometría es el de la empresa Tools for Humanity, conocido como *WorldID* a nivel mundial. En el Perú, la empresa inició sus actividades en el año 2024 tras el lanzamiento del proyecto *WorldCoin.* (Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2024). Este sistema consiste en un escaneo facial y de iris de personas a través de un dispositivo llamado Orb a cambio de adquirir dinero en criptomonedas. Su funcionamiento consiste en la sincronización de este dispositivo al teléfono de las personas, brindando un código único por usuario y que nadie más posee. (Vera, 2024)

Asimismo, de acuerdo al Diario la República (2024), en la ciudad de Lima, Perú, esta empresa cuenta con alrededor de 6 sedes, ofreciendo el monto de 10 criptomonedas valoradas aproximadamente en doscientos nuevos soles a cambio de un escaneo de retina. También, se menciona que, en países como España, Portugal y Kenia, esta empresa ha sido vetada por los riesgos de seguridad y transparencia que conlleva. Sobre esto, Cenas (citado por el Diario la República, 2024), ingeniero de sistemas especializado en inteligencia artificial, menciona lo siguiente: «La principal preocupación radica en que lo que ofrece Worldcoin, que es una identidad única a nivel mundial. Sabemos que el iris es algo que no se puede homologar y que no podrías encontrar un iris idéntico al tuyo» (párr. 5). Además, señala que esto puede sobrellevar riesgos como suplantación de identidad y robo de cuentas bancarias.

La ausencia de transparencia y las fallas éticas en el proceso de consentimiento informado en proyectos como World ID representan una amenaza directa a la autodeterminación informativa y a la dignidad de las personas, especialmente cuando se trata de datos biométricos inmodificables como el escaneo del iris. Además, el creciente uso de estas tecnologías por parte de entidades privadas sin suficiente fiscalización puede derivar en una asimetría de poder, donde las perso-

nas terminan cediendo su identidad a cambio de servicios o beneficios, sin plena conciencia de las implicancias de esa cesión. Barona (2024) señala que:

> Las dudas éticas y de transparencia del consentimiento han llevado a cuestionar esta acción empresarial, que comporta la recopilación de datos biométricos sensibles, sin garantías respecto de un posible uso indebido y la protección de la información personal, amén del carácter irreversible del intercambio de datos a cambio de criptomonedas, aun cuando la empresa ha manifestado en diversos momentos que cualquier persona puede revocar el consentimiento sobre sus datos biométricos. (p.28)

Dando a entender que existe un gran riesgo estructural dentro de este sistema biométrico al transformar una necesidad económica en un contrato desigual, en donde la persona entrega datos de carácter muy sensible a cambio de una compensación, sin comprender realmente las consecuencias que podría traer. Barona (2024) también expresa su preocupación al constatar sobre casos de menores de edad que se han sometido a este proceso.

Un caso preocupante se presentó en Chile, donde un padre de familia presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra la empresa encargada del sistema biométrico WorldCoin, alegando que escanearon el iris de su hija menor de edad sin un consentimiento ni autorización de sus apoderados. La corte lo declaró admisible el recurso, aun así, rechazó la orden de no innovar, puesto que la empresa alegó que este sistema es más exacto que la huella dactilar y reconocimiento facial, no recopilando datos personales. Sin embargo, el medio de investigación periodístico CIPER pudo constatar que: «las personas que acceden al escaneo de su iris, se les solicita nombre, correo electrónico, número telefónico y cuenta bancaria». (De Marval, 2024, párr. 1). Este caso ocurrido en territorio chileno evidencia de forma concreta los riesgos que puede implicar la implementación de tecnologías biométricas en la recolección de datos sumamente sensibles sin los debidos estándares legales, técnicos y éticos.

Este tipo de situaciones no son aisladas. En diversas partes del mundo, especialmente en países de Latinoamérica, se viene cuestionando la falta de regulación específica con respecto a este tipo de tecnologías que recopilan datos personales (IA, Big Data, sistemas biométricos). La ausencia de legislación clara y el escaso control estatal sobre el tratamiento de esta información han facilitado la expansión de proyectos que comprometen la privacidad de millones de ciudadanos, muchas veces sin que estos comprendan el verdadero alcance de su consentimiento. En este escenario, es indispensable analizar cómo estos riesgos también se están manifestando dentro de las fronteras del Perú.

V. HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL: INTERNET, PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍAS FRENTE A LA ERA DIGITAL

En el marco constitucional del Perú, podemos decir que el reconocimiento del «acceso libre» a internet ha creado un vacío normativo que permite la proliferación de amenazas digitales como la inteligencia artificial, el Big Data y la biometría digital, las cuales operan sin control adecuado procesando masivamente datos personales y vulnerando derechos fundamentales. Estas tecnologías, que van desde manipulación y tratamiento excesivo de datos por parte de algoritmos de inteligencia artificial, hasta sistemas biométricos como WorldID que comercializan la identidad física, evidencian la urgente necesidad de que el Estado peruano desarrolle marcos regulatorios integrales que protejan efectivamente los datos personales y garanticen el ejercicio pleno de los derechos digitales en esta nueva era tecnológica. El Estado peruano tiene la obligación y el deber constitucional de establecer límites y de garantizar transparencia ante los vacíos legales existentes con respecto a la protección de datos personales que se vulneran al acceder a internet, conforme al artículo 14- A, artículo 2 inciso 6 de la Constitución y la Ley 29733 – Ley de Protección de Datos Personales.

Para ello, se hace necesario formular una serie de presupuestos constitucionales mínimos, desde los cuales el Estado pueda diseñar políticas públicas, normas jurídicas y mecanismos de control eficaces que garanticen el respeto a la privacidad, la autodeterminación informativa y el acceso libre y seguro a internet como verdaderas garantías fundamentales.

VI. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES PARA ENFRENTAR LA DEUDA CONSTITUCIONAL ANTE LA ERA DIGITAL

1. Presupuesto de interpretación integral del derecho al acceso a internet:

En primer lugar, como mencionamos anteriormente, existe la necesidad de una interpretación integral del derecho al acceso a internet «libre», el cual se encuentra reconocido en el artículo 14-A de la Constitución Política del Perú. Si bien la Ley 31878 (2023) lo incorporó como un derecho fundamental de toda persona dentro de nuestra carta madre, sigue permaneciendo una irregularidad dentro de su interpretación que exige comprender este derecho no solo como una prestación de conectividad, sino también como un derecho complejo en el que se necesita por parte del Estado dar garantías de calidad, seguridad y protección efectiva. Por otro lado, esta nueva y mejorada interpretación integral debe superar la visión de

un «acceso libre» para abarcar dimensiones también importantes como la culturización digital, la calidad del servicio, la protección frente a las nuevas amenazas digitales y el desarrollo de capacidades ciudadanas para el ejercicio pleno de este derecho en la era digital.

2. Presupuesto de integralidad y complementariedad con la protección de datos personales:

En la sociedad digital, para que una persona pueda ejercer efectivamente el derecho al acceso al internet es necesario que este derecho se encuentre conexo con el de protección de los datos personales o también llamado a la autodeterminación informativa. Ambos derechos están profundamente interconectados, puesto que inherentemente forman parte de un bloque digital de derechos fundamentales que debe ser reconocido por la Constitución Política del Perú. La conexión a internet implica, necesariamente, la exposición a plataformas, aplicaciones y servicios que recogen, procesan y analizan datos personales. Si el uso de internet no está acompañado de garantías mínimas sobre la privacidad, la seguridad y el control de la información personal, se configura una vulneración estructural de derechos. Esta complementariedad exige políticas públicas y marcos normativos articulados donde el internet no solo sea un vehículo de acceso, sino también un entorno regulado y seguro para el ciudadano digital.

3. Presupuesto de obligación estatal de garantía y protección

El Estado al garantizar el acceso libre al internet, tiene que la obligación positiva de dar medidas para su ejercicio seguro y protegido ante las nuevas amenazas digitales que abundan en la actualidad. Estas medidas van más allá de una provisión tecnológica a través de la inversión pública y privada del Estado tal como lo menciona el Articulo 14-A, sino que también implica el deber estatal de desarrollar marcos regulatorios preventivos y sancionadores que garanticen la protección de los ciudadanos al acceder a la red. En ese sentido, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea (Citado por Cotino-Hueso, 2019) sirve como un referente comparado, dado que promueve y apuesta por el uso de mecanismos preventivos y proactivos en vez de solo reactivos, de modo que la privacidad se integre desde el inicio de tratamiento de datos personales. Es decir, este reglamento invita a no esperar que ocurra una violación a la privacidad para que recién el Estado actúe. Desde el momento en el que se crea una página web, sistema, software o inteligencia artificial, ya se deben incluir medidas de privacidad. Dando a entender que no se trata solo de reparar

violaciones, sino de evitarlas estructuralmente mediante diseños tecnológicos que respeten los derechos digitales de las personas. De este modo, la reconstrucción constitucional peruana no puede limitarse a solo proclamar derechos digitales, sino que debe adoptar incorporar una cultura jurídica de prevención tecnológica, donde se pueda proteger con efectividad los derechos digitales de los usuarios al acceder libremente a internet.

4. Presupuesto de adaptación normativa ante las nuevas tecnologías

El reconocimiento constitucional del derecho al acceso al internet busca una adaptación normativa permanente que permita al ordenamiento jurídico responder de manera eficaz a los desafíos generados por el avance acelerado de las tecnologías digitales. Esta exigencia conlleva la implementación de marcos legales flexibles y actualizables que regulen fenómenos como los algoritmos, la inteligencia artificial, el Big Data, la biometría o los *deepfakes*, incluyendo estándares éticos y mecanismos técnicos manteniendo siempre como núcleo la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales en el entorno digital.

VII. CONCLUSIONES

En conclusión, el reconocimiento constitucional del derecho al acceso al internet en el Perú, si bien constituye un avance jurídico relevante, resulta insuficiente para garantizar su ejercicio real y efectivo. La incorporación del artículo 14-A a la Constitución y la promulgación de la Ley 31878 han dejado sin resolver aspectos esenciales como la calidad del servicio, la continuidad del acceso, la equidad territorial y la alfabetización digital. Esta omisión evidencia que no basta con el reconocimiento formal del derecho, sino que es necesario un enfoque operativo que asegure su aplicación plena en condiciones de igualdad. El Estado debe asumir un rol activo en la implementación de políticas públicas que cierren la brecha digital existente.

El acceso a internet no puede ser concebido como un derecho autónomo aislado, sino como parte de un bloque de derechos digitales interconectados, en el cual la protección de datos personales, la privacidad y la seguridad digital son condiciones necesarias para su ejercicio efectivo. La coexistencia de estos derechos exige una lectura integral e indivisible, donde el libre acceso a la red no signifique la exposición a riesgos estructurales. La omisión de garantías mínimas frente al tratamiento de datos genera una vulneración directa a la autodeterminación informativa. Por tanto, la construcción de un entorno digital justo demanda marcos normativos articulados que aborden esta interdependencia.

La expansión de tecnologías emergentes como la inteligencia artificial, el Big Data, los *deepfakes* y los sistemas biométricos ha generado nuevas amenazas a los derechos fundamentales que no han sido adecuadamente enfrentadas por el ordenamiento jurídico peruano. Estas herramientas, en manos de actores sin control, pueden vulnerar la intimidad, la identidad digital, el honor y hasta la seguridad personal de los ciudadanos. Frente a ello, el enfoque normativo no puede ser reactivo, sino preventivo. Se requiere una legislación anticipatoria y especializada que regule estas tecnologías con enfoque ético, técnico y de derechos humanos, garantizando protección efectiva en un entorno cada vez más automatizado.

La realidad digital exige una reconstrucción constitucional del ecosistema de derechos en el Perú que supere el enfoque declarativo actual y avance hacia un modelo que combine acceso libre, protección, actualización normativa y seguridad jurídica. Esta transformación debe basarse en cinco presupuestos esenciales: interpretación integral del derecho al internet, complementariedad con la protección de datos personales, deber estatal de garantía, adaptación normativa frente a la innovación tecnológica y equilibrio entre libertad digital y seguridad. Solo mediante este enfoque estructural será posible consolidar una ciudadanía digital plena, protegida y participativa, alineada con los principios constitucionales y los desafíos del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, J. V. (2024). *La protección de datos personales y su relación con los derechos digitales en la legislación peruana* [Tesis de pregrado] Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM. https://hdl.handle.net/20.500.12672/23685

Alva, G. W. (2023). *Reforma constitucional. Incorporan acceso a internet como derecho fundamental en Perú*. LP Derecho. https://lpderecho.pe/reforma-constitucional-incorporan-acceso-internet-derecho-fundamental-peru/

Andina. (2025). *Más del 50 % de empresas en Perú cuenta con una estrategia de transformación digital* [Nota de prensa]. Agencia Peruana de Noticias Andina. https://andina.pe/agencia/noticia-ac/noticia-mas-del-50-empresas-peru-cuenta-una-estrategia-transformacion-digital-1023167.aspx

Anzures, J. J. (2021). *Naturaleza jurídica y funciones del derecho humano a Internet*. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, 1(158), 521-552. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2020.158.15628

Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2024). *MINJUSDH supervisa la recopilación de datos personales por Worldcoin* [Nota de prensa]. Gobierno del Perú. https://www.gob.pe/institucion/anpd/noticias/965752-minjusdh-supervisa-la-recopilacion-de-datos-personales-por-worldcoin

Barona, S. (2024). *Tecnología biométrica y datos biométricos. Bondades y peligros. No todo vale*. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 21, 298-331. https://revista-aji.com/tecnologia-biometrica-y-datos-biometricos-bondades-y-peligros-no-todo-vale/

Buckley, O. (2023). *Inteligencia Artificial: el cada vez más frecuente uso de voces familiares clonadas para realizar estafas telefónicas (y cómo protegerse)*. *BBC News Mundo.* https://www.bbc.com/mundo/articles/cz9q41r80n4o

Consejo Constitucional Francés. (2009). *Décision N° 2009580 DC – Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* [Decisión]. *Journal officiel de la République française*. https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/decision/2009/2009580DC.htm

De Marval, V. (2024). *Datos personales a cambio de criptomonedas: padre presentó recurso porque escanearon el iris de su hija menor de edad. CIPER Chile.* https://www.ciperchile.cl/2024/03/22/datos-personales-a-cambio-de-criptomonedas-padre-presento-recurso-porque-escanearon-el-iris-de-su-hija-menor-de-edad/

Decreto Supremo N.º 0162024JUS (2024) – *Reglamento de la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales* [PDF]. *Diario El Peruano*. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/11/Decreto-Supremo-016-2024-JUS-LPDerecho.pdf

Fernandes, A., Fernández, D., Molero, D., & Pérez, M. Á. (2025). *Deepfakes: Riesgos, casos reales y desafíos en la era de la IA* [Informe]. Observatorio de Deepfake, ISMS Forum. https://www.ismsforum.es/ficheros/descargas/deepfake-final1742458135.pdf

Fernández, E. G. (2022). *Consideración del acceso a internet como un derecho humano: avances y perspectivas*. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 19(52), 117. https://doi.org/10.24215/25916386e117

González, M. (2023). *El lado oscuro del Big Data como un problema social*. *Serie Científica De La Universidad De Las Ciencias Informáticas*, 16(9), 1-27. https://publicaciones.uci.cu/index.php/serie/article/view/1421

Hernández, E. (2023). *Beneficios de la biometría digital para las empresas*. *AméricaEconomía*. https://www.americaeconomia.com/analisis-y-opinion/beneficios-de-la-biometria-digital-para-las-empresas

Cotino-Hueso, L. (2019). *Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica: enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho. Revista general de Derecho administrativo*, 50, 1-37.

Infobae. (2025). *Cae en Arequipa sujeto que creaba videos sexuales con IA: tenía más de 50 deepfakes de mujeres sin su consentimiento*. *Infobae Perú*. https://www.infobae.com/peru/2025/06/19/cae-en-arequipa-creador-de-pornografia-con-ia-tenia-mas-de-50-deepfakes-sexuales-de-mujeres/

La Rue, F. (2011). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/HRC/17/27)*. *Naciones Unidas*. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf

Lacruz, M. L. (2025). *Los sistemas inteligentes de identificación y reconocimiento biométrico y los derechos humanos. Revista Peruana De Derecho Constitucional*, (16), 69–102. https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/437

Mananí, M. F. (2023). *Derechos digitales de los grupos vulnerables en Perú: Un análisis integral* [Artículo]. *Chornancap. Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque*, 1(2), 1–20. https://doi.org/10.61542/rjch.45

Mendoza, M. (2023). *El cierre de la brecha no solo parte de la conectividad sino del desarrollo de capacidades – Dr. Erick Iriarte, CEO de eBIZ | Especial Ley de Acceso a Internet como Derecho*. *eBIZ.pe*. https://ebiz.pe/noticias/especial-sobre-la-ley-de-acceso-a-internet-como-derecho-erick-iriarte/

Miranda, H. (2016). *El acceso a Internet como derecho fundamental. Revista Jurídica IUS Doctrina*, 9(15). https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/27476

Monge, G. J. (2023). *Reforma constitucional: ¿qué significa que el acceso "libre" a internet sea un derecho fundamental? Echecopar.* https://www.echecopar.com.pe/publicaciones-reforma-constitucional-que-significa-que-el-acceso-libre-a-internet-sea-un-derecho-fundamental.html

Morales, A. (2020). *El impacto de la inteligencia artificial en la protección de datos personales*. *World Compliance Association.* https://www.worldcomplianceassociation.com/2767/articulo-el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-la-proteccin-de-datos-personales.html

Mubarak, L. (2020). *El Internet, el Big Data y el tratamiento de datos personales*. *Advocatus*, (036), 205-223. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4800

Olivos, M. (2018). *La protección de la privacidad como objeto de tutela en el ordenamiento jurídico peruano. IUS: Revista De investigación De La Facultad De Derecho*, 8(1), 47-67. https://doi.org/10.35383/ius.v1i1.38

Prince, Á. C. (2020). *El acceso a Internet como derecho fundamental: perspectivas internacionales. Revista Justicia & Derecho*, 3(1), 1–19. https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/456

Redacción Gestión. (2024). *Ciberdelincuentes utilizan deepfakes de figuras públicas para estafar a los usuarios* [Artículo de tecnología]. *Gestión.* https://gestion.pe/tecnologia/ciberdelincuentes-utilizan-deepfakes-de-figuras-publicas-para-estafar-a-los-usuarios-kaspersky-ciberseguridad-noticia/

Roel, L. A., Chocano, E. J., & Salazar, P. M. (2025). *Las nuevas tecnologías y el daño al derecho a la autodeterminación informativa y derechos conexos. La IA como una nueva amenaza para los derechos fundamentales*. *Revista Peruana De Derecho Constitucional*, (16), 159–191. https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/440

Torres, A. L. (2025). *El área gris de las denuncias contra el deepfake que también afecta a empresas en Perú*. *G de Gestión.*

Recibido: 11-12-2025
Aprobado: 23-01-2026

El deber de trabajar regulado en el artículo 22 de la constitución política del Perú de 1993: análisis y aplicación

The duty to work regulated in article 22 of the 1993 constitution of Perú: analysis and application

✍ Erick J. V. Tarazona Alatrista*

Resumen

El presente artículo analiza el alcance y la aplicación del artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993, que consagra el trabajo como un deber y un derecho. El objetivo principal es determinar la naturaleza jurídica y social de dicho precepto, a partir de una revisión conceptual de sus antecedentes constitucionales, de la legislación comparada y de la doctrina nacional e internacional. La metodología utilizada fue cualitativa, con un enfoque dogmático y comparativo, basada en el análisis de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias. Entre las principales conclusiones, se sostiene que el deber de trabajar carece de plena juridicidad y debe entenderse como un principio axiológico de carácter ético y social, cuya relevancia radica en orientar las políticas públicas hacia la promoción del empleo digno. Asimismo, se afirma que el derecho al trabajo constituye un derecho social fundamental que exige del Estado acciones concretas y progresivas para garantizar condiciones de vida adecuadas y el respeto a la dignidad humana.

* Abogado por la Universidad Privada del Norte y conciliador extrajudicial en Derecho Civil y Familia. Especialista en Derecho Laboral Empresarial por la Universidad San Ignacio de Loyola y con especialización en Derecho Constitucional. Código ORCID: 0009-0005-0881-6412. Correo electrónico: erickjv.tarazona@gmail.com

Palabras clave

Constitución de 1993; deber de trabajar; derecho al trabajo; derechos sociales; derecho constitucional laboral.

Abstract

This article analyzes the scope and application of Article 22 of the 1993 Constitution of Peru, which establishes work as both a duty and a right. The main objective is to determine the legal and social nature of this provision, based on a conceptual framework, its constitutional antecedents, comparative legislation, and national and international doctrine. The methodology applied was qualitative, with a dogmatic and comparative approach, relying on the analysis of normative, jurisprudential, and doctrinal sources. The main conclusions affirm that the duty to work lacks full juridical enforceability and should be understood as an axiological principle of ethical and social nature, whose importance lies in guiding public policies towards the promotion of decent employment. Likewise, it is argued that the right to work constitutes a fundamental social right that requires concrete and progressive actions from the State to guarantee adequate living conditions and respect for human dignity.

Keywords

1993 Constitution; duty to work; right to work; social rights; constitutional labor law.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** METODOLOGÍA. **III.** CONCEPTUALIZACIÓN. **IV.** ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES. **V.** LEGISLACIÓN COMPARADA. **VI.** LOS DERECHOS SOCIALES. **VII.** EL DEBER DE TRABAJAR EN LA REALIDAD PERUANA. **VIII.** RESULTADOS. **IX.** DISCUSIÓN. **X.** CONSIDERACIONES ÉTICAS Y LIMITACIONES. **XI.** CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce al trabajo como un deber y un derecho, así como la base del bienestar social y un medio de realización de la persona humana. Si bien esta formulación recoge una tradición constitucional y doctrinal relevante, su aplicación práctica ha generado tensiones interpretativas en el contexto peruano contemporáneo. En efecto, la coexistencia del denominado «deber de trabajar» con la prohibición del trabajo forzoso, la libertad de contratación y un modelo económico de mercado plantea interrogantes sobre su verdadera naturaleza jurídica.

La realidad problemática se manifiesta en que el Estado peruano no garantiza el acceso universal a un empleo digno, coexistiendo altos niveles de informalidad laboral y desempleo estructural, lo que impide materialmente exigir a los ciuda-

danos el cumplimiento de un supuesto deber jurídico de trabajar. Esta situación genera una disonancia entre el mandato constitucional y las condiciones reales de empleabilidad, debilitando la operatividad normativa del precepto.

En ese marco, el problema de investigación se formula del siguiente modo: ¿el deber de trabajar consagrado en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993 constituye una obligación jurídica exigible o debe entenderse como un principio axiológico de carácter ético-social?

La hipótesis sostiene que el deber de trabajar carece de juridicidad plena y no configura una obligación coercitiva, sino una norma constitucional de orientación ética y social que cumple una función programática dirigida principalmente al Estado, en tanto orienta el diseño de políticas públicas de empleo y bienestar social.

El objetivo general del artículo es analizar la naturaleza jurídica del deber de trabajar en el ordenamiento constitucional peruano, mientras que los objetivos específicos consisten en examinar sus antecedentes constitucionales, su tratamiento en el derecho comparado y su articulación con la teoría de los derechos sociales.

II. METODOLOGÍA

La investigación adopta un enfoque cualitativo, de carácter dogmático-jurídico y comparado. Se basa en el análisis sistemático de normas constitucionales, doctrina especializada y jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional peruano. No se emplean datos empíricos ni métodos cuantitativos, dado que el objeto de estudio se centra en la interpretación normativa y conceptual del deber de trabajar. Esta delimitación metodológica permite examinar el contenido jurídico del artículo 22 sin desnaturalizar su carácter constitucional.

III. CONCEPTUALIZACIÓN

El presente artículo versa sobre el análisis y la aplicación del precepto legal estipulado en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993, el cual reza lo siguiente: «El trabajo es un deber y un derecho […]» (Congreso Constituyente Democrático, 1993). En ese orden de ideas, es preciso iniciar disgregando y conceptualizando los términos legales contenidos en dicho texto constitucional.

En principio, es pertinente señalar que el término «trabajo» es definido por la Real Academia Española (RAE, 2025) como «acción y efecto de trabajar […]. Ocupación retribuida […]. Cosa que es resultado de la actividad humana […]. Esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición a capital».

Por su parte, el *Diccionario Jurídico Elemental* establece lo siguiente sobre el «trabajo»:

> [Es] el esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción u obtención de la riqueza. Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento. Ocupación de conveniencia social o individual, dentro de la licitud. Obra. Labor. Tarea. Faena. Empleo, puesto. destino. Cargo, oficio, profesión. (Cabanellas, 1993)

Dichos conceptos hacen reflexionar y concluir que el trabajo es una acción, actividad u ocupación dirigida por el esfuerzo humano con la finalidad de producir u obtener riqueza para la conveniencia social o individual.

En ese orden de ideas, debemos entender al término «deber» como «estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva […]. Tener obligación de corresponder a alguien en lo moral […]. Cumplir obligaciones nacidas de respeto, gratitud u otros motivos» (RAE, 2025). En ese mismo sentido, el *Diccionario Jurídico Elemental* lo determina así:

> […] JURIDICO. Necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano. El fundamento inmediato del deber jurídico se señala en el orden procedente de las relaciones naturales de la sociedad; y el remoto, como surgido de la sociabilidad. Se apoya asimismo en la ley positiva o en la natural, o en ambas a la vez. (Cabanellas, 1993)

Asimismo, la RAE define el término legal «derecho» de la siguiente forma:

> Justo, legítimo […]. Fundado, cierto, razonable […]. Facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida […]. Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella […]. Facultades y obligaciones que derivan del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. (RAE, 2025)

Por otro lado, el Diccionario Jurídico Elemental establece lo siguiente:

> Como repertorio sintético de sus acepciones más usadas indicaremos que derecho o Derecho, según los casos, significa: facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, salvo los límites del derecho ajeno, de la violencia de otro, de la imposibilidad física o de la prohibición legal. Potestad

> de hacer o exigir cuanto la ley o la autoridad establece a nuestro favor, o lo permitido por el dueño de una cosa […]. Privilegio, prerrogativa. Beneficio, ventaja, provecho exigibles o utilizables. (Cabanellas, 1993)

En síntesis, hasta este punto del texto del artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993, se puede comprender que el «trabajo» es un «deber» porque es una obligación natural, moral y/o positiva impulsada por el respeto o la gratitud impuesta por ley, pacto o decisión unilateral para el beneficio propio o ajeno. Asimismo, el «trabajo» es un «derecho» porque deviene en un acto justo, legítimo, cierto y razonable que conduce al ser humano a realizar una acción u omisión que lo dirija a los fines de su vida, pudiendo exigir lo que la ley o las autoridades establezcan a favor del mismo; actuando de acuerdo a su voluntad, respetando los límites del derecho ajeno, para buscar un beneficio, ventaja o provecho exigible o utilizable.

IV. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Habiendo conceptualizado el apartado pertinente del artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993, resulta pertinente recapitular los textos constitucionales precedentes que establecieron la importancia y relevancia del «deber de trabajar», para lo cual se hará mención de las Constituciones de 1920, 1933 y 1979.

4.1. Constitución para la República del Perú de 1920

La Constitución para la República del Perú de 1920 fue dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y fue promulgada el 18 de enero de 1920, en el segundo periodo presidencial de Augusto Bernandino Leguía y Salcedo (12 de octubre de 1919 al 25 de agosto de 1930).

Dicho texto constitucional no establecía un artículo específico que haga mención de que el trabajo es un deber y un derecho, así como la base del bienestar social y un medio para la realización de la persona humana, sino que, en su propio artículo 22 establecía lo siguiente: «no hay ni puede haber esclavos en la República. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución. La ley no reconoce pacto ni imposición alguna que prive de la libertad individual» (Asamblea Nacional, 1920).

Asimismo, su artículo 46 determinaba lo siguiente:

> La Nación garantiza la libertad de trabajo pudiendo ejerce libremente todo oficio, industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la

seguridad pública. La ley determinará las profesiones liberales que requieran título para su ejercicio, las condiciones para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Siendo que dicho apartado hace referencia a la libertad de trabajar, regulado en el inciso 15) del artículo 2 y en el artículo 23 de la actual Constitución Política del Perú de 1993.

4.2. Constitución Política del Perú de 1933

La Constitución Política del Perú de 1933 fue promulgada por el Congreso Constituyente el 29 de marzo de 1933, durante el gobierno de don Luis Miguel Sánchez Cerro en su mandato que duró del 8 de diciembre de 1931 al 30 de abril de 1933.

La Constitución Política del Perú de 1933 rigió formalmente hasta la promulgación de la Constitución de 1979, caracterizándose por la regulación de la cuestión de confianza en su artículo 174 (Hakansson, 2021).

En la Constitución de 1933, se hace mención a los derechos laborales a partir de sus artículos 42 al 46 y en su artículo 55, resumiendo dichos artículos en lo siguiente: 1) el Estado garantiza la libertad de trabajo mientras dichos oficios no se opongan a la moral, a la salud ni a la seguridad pública; 2) el Estado legisla sobre los contratos colectivos de trabajo; 3) está prohibido un contrato de trabajo que estipule cláusulas que restrinjan derechos civiles, políticos y sociales; 4) el Estado favorece un régimen en el que los trabajadores puedan percibir beneficios de las empresas y legislará sobre la defensa en general de los trabajadores; 5) el Estado regula la organización general y la seguridad en el trabajo industrial, especialmente respecto a la vida, la salud y la higiene, fijando condiciones máximas de trabajo, indemnizaciones por tiempo de servicios y accidentes y salarios mínimos, y 6) el Estado reconoce el derecho a que nadie puede ser obligado a prestar su trabajo sin su libre consentimiento y sin retribución alguna.

En razón de ello, tampoco se puede corroborar que la Constitución Política del Perú de 1933 cuente con un articulado que se asemeje al artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993, no estableciendo al trabajo como un deber y un derecho, así como la base del bienestar social y como un medio para la realización de la persona humana sujeta de derechos.

4.3. Constitución para la República del Perú de 1979

La Constitución para la República del Perú de 1979 fue promulgada por la Asamblea Constituyente el 12 de julio de 1979, durante el segundo gobierno de Fernando Belaúnde Terry (28 de julio de 1980 al 28 de julio de 1985), siendo considerada por diversos juristas como una constitución que «[…] reconoce al trabajo como hecho social y económico y al Derecho del Trabajo un rol de gran importancia dentro del Estado peruano y su ordenamiento jurídico y social» (Blancas, 1982).

Esta Constitución, a diferencia de sus predecesoras, no solo consagró de forma más detallada, amplia y variada los derechos laborales, sino que también desarrolló el ámbito social e individual del trabajo en su preámbulo, en donde establecía lo siguiente:

> […] el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional […]. Decididos asimismo a fundar un Estado democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, que garantice, a través de instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos, la independencia y la unidad de la República; la dignidad creadora del trabajo; la participación de todos en el disfrute de la riqueza […]. (Asamblea Constituyente, 1979)

En ese sentido, es pertinente acotar que con la promulgación de la Constitución de 1979 se tuvo presente el denominado «Paradigma del Estado Social», puesto que se dio mayor reconocimiento al derecho al trabajo, la jornada laboral, el derecho a sindicalizarse y hacer huelga, entre otros derechos sociales.

Al respecto, es pertinente acotar que la Constitución predecesora de nuestra actual Constitución cuenta con un capítulo dedicado al trabajo, siendo el capítulo V, el cual abarca desde los artículos 42 al 57, como base del derecho del trabajo general, y los artículos 58 al 63 como bases del servicio civil del Estado.

Una mención especial requiere los artículos 42 y 43, en los cuales, en síntesis, se determina lo siguiente:

> El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social […]. El trabajador tiene derecho a una remuneración justa que procure para él y su familia el bienestar material y el desarrollo espiritual. (Asamblea Constituyente, 1979)

De dichos apartados se puede comprender que el Estado determina al trabajo

como la fuente principal de la riqueza, siendo un derecho y deber para la sociedad. Asimismo, establece que es el Estado el que debe promover las condiciones propicias para la eliminación de la pobreza y el principio de igualdad, prohibiendo cualquier práctica o condición que impida el goce de los derechos constitucionales, entre ellos, a la dignidad. Finalmente, propone que la remuneración, como producto del trabajo, sirve para que el trabajador y su familia puedan vivir en bienestar material y en pro de su desarrollo espiritual.

V. LEGISLACIÓN COMPARADA

Habiendo tomado conocimiento sobre los antecedentes constitucionales de la actual Constitución Política de 1993 y teniendo claro el carácter social del derecho al trabajo que se ha enmarcado en su artículo 22, es pertinente realizar una revisión de las constituciones de Chile, México, Bolivia, España y Alemania, a fin de comparar los alcances y el estrato en el que se regula el derecho social al trabajo.

5.1. Constitución de la Nación Argentina

La Constitución de la Nación Argentina, promulgada con la Ley 24.430, originalmente de 1853, y reformada en los años 1860, 1866, 1898, 1957 y, finalmente, promulgada en el año 1994 por el Senado y Cámara de Diputados de Argentina, en sus artículos 14 y 14 bis establece lo siguiente:

> Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita […]. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 1995)

Al respecto, es evidente que la Constitución de Argentina determina, a modo de derecho fundamental, tal como establece el artículo 2 de nuestra Constitución peruana, que todo habitante de la nación goza de, entre otros, el derecho de trabajar, el mismo que asegura condiciones dignas y equitativas de labores para sus ciudadanos.

5.2. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009, en su preámbulo establece que Bolivia se caracteriza por ser un Estado que se basa en el respeto e igualdad entre sus ciudadanos y con acceso, entre otros, al trabajo.

Asimismo, en el numeral 5) de su artículo 9 se establece que el Estado debe garantizar, entre otros, el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo. En ese mismo orden de ideas, en la Sección III de dicho texto constitucional denominado «Derecho al trabajo y al empleo», se determina lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna. 2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias. (Congreso Nacional, 2009)

Por otro lado, el artículo 54 de dicha carta magna establece que el Estado debe implementar políticas de empleo que eviten la desocupación y la subocupación, a fin de crear, mantener y generar condiciones propicias para que los trabajadores tengan posibilidades de realizar una labor digna con remuneración justa. Asimismo, el artículo 338 de su Constitución tiene similitud con lo que se establece en el artículo 22 de la Constitución Política peruana, estableciendo lo siguiente: «El Estado reconoce el valor económico del trabajo del hogar como fuente de riqueza y deberá cuantificarse en las cuentas públicas». Texto que eleva el derecho social al trabajo y le brinda un valor social con el fin de proporcionar bienestar a los ciudadanos.

5.3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue promulgada el 5 de febrero de 1917 en la ciudad de Querétaro, reemplazando a su Constitución de 1857, la misma que se caracteriza por incluir los denominados «derechos sociales», siendo ejemplo de ello la extensa regulación de los derechos laborales de su artículo 123.

En ese mismo orden de ideas, de la revisión de su texto constitucional se puede observar que en su artículo 5 se establece lo siguiente*:* «A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos» (Poder Ejecutivo de la Secretaría de Gobernación, 1917). Hecho que determina al derecho social al trabajo como indispensable para los ciudadanos mexicanos, no siendo pasible de impedimento mientras se trate de labores lícitas.

Por otro lado, en dicho articulado también se hace mención de que el contrato de trabajo solo obligará a los ciudadanos mexicanos a prestar servicios por el tiempo que fije la ley, buscando salvaguardar los derechos políticos o civiles de los mismos. Pasando al citado artículo 123 del título sexto denominado «Del Trabajo y de la Previsión Social», el mismo establece que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; promoviendo la creación de empleos y la organización social del trabajo.

5.4. Constitución del Reino de España

La Constitución del Reino de España entró en vigor el 29 de diciembre de 1978, la misma que fue «aprobada por las Cortes Generales en sesiones plenarias del Congreso de Diputados y del Senado del 31.10.1978, ratificada por el pueblo español en referéndum del 06.12.1978 y sancionada por S.M. el Rey ante las Cortes el 27.12.1978» (Senado de España, 2024).

En su artículo 35 se establece el deber de todo ciudadano de trabajar y el derecho al trabajo y, entre otros, a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de sus familiares; al respecto, es pertinente acotar que esta Constitución realiza una demarcada diferencia entre el *deber de trabajar* y el *derecho al trabajo*, lo cual analizaremos más adelante.

Un dato adicional se encuentra en el artículo 149 de la citada carta magna, en el que se establece que el Estado español tiene competencia exclusiva sobre, entre otros aspectos, la legislación laboral.

VI. LOS DERECHOS SOCIALES

Habiendo conceptualizado los preceptos legales del artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993 y realizado un vistazo histórico y comparado de su regulación, es pertinente determinar que el deber de trabajar y el derecho al trabajo constituyen un derecho social, por lo que corresponde hacer mención respecto del mismo.

Los derechos sociales comparten similitudes con los «derechos subjetivos», los cuales son el producto de un proceso de cuestionamiento y crítica del pensamiento jurídico, muy relacionados con la concepción iusnaturalista de los derechos, es decir, lo que se puede denominar «como derechos subjetivos […] a su vez, adoptar la modalidad de derechos morales, humanos, fundamentales o legales, dependiendo de las decisiones políticas y de doctrina jurídica imperante en cada sistema jurídico» (Arango, 2015).

El jurista Jaime Rodríguez-Arana determinó que los derechos sociales son derechos fundamentales que, para su efectivización, requieren de una acción positiva del Estado —es decir que es necesaria la acción del Estado—. Asimismo, también se puede decir que los derechos sociales son de titularidad personal que protegen la dignidad y las condiciones de vida mínimas de las personas. En ese orden de ideas, el citado jurista señala lo siguiente:

> En la teoría de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), los derechos sociales fundamentales serían aquéllos que precisan acciones positivas de los poderes públicos para garantizar una vida digna de la condición humana. Existen unos derechos sociales fundamentales mínimos, que sirven de presupuesto para la progresión y promoción de estos derechos en el bien, en el entendido de que en esta materia rige el criterio de la prohibición de la regresión salvo en casos muy excepcionales, a los que debe acompañar una serie de rigurosos y exigentes requisitos que ciertamente es muy difícil que se puedan acreditar (Rodríguez-Arana, 2020).

Bajo dichas concepciones, se puede entender que los derechos sociales son derechos subjetivos de prestación positiva fáctica del Estado, es decir, son derechos que «[…] no requieren de la expedición de una normatividad que enmarque el hacer positivo del obligado» (Arango, 2015), siendo que corresponde al Estado satisfacer las necesidades sociales de quienes no pueden acceder al efectivo disfrute de sus derechos sociales.

Un claro ejemplo recae en la Corte Constitucional de Colombia, la cual realizó lo siguiente:

> […] reconoció en 1992 un derecho fundamental innominado al mínimo vital a un anciano sin ingresos y ordenó al Estado resolver en 48 horas sobre su solicitud de reconocimiento de una pensión. Los magistrados consideraron que a la luz de los derechos y principios constitucionales toda persona tiene un derecho a la subsistencia que implica el aseguramiento de las condiciones materiales mínimas que le permitan llevar una existencia digna […]. Bien se puede afirmar que el derecho fundamental al mínimo existencial o vital equivale a los derechos sociales fundamentales mínimos. (Arango, 2015)

En tal sentido, los derechos sociales, a través de los tiempos, han sido considerados como una mera aspiración del «querer ser», siendo que, en la actualidad, se reconocen los mismos como prestaciones positivas fácticas del Estado mismo, entre los que se encuentran: 1) la alimentación; 2) la salud; 3) la educación; 4) la vivienda; 5) la seguridad social; y, lo que atañe al presente artículo, 6) el trabajo.

Antaño, los derechos sociales eran identificados «[…] con demandas que, mediante luchas políticas y sociales, podían lograr el status de derechos legales de grupos particulares, como en el caso de los trabajadores asalariados» (Arango, 2015). Posteriormente, en el sigo XX su naturaleza y características hicieron que estos requirieran de normas jurídicas que les brindaran obligatoriedad más que la de exigirlos ante los jueces mediante demandas judiciales.

Hoy en día, por el contrario, los mismos han sido reconocidos en las cartas magnas de los Estados, lo cual les brinda el *status* de derecho fundamental o constitucional. Asimismo, se les ha reconocido en diversos instrumentos de índole internacional, como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, a nivel regional, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica.

Una comparación interesante se manifiesta en el siguiente precepto citado por Carlos M. Herrera, quien señala lo siguiente: «[…] mientras los derechos imprescriptibles del hombre son erigidos en fundamento de la Constitución los derechos sociales pasan a garantizar el equilibrio social y son asociados desde su origen a una condición objetiva, la pobreza» (Arango, 2015).

El caso peruano es relevante e interesante de comentar, puesto que el Estado peruano fue parte de los Estados latinoamericanos que elevaron los derechos sociales a un *status* constitucional equivalente al derecho a la libertad, siendo nuestra actual Constitución de 1993 la que brindó una naturaleza dual a dichos derechos, siendo, en primera instancia, derechos sociales universales, y, en segunda instancia, «los titulares de prestaciones legales son los miembros de la sociedad nacional, lo que excluye a los extraños o a los que pueden satisfacer ellos mismos sus necesidades» (Arango, 2015).

Respecto a la clasificación de los derechos sociales, podemos referirnos a una división de cuatro tipos, entre los que se encuentran los siguientes: 1) derechos de subsistencia; 2) derechos económicos; 3) derechos sociales, y 4) derechos culturales. Cabe precisar que la materia que nos atañe, es decir, el derecho al trabajo, se encuentra en la división 2, relacionado con los derechos económicos.

En cuanto a la estructura de los derechos sociales, se comprende que los mismos cuentan con tres elementos esenciales: 1) titular del derecho; 2) sujetos obligados, y 3) objetivo del derecho o prestación. Sobre la titularidad, la misma recae en la persona natural o individual, quien es el destinatario directo de la alimentación, salud, vivienda, seguridad social, educación y, principalmente, el trabajo. Los sujetos obligados pueden ser las personas particulares, como, por ejemplo, el

empleador, o el Estado en el caso del trabajo que demanda el pago de sus beneficios sociales. Por último, el objeto del derecho o la prestación, como se comentó en los párrafos precedentes, son las prestaciones positivas fácticas del Estado.

Es menester determinar que el Estado peruano, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha determinado y conceptualizado a los derechos sociales en diversos pronunciamientos, para lo cual pasaremos a comentar algunos de ellos:

i) Pleno Sentencia 738/2021, Exp. 01146-2021-AA/TC, en la que el Tribunal Constitucional manifiesta que los derechos sociales han sido reconocidos como auténticos derechos fundamentales. Asimismo, determina lo siguiente:

> En ese sentido, ha sostenido que los derechos fundamentales sociales no constituyen meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se había señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en su reconocimiento en forma conjunta e interdependiente. (Tribunal Constitucional, 2021)

Asimismo, los derechos sociales se encuentran dentro de la obligación del Estado de proveer los recursos requeridos para que se haga efectivo su ejercicio del principio–derecho a la dignidad de la persona humana, así como la satisfacción de las necesidades mínimas para su bienestar bajo estándares de acciones concretas, permanentes y con plazos razonables por parte del Estado.

ii) Pleno Sentencia 171/2021, Exp. 01513-2017-PA/TC, del Tribunal Constitucional, respecto al fundamento del voto del magistrado Miranda Canales, quien manifestó correctamente lo siguiente:

> Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción «derechos sociales» tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales. (Tribunal Constitucional, 2021)

> En dicho pronunciamiento, el magistrado Miranda Canales manifiesta que los derechos sociales se diferencian de los derechos civiles por cuanto estos últimos son exigibles en procesos judiciales, mientras que los derechos sociales responden a prestaciones positivas por parte del Estado. En el caso en concreto, se puede establecer, entre otros aspectos, que los derechos sociales tienen un carácter prestacional sin perder autonomía, ámbito en donde se encuentra el derecho a la libertad de trabajo.

Una similitud entre los derechos civiles y los derechos sociales es que tanto los primeros como los segundos comprenden un conjunto de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado, es decir, abstenerse de actuar de cierta manera, no habiendo mucha diferencia estructural entre ambos.

Una característica de los derechos sociales radica en tener un carácter jurídico abierto; como el derecho al trabajo, los mismos no pueden ser considerados como «derechos en blanco», lo cual significa que el constituyente ha planteado cierto grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional.

Una conclusión a la que se puede llegar en el presente apartado es que los derechos sociales no son metas políticas ni principios rectores de políticas de Estado, sino que son derechos subjetivos exigibles y aplicables ante los tribunales de justicia en caso de vulneraciones a los mismos, los cuales deben ser obligatoriamente reparados antes dichos tribunales.

VII. EL DEBER DE TRABAJAR Y EL DERECHO AL TRABAJO EN LA REALIDAD PERUANA

En el presente apartado haremos énfasis en la primera oración del artículo 22 de nuestra Constitución Política, es decir, cuando establece «el trabajo es un deber y un derecho»; al respecto, es pertinente hablar sobre el deber de trabajar, el cual puede entenderse como «la obligación de realizar una actividad productiva regularizada» (Vigo, 2023).

En ese sentido, debemos entender, en primera instancia, que, como se manifestó en la conceptualización de este artículo, el «trabajo» puede abarcar cualquier género de actividad que incluya las labores meramente contemplativas. Por otro lado, el término «deber» presenta una pequeña incongruencia al «exigir un deber para cuyo cumplimiento el Estado no ofrece ninguna garantía» (Vigo, 2023). Es en dichos párrafos en los que se puede detectar cierta incongruencia respecto al derecho constitucional al trabajo.

A efectos de explicar lo anteriormente manifestado con mayor claridad, se debe comprender que dicha incongruencia se hace manifiesta al colisionar el «deber de trabajar» con la libertad de contratación regulada en el inciso 14) del artículo 2 y en el artículo 62 de nuestra Constitución, puesto que dichos dispositivos constitucionales garantizan que las partes (traslado al ámbito laboral, hablemos de empleador-trabajador) puedan pactar válidamente dentro de la legalidad; en otras palabras, el Estado es incapaz de alcanzar la plena ocupación de las personas en un contexto social de libre mercado en donde existe la libertad de contratar.

El jurista español Vigo (2023) manifiesta curiosamente lo siguiente:

> El Estado no posee el derecho subjetivo de exigir a los ciudadanos españoles que acaten el deber de trabajar, no pudiendo en consecuencia sancionar a aquellos que no lo cumplan. Por todos estos motivos entiendo que ese deber no puede ser calificado como un deber jurídico, debiendo ser por contraposición un deber pura y simplemente moral, como estima la doctrina. (p. x)

En tal sentido, se plantea la interrogante al determinar que dicho apartado constitucional hace referencia a una imposibilidad de determinar la conducta exigida por el «deber». Sin perjuicio de ello, es pertinente buscar un significado o la interpretación que buscó el legislador al determinar dicho apartado constitucional.

Es claro que su inspiración proviene del artículo 35 de la Constitución española, como se mencionó en el apartado correspondiente, siendo que la misma se fundamenta en el carácter ético de dicho deber como un compromiso social con el bienestar y el progreso de la comunidad. Al respecto, se puede afirmar que «[…] quizás fue Durkheim el que abordó esta idea con mayor rigor analítico cuando afirmó que "lo que da el valor moral a la división del trabajo"»; es decir que es la misma sociedad y las cargas personales, familiares, entre otras, las que empujan al ciudadano a laborar en base al orden moral y en pro del beneficio de la colectividad.

Obviamente, cuando hablamos del «deber de trabajar» no nos referimos al trabajo forzoso, lo cual queda expresamente prohibido en el inciso 15) del artículo 2 y en el artículo 23 de nuestra Constitución Política del Perú, sino de una obligación de «desempeñar una actividad o una función que concurra al progreso material y espiritual de la sociedad» (Alarcón, 1979).

Hoy en día, los juristas nacionales e internacionales, hasta cierto punto, niegan la juridicidad del «deber de trabajar», puesto que, como se mencionó en los párrafos precedentes, su aplicación tiene una naturaleza más «moral» que de «obligación jurídica», dado que «esta última solamente sería concebible en un

sistema de economía colectivizada o, al menos, en un régimen en el cual la clase trabajadora ocupara una posición hegemónica» (Alarcón, 1979). Ello se manifestó en la realidad en la Constitución francesa de 1848, la cual, en su preámbulo VII, declaró lo siguiente: «VII. - Los ciudadanos […] deben asegurarse, mediante el trabajo, los medios de subsistencia […]» (Asamblea Nacional, 1848).

Algunas constituciones y documentos constitucionales emitidos en la historia han hecho referencia al «deber de trabajar»; un claro ejemplo fue en el III Congreso Panruso de los Soviets del 10 de julio de 1918, el cual, en el párrafo f) de su artículo 3, estableció que, para suprimir los elementos «parasitarios» de la sociedad y organizar la vida económica, queda establecido el trabajo general obligatorio.

Otra constitución que hizo mención del «deber de trabajar» en la historia fue la Constitución del Imperio (Reich) alemán del 11 de agosto de 1919, la cual, en su artículo 163, manifiesta lo siguiente:

> Todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad y sin perjuicio de su libertad personal. A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le puedan ofrecer ocasiones adecuadas de trabajo, se atenderá a su necesario sustento. Leyes especiales del Imperio dictarán las disposiciones complementarias.

Dicha Constitución, también conocida como la Constitución de Weimar, manifiesta el «deber de trabajar» como un imperativo jurídico en la sociedad alemana, siendo que, incluso, se le proporciona la posibilidad de ganarse su sustento mediante el trabajo y que, cuando no se le pueda brindar dicha posibilidad, se deberán de atender sus necesidades básicas.

En relación con lo anteriormente manifestado, es pertinente hacer una última comparativa constitucional con la Constitución de la desaparecida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas del 7 de octubre de 1977, la cual, en su artículo 60, establece lo siguiente:

> Es deber y cuestión de honor para todo ciudadano de la URSS apto trabajar honestamente en la esfera de actividad que haya elegido, útil para la sociedad, y respetar la disciplina laboral. Eludir el trabajo socialmente útil es incompatible con los principios de la sociedad socialista. (Soviet Supremo, 1977)

En esta ocasión, la cuestión se centra en un nivel más principista, filosófico o moral que jurídico.

Los fundamentos precitados realzan la duda de si es posible o no brindarle fuerza jurídica al «deber de trabajar» en el contexto real de la sociedad peruana; en ese marco, autores como Mancini dejan en claro que el «deber de trabajar» es una norma jurídica imperfecta en el sentido técnico-terminológico; por lo tanto, es más sencillo y menos engorroso reconducir el «deber de trabajar» al ámbito jurídico propio que viabilice su operatividad y aplicación, es decir, al principio de solidaridad social, el cual se aplica mediante el anuncio de «prohibición de vivir de la explotación del trabajo ajeno» (Alarcón, 1979). En ese sentido, es importante citar al jurista Alarcón (1979), quien culmina su artículo «Derecho al Trabajo y deber de trabajar» con la siguiente afirmación: «Por último, aceptar acríticamente las valoraciones al uso sobre lo que debe entenderse por "actividad socialmente útil" como base del deber de trabajar, no parece la actitud más recomendable si se desea mantener un mínimo margen de libertad analítica».

En ese orden de ideas, es interesante mencionar que, respecto del «deber de trabajar», se ha calificado como un texto «jurídicamente irrelevante» o simplemente «absurdo», fundamentando dichas expresiones en cuatro razones:

i) La terminología usada es imprecisa por la literalidad, lo cual lleva a vaguedades aplicativas, como, por ejemplo, que los voluntariados o los responsables de tareas domésticas estarían incumpliendo dicho apartado constitucional; y, por otro lado, también crea la falsa premisa de que toda actividad puede ser considerada trabajo, incluso la puramente contemplativa.

ii) Asimismo, la ausencia de mecanismos de exigibilidad revela la naturaleza más declarativa que normativa del precepto. En efecto, no existe en nuestro ordenamiento jurídico peruano una sanción para el incumplimiento del deber de trabajar ni, por el contrario, una vía institucional que obligue a los ciudadanos a incorporarse a la actividad productiva. Ello confirma la tesis de que dicho deber carece de operatividad jurídica, reforzando su ubicación en el plano de la moral social.

iii) Otra crítica relevante se centra en la contradicción estructural que genera la convivencia del deber de trabajar con la prohibición del trabajo forzoso. Si bien el deber es enunciado como principio rector, su imposibilidad de aplicación coercitiva evita que el Estado pueda imponerlo sin vulnerar derechos fundamentales como la libertad personal, lo cual configura una tensión constitucional que limita cualquier intento de positivización del precepto.

iv) Finalmente, debe destacarse la desarticulación entre la norma constitucional y la realidad socioeconómica peruana. En un país con altos índices de informalidad laboral, desempleo y subempleo, exigir la existencia de un deber jurídico de trabajar resulta inviable, en la medida en que el propio Estado no

garantiza el acceso universal a un empleo digno. Pretender su cumplimiento equivaldría a imponer una carga desproporcionada sobre el ciudadano sin otorgarle los medios necesarios para satisfacerla.

De esta manera, las críticas antes descritas nos conducen a aceptar que el «deber de trabajar» en el marco de la Constitución peruana de 1993 no puede interpretarse como una obligación jurídica estricta, sino como una directriz axiológica orientada a resaltar la dimensión social y ética del trabajo. Tal como señala García Toma (2018), «muchas cláusulas constitucionales cumplen una función simbólica, expresando aspiraciones colectivas más que mandatos jurídicos efectivos» (p. x).

En conclusión, el análisis comparado y la revisión doctrinal permiten afirmar que el deber de trabajar debe entenderse en el Perú como una norma programática de carácter ético-político que busca reforzar el valor del trabajo como medio de integración social y de solidaridad colectiva, pero que carece de fuerza coercitiva en un modelo constitucional que consagra la libertad contractual y la prohibición del trabajo forzoso. Su verdadera relevancia radica, por tanto, en orientar las políticas públicas hacia la generación de empleo digno y formal, evitando que dicho enunciado quede como una simple declaración retórica. En última instancia, el desafío consiste en traducir ese deber moral en compromisos estatales concretos que garanticen el pleno ejercicio del derecho al trabajo, única vía para dotar de contenido real al artículo 22 de la Constitución.

VIII. RESULTADOS

A partir del análisis desarrollado en el cuerpo del artículo, se identifican los siguientes hallazgos interpretativos:

- Primero, el deber de trabajar carece de mecanismos de exigibilidad jurídica en el ordenamiento peruano, lo que impide calificarlo como una obligación legal en sentido estricto.
- Segundo, su coexistencia con la prohibición del trabajo forzoso y la libertad personal genera una incompatibilidad estructural que refuerza su carácter no coercitivo.
- Tercero, la jurisprudencia constitucional ha consolidado el derecho al trabajo como derecho fundamental, pero no ha reconocido el deber de trabajar como mandato exigible al ciudadano.

Dado el carácter dogmático del estudio, estos resultados deben entenderse como conclusiones interpretativas, no empíricas, lo que constituye una limitación metodológica explícita.

IX. DISCUSIÓN

Los resultados obtenidos confirman la posición mayoritaria de la doctrina comparada, la cual concibe el deber de trabajar como una cláusula axiológica más que como una obligación jurídica. En consonancia con Alarcón (1979) y Arango (2015), el deber de trabajar solo adquiere sentido en tanto se articula con el principio de solidaridad social y con la obligación estatal de promover condiciones materiales para el empleo digno.

Asimismo, el análisis evidencia que el aporte del artículo trasciende la descripción normativa al problematizar la distancia entre el texto constitucional y la realidad socioeconómica peruana. Futuras investigaciones podrían incorporar estudios empíricos sobre políticas públicas de empleo o análisis jurisprudenciales específicos sobre la exigibilidad indirecta del derecho al trabajo.

X. CONSIDERACIONES ÉTICAS Y LIMITACIONES

La investigación no involucra sujetos humanos ni datos sensibles, por lo que no presenta riesgos éticos directos. No obstante, se reconoce un posible sesgo interpretativo derivado del enfoque dogmático y la ausencia de contrastación empírica. Esta limitación no invalida el estudio, pero delimita su alcance a un plano estrictamente jurídico-constitucional.

XI. CONCLUSIONES

1. El análisis terminológico demuestra que el trabajo, en tanto deber y derecho, posee una naturaleza dual: se trata de una obligación moral y social orientada al bienestar colectivo, y a la vez de una facultad jurídica que garantiza a cada individuo el acceso a un medio de subsistencia digno.
2. La conjunción conceptual de «deber» y «derecho» en el artículo 22 revela la intención del constituyente de vincular el desarrollo personal con la responsabilidad social, aunque esta relación no siempre se traduzca en una exigibilidad jurídica plena.
3. La evolución constitucional peruana muestra una transición desde la simple prohibición del trabajo forzoso (1920 y 1933) hacia un reconocimiento explícito del trabajo como base del bienestar y de la dignidad humana (1979), lo que evidencia la consolidación de la noción del trabajo como derecho social fundamental.
4. El antecedente inmediato de 1979 constituye un punto de quiebre, pues introdujo de manera expresa el paradigma del Estado social, sentando las

bases para que la Constitución de 1993 mantuviera la fórmula de «derecho y deber» del trabajo, aunque en un contexto de mayor liberalización económica.

5. El análisis comparado revela que, mientras constituciones como la española (1978) y la boliviana (2009) conciben el trabajo como deber y derecho con implicaciones éticas y sociales, otras como la mexicana (1917) y la argentina (1994) han reforzado principalmente su dimensión como derecho exigible frente al Estado y los empleadores.

6. La comparación permite concluir que el modelo peruano se ubica en un punto intermedio, donde se reconoce el deber como principio rector, pero sin establecer mecanismos de coerción ni de garantía estatal suficiente para su cumplimiento efectivo.

7. Los derechos sociales, entre ellos el trabajo, requieren de una acción positiva del Estado para su efectividad, constituyendo derechos prestacionales cuya vigencia no puede quedar reducida a simples declaraciones programáticas.

8. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha reforzado la idea de que los derechos sociales poseen rango fundamental, de modo que el derecho al trabajo debe ser protegido judicialmente en tanto elemento indispensable para asegurar la dignidad humana y la igualdad material.

9. En el contexto peruano, el deber de trabajar carece de juridicidad plena y debe ser entendido más como un principio ético y social que como una obligación legal exigible, especialmente ante la ausencia de mecanismos estatales que garanticen el pleno empleo.

10. La verdadera operatividad del deber de trabajar se encuentra en su conexión con el principio de solidaridad social, orientando las políticas públicas hacia la generación de empleo digno y la erradicación de la informalidad, más que en su aplicación directa como mandato jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón, M. R. (1979). *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*. Universidad de Sevilla.

Arango, R. (2015). Derechos sociales. En J. L. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. II) (pp. 16177-1712). Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Asamblea Constituyente. (12 de julio de 1979). *Constitución para la República del Perú de 1979*. Asamblea Constituyente.

Asamblea Nacional. (4 de noviembre de 1848). *Constitución francesa de 1848*. Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (10 de enero de 1920). *Constitución para la República del Perú*. Asamblea Nacional de 1919.

Blancas, C. (1982). *La Constitución de 1979 y el derecho del trabajo*. Derecho PUCP.

Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta S.R.L.

Congreso Constituyente Democrático. (29 de diciembre de 1993). *Constitución Política del Perú de 1993*. Comisión de Constitución y Reglamento.

Congreso Nacional. (7 de febrero de 2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Nuestra Señora de La Paz.

Garcia, V. (2018). *Derecho constitucional económico*. Palestra Editores.

Hakansson, C. (2021). *Las constituciones peruanas, sus periodos históricos e inmaduras reformas a la carta de 1993*. Mercurio Peruano.

Poder Ejecutivo de la Secretaría de Gobernación. (5 de febrero de 1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Congreso Constituyente.

Real Academia Española (RAE). (2025). *Diccionario de la Real Academia Española*. https://dle.rae.es/trabajo

Rodríguez-Arana, J. (2020). Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales. En *Derecho administrativo*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo.

Senado de España. (19 de febrero de 2024). *Constitución española*. Senado.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (1995). *Constitución de la Nación Argentina. Ley 24.430*. Convención Nacional Constituyente.

Soviet Supremo. (7 de octubre de 1977). *Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*. Séptima Sesión extraordinaria de la Novena Legislatura.

Tribunal Constitucional. (26 de enero de 2021). *Pleno. Sentencia 171/2021. Exp. 01513-2017-PA/TC*. Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional. (1 de julio de 2021). *Pleno. Sentencia 738/2021. Exp. 01146-2021-AA/TC*. Tribunal Constitucional.

Vigo, F. (2023). *La conducta exigida por el deber constitucional de trabajar.* Revista de Estudios Europeos.

Recibido: 28-08-2025
Aprobado: 20-01-2026

Arbitrajes por mandato legal o por acuerdo arbitral presunto: «¿A la fuerza ahorcan?»

Arbitrations by legal mandate or by presumed arbitration agreement: "Is it a case of force?"

✍ Álvaro Castellanos Howell*

Resumen

Este ensayo explora el papel del Estado de Guatemala en cuanto al régimen económico y social, con un enfoque específico en el artículo 119 de la Constitución, que obliga al Estado a crear condiciones para promover la inversión extranjera y nacional. Se analiza cómo el arbitraje, como mecanismo de resolución de disputas, puede contribuir al cumplimiento de estas obligaciones constitucionales. El ensayo se centra en dos sentencias de la Corte de Constitucionalidad que muestran cómo se puede fomentar el arbitraje en Guatemala: la Corte apoya el uso del arbitraje cuando se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, pero rechaza su imposición legal sin consentimiento. Se proponen formas de ampliar la materia arbitrable en Guatemala, como reformas legislativas y la promoción de tratados internacionales, siempre respetando los principios constitucionales y la autonomía de la voluntad de las partes. En conclusión, el ensayo sugiere que el arbitraje es valioso para la inversión y el comercio, pero su promoción debe realizarse sin coerción, garantizando la protección de los derechos fundamentales y la libertad contractual.

* Abogado por la Universidad Rafael Landívar/Columbia University. Profesor de las Cátedras de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, y de Deontología Jurídica, Universidad del Istmo, Guatemala. Código ORCID: 0009-0003-0097-4358. Correo electrónico: acastellanos@consortiumlegal.com

Palabras clave

autonomía de la voluntad; acceso a la justicia; libertad contractual; materia arbitrable; precedente constitucional.

Abstract

This essay examines the role of the Guatemalan State with respect to the economic and social regime, focusing specifically on Article 119 of the Constitution, which obligates the State to create conditions that promote both foreign and domestic investment. It analyzes how arbitration, as a dispute resolution mechanism, can contribute to the fulfillment of these constitutional obligations. The essay focuses on two rulings by the Constitutional Court that illustrate how arbitration can be encouraged in Guatemala: the Court supports the use of arbitration when it is grounded in the parties' freedom to contract, while rejecting its legal imposition absent consent. Some avenues for expanding the scope of arbitrable matters in Guatemala are proposed, including legislative reforms and the promotion of international treaties, all while upholding constitutional principles and respecting the parties' contractual autonomy. In conclusion, the essay argues that arbitration is a valuable tool for investment and trade, but that its promotion must proceed without coercion, ensuring the protection of fundamental rights and freedom of contract.

Keywords

party autonomy; access to justice; freedom of contract; arbitrability; constitutional precedent.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. **II.** RÉGIMEN ECONÓMICO Y SOCIAL GUATEMALTECO. **III.** ¿SON IMPORTANTES LOS PRECEDENTES EN GUATEMALA? **IV.** SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 387-2010, DE FECHA 7 DE JULIO DE 2011. **V.** SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 5985-2023, DE FECHA 29 DE MAYO DE 2024. **VI.** ASPECTOS COMUNES DE LAS DECISIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA EN CUANTO A LAS DOS SENTENCIAS ANALIZADAS ANTERIORMENTE. **VII.** CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este ensayo es referirse al rol del Estado en relación con el régimen económico y social de la República de Guatemala, haciendo mención en particular de una de las obligaciones estatales conforme al artículo 119 constitucional.

Dicha obligación está contenida en la literal «n» del referido artículo y atañe, en parte, a las inversiones extranjeras.

Además de referirse muy brevemente a dicho rol, este ensayo busca describir, a la luz de dos casos resueltos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (CCG o la Corte), cuál podría ser una forma de desarrollar o cumplir esa obligación constitucional del Estado mediante el fomento del uso del arbitraje[1].

El refrán español que forma parte del título de este ensayo se emplea cuando alguien ha de hacer una cosa en contra de su voluntad, o al menos sin su plena concurrencia, y, no obstante, no queda más remedio que aceptarlo con resignación.

Dicho refrán podría sintetizar, de manera muy coloquial, la esencia del razonamiento de la Corte, contenido en los dos casos arriba mencionados y que se expondrán más abajo como objeto central de este ensayo.

Los casos sirven para demostrar que la Corte encuentra constitucionalmente viable el fomento del arbitraje por la vía de los acuerdos entre partes bajo la libertad de contratación, mas no por la vía de la imposición legal. Y, con ello, brinda luces para que otros órganos del poder público en Guatemala puedan desarrollar actividades en el propio campo de sus atribuciones para lograr cumplir con la norma constitucional contenida en el literal «n» del artículo 119 de la Constitución.

Es importante notar que el mandato constitucional del artículo 119 está dirigido al Estado en su conjunto y no solamente al Poder Ejecutivo. No es una obligación solamente del presidente de la República o del Congreso, sino del Estado en su conjunto. Cualquiera de los órganos estatales tradicionales está, por ende, llamado a cumplir con dicho mandato.

II. RÉGIMEN ECONÓMICO Y SOCIAL GUATEMALTECO

La Sección Décima (Régimen Económico y Social) del Capítulo II (Derechos Sociales) del Título II (Derechos Humanos) de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) contiene 17 artículos, que van desde la regulación de los bienes del Estado hasta la referencia a la Junta Monetaria y los principios esenciales para la descentralización y autonomía en materia administrativa.

El artículo 118, el primero de ellos, se refiere a los principios del régimen, indicando que se funda en la justicia social. Pero, más particularmente, el artículo 119 contiene un listado de obligaciones del Estado, que inclusive se califican como

---

1 Aparte de esos dos casos, que son el «objeto central» de los comentarios en este ensayo, se hará referencia a sentencias proferidas en otros casos que, aunque no son centrales, coadyuvan para la exposición de los puntos de vista contenidos en dicho ensayo.

«fundamentales», y, entre las 14 listadas, para efectos de este ensayo, se transcriben tres de ellas, aunque una es la más relevante, como se verá enseguida:

k) Proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión;

l) Promover el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales; y […]

n) Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

En la literal «k», la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2008) ha indicado lo siguiente:

> […] una de las obligaciones fundamentales del Estado […] es proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión. Por ser esta una norma de carácter programático, los legisladores pueden emitir leyes que contengan las medidas que, sin infringir preceptos fundamentales, promuevan, por medio de los órganos administrativos y judiciales competentes, el cumplimiento de aquella obligación. (Exp. 429-2008)

En cuanto a la literal «l», la CCG (2011) se ha pronunciado de la siguiente manera:

> […] es por eso que para el efectivo comercio internacional, el legislador debe proponer a los operadores de ese comercio la posibilidad de solucionar sus controversias por medio del arbitraje y, para ello, debe crear un marco altamente dispositivo en el que las partes puedan pactar qué procedimiento arbitral se llevará a cabo, institucional o *ad hoc*, de acuerdo a qué normas y en relación con qué Derecho, con lo cual permita un espacio de actuación que acomode las necesidades de protección de las partes con las del tráfico de comercio internacional. (Exp. 387-2010)

Más adelante, en la sección IV, se ampliarán los comentarios sobre este precedente contenido en la sentencia transcrita, pues forma parte de uno de los dos casos que se utilizan como base central para el análisis y conclusiones del presente trabajo.

Sin embargo, como puede apreciarse desde ya, la propia Corte de Constitucionalidad estima que el arbitraje, como medio de resolución de disputas, puede ser un vehículo o un medio para lograr las obligaciones ya identificadas, contenidas en el artículo 119 de la Constitución guatemalteca.

III. ¿SON IMPORTANTES LOS PRECEDENTES EN GUATEMALA?

Dado que, para hacer el planteamiento principal de este ensayo, se han elegido como material principal dos sentencias de la Corte de Constitucionalidad, es relevante hacer una breve referencia al rol que los precedentes judiciales pueden tener en Guatemala. Es decir, es importante cuestionarse si en Guatemala las decisiones judiciales son una fuente de derecho o no.

Al respecto, se destaca el trabajo de Larios Hernández (2023), titulado *El precedente judicial y su aplicación en el sistema guatemalteco*, en el cual se analiza cómo el sistema jurídico guatemalteco, aunque basado en la tradición romano-germánica, ha integrado elementos del derecho anglosajón, particularmente en lo relativo a la aplicación del precedente judicial.

En cuanto a la **teoría del precedente**, en dicho trabajo el precedente se define como una resolución de un caso que sirve de modelo para casos futuros similares. Se diferencia entre el *holding*, que representa la razón esencial de la decisión (*ratio decidendi*), y el *dictum*, u *obiter dicta*, que se refiere a opiniones adicionales que no constituyen la base de la decisión.

Asimismo, se afirma que el respeto al precedente judicial permite resguardar los siguientes principios:

- Imparcialidad de los juzgadores, puesto que resolver conforme al precedente constituye un fuerte indicio de la imparcialidad del juzgador, lo que es deseable en un sistema jurídico, debido a que, al adoptar un criterio anteriormente establecido, es posible advertir que el tribunal no tiene ningún interés particular en el caso y ha decidido el asunto de la misma manera en que cuestiones similares se han decidido en el pasado.
- Igualdad ante la ley, pues seguir una línea jurisprudencial ya asentada permite también preservar el principio de igualdad ante la ley, debido a que situaciones similares deben ser tratadas de manera similar.
- Economía procesal, ya que, visto desde la perspectiva del engranaje interno de las cortes, resolver los casos conforme a los precedentes del propio tribunal o de uno superior permite también preservar el principio de economía procesal al permitir la aplicación de una solución ya decantada, que implica únicamente la verificación de la pertinencia del criterio, mas no una revisión del fondo del asunto.
- Certeza jurídica, pues todos los principios anteriores se concatenan con el fortalecimiento de la certeza jurídica mediante la aplicación del precedente.

En relación con el **precedente en Guatemala**, la figura del precedente no tiene la misma obligatoriedad que en los sistemas anglosajones, definitivamente. Sin embargo, el concepto de «doctrina legal» permite que ciertos criterios reiterados en la jurisprudencia adquieran una fuerza similar al precedente vinculante. Esto se observa en la jurisprudencia constante de las altas cortes, especialmente cuando un criterio se repite en múltiples ocasiones, lo que confiere estabilidad y uniformidad en las decisiones.

Respecto a la **aplicación práctica del precedente**, se resalta la relevancia de la Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia en la generación de doctrina legal, lo que permite clarificar criterios y llenar vacíos legales. Ningún otro tribunal o corte dentro del sistema jurídico guatemalteco puede, entonces, generar la llamada «doctrina legal» por medio de jurisprudencia constante.

Debido a que lo que interesa para este breve trabajo es conocer el contenido de ciertas decisiones de la Corte de Constitucionalidad, es relevante citar el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual establece lo siguiente:

> **Artículo 43. Doctrina Legal.**
> La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido. (Asamblea Nacional Constituyente, 1986)

El trabajo de la Dra. Larios Hernández busca demostrar cómo el respeto al precedente judicial y la doctrina legal son fundamentales para fortalecer la justicia en Guatemala y promover la confianza en el sistema jurídico.

En las argumentaciones que se presentan ante la Corte, es usual encontrar en los memoriales respectivos que los abogados litigantes cada vez utilizan más la referencia o la cita de decisiones de dicha Corte (precedentes), aun cuando no constituyan todavía una «doctrina legal» en el sentido determinado por el artículo 43 citado anteriormente.

De hecho, las dos sentencias que se pasan a comentar en las siguientes secciones no constituyen todavía «doctrina legal», puesto que, formalmente, aún no existen tres o más fallos o decisiones en el mismo sentido; sin embargo, constituyen

precedentes que ya pueden ser invocados por los interesados en futuras acciones donde estos sean relevantes.

Para concluir esta sección, es interesante referirse a la Exposición de Motivos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pues brinda una orientación muy útil en cuanto a esa facultad de la Corte de generar doctrina legal. En ella se encuentra el siguiente pasaje:

> Se trata, no solamente de darle más importancia a la jurisprudencia como fuente de derecho, sino reafirmar una tendencia sostenida en el Decreto 8 que desafortunadamente no fue cumplida por la Corte Suprema de Justicia. La Corte de Constitucionalidad podrá desarrollar la jurisprudencia actualizando día a día la Constitución, y manteniendo conciencia de lo mismo a través de su recopilación y publicación. Incluso se le da carácter especial al Boletín Constitucional (gaceta en la ley). Las facultades de la Corte de Constitucionalidad para crear jurisprudencia son muy amplias, y es cuestión de desarrollar la materia constitucional y hacer buen uso de esa facultad. (Asamblea Nacional Constituyente, 1985)

IV. SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 387-2010, DE FECHA 7 DE JULIO DE 2011

Por medio de la acción de inconstitucionalidad general que conformó el expediente arriba identificado, se impugnó una disposición específica de la Ley de Arbitraje de Guatemala (Decreto 67-95) mediante la cual se estableció, mientras estuvo vigente dicha norma, un caso de «arbitraje forzoso»[2].

La norma impugnada fue el **artículo 2, párrafo tercero, de la Ley de Arbitraje**, contenido en el **Decreto 67-95 del Congreso de la República**, con la reforma incluida en el **artículo 117 del Decreto 11-2006**. Esta disposición establecía lo siguiente:

> […] las controversias derivadas de las contrataciones internacionales entre privados deben resolverse de acuerdo con las normas del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, a menos que las partes acuerden expresamente someterse a otro foro de arbitraje.

---

2 Para los efectos de este trabajo, por «arbitraje forzoso» se entiende aquel que «nace» de una disposición legal que dispone que cierto tipo de disputas deben ser resueltas mediante arbitraje, en lugar de «nacer» de acuerdos arbitrales pactados por las partes correspondientes.

Los principales argumentos para la interposición de la inconstitucionalidad en el caso presentado incluyeron:

- **Violación al artículo 29 de la Constitución**. Se argumentó que la disposición impugnada afecta el derecho de libre acceso a los tribunales de justicia. Al establecer el arbitraje como obligatorio en las contrataciones internacionales sin el consentimiento de las partes, se impide que los individuos puedan acudir libremente a los tribunales guatemaltecos para hacer valer sus derechos.
- **Violación al artículo 12 de la Constitución**. Se alegó que la norma vulneraba la garantía del juez natural y la inviolabilidad de la defensa, ya que se fuerza a las partes a someter sus controversias a un tribunal arbitral extranjero sin consentimiento, privándolas del derecho a ser juzgadas por tribunales establecidos por la Constitución.
- **Delegación indebida de la función jurisdiccional (artículos 141, 152, 154 y 203 de la Constitución)**. Se sostuvo que la norma sustrae la competencia de los tribunales nacionales y la delega a una entidad extranjera, lo que afecta la exclusividad de la función jurisdiccional del Organismo Judicial de Guatemala.
- **Inseguridad jurídica (artículos 152 y 154 de la Constitución)**. La norma era imprecisa al no definir claramente cuáles contrataciones internacionales deben ser resueltas mediante el arbitraje internacional, generando incertidumbre legal.
- **Imperio de la ley (artículo 153 de la Constitución)**. Se argumentó que no se puede vincular obligatoriamente a personas que no están sujetas a la jurisdicción guatemalteca, como sucede al imponer el arbitraje internacional sin acuerdo previo.
- **Privilegio indebido (artículo 130 de la Constitución)**. Se alegó que la norma otorgaba un privilegio exclusivo a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, lo que resulta inconstitucional al favorecer de manera injustificada a un foro de arbitraje específico.
- **Desigualdad (artículo 4 de la Constitución)**. Finalmente, se denunció que la norma creaba una diferenciación injustificada entre contrataciones internacionales y otras contrataciones, afectando el principio de igualdad ante la ley.

Al resolver, la Corte de Constitucionalidad acogió los siguientes argumentos para declarar la inconstitucionalidad:

- **Violación del derecho al libre acceso a los tribunales (artículo 29 de la Constitución)**. La Corte concluyó que la norma impugnada afecta el contenido esencial del derecho al libre acceso a la justicia, ya que establece el arbitraje como obligatorio en caso de contrataciones internacionales, lo que impide a las partes acudir a los tribunales guatemaltecos sin su consentimiento. Este derecho no puede ser limitado arbitrariamente por la legislación.
- **Violación de la garantía del juez natural e inviolabilidad de la defensa (artículo 12 de la Constitución)**. La Corte determinó que la disposición vulnera la garantía del juez natural y la inviolabilidad de la defensa al imponer un tribunal arbitral extranjero sin el consentimiento de las partes. Esto priva a los ciudadanos de la posibilidad de ser juzgados por tribunales establecidos de conformidad con la Constitución.
- **Imposición arbitraria del arbitraje**. La Corte enfatizó que el arbitraje *debe basarse en la autonomía de la voluntad de las partes y ser voluntario, no impuesto. La norma convierte el arbitraje de un mecanismo alternativo en uno obligatorio, eliminando la opción de las partes de resolver sus controversias en tribunales ordinarios, lo que resulta inconstitucional.*

La Corte de Constitucionalidad se basó en un razonamiento esencial: diferenciar el **núcleo** del derecho del libre acceso a la justicia de su *periferia*.

En cuanto al **núcleo esencial**, la Corte explicó que el núcleo del derecho al libre acceso a los tribunales, establecido en el artículo 29 de la Constitución, se refiere al contenido central de este derecho, que es inviolable y no admite limitaciones. Este núcleo incluye la posibilidad de que toda persona pueda acudir a los tribunales del Estado para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos sin restricciones arbitrarias o caprichosas impuestas por la ley.

Sobre la **periferia o contenido accesorio**, la Corte señaló que la periferia del derecho se refiere al ejercicio de las acciones y a la defensa de los derechos, aspectos que pueden estar sujetos a regulación legal. Sin embargo, estas limitaciones deben estar justificadas y no pueden abolir el contenido esencial del derecho (el «núcleo»). La regulación debe ser proporcional y no debe imponer obstáculos que afecten el acceso libre y efectivo a la justicia.

En este contexto, la Corte concluyó que cualquier limitación impuesta por el legislador debe ser razonable y no eliminar el contenido esencial (núcleo) del derecho. En el caso de la norma impugnada, la imposición del arbitraje obligatorio fue considerada una violación del núcleo esencial del derecho al libre acceso a los tribunales.

Desmenuzando entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta* de esta sentencia, es relevante reconocer lo siguiente:

> La *ratio decidendi* de esta sentencia es que la imposición del arbitraje obligatorio en las contrataciones internacionales, sin el consentimiento expreso de las partes, vulnera derechos fundamentales consagrados en la Constitución de Guatemala, específicamente el derecho al **libre acceso a los tribunales de justicia** y la **garantía del juez natural**.

La Corte de Constitucionalidad determinó que el artículo 2, párrafo tercero, de la Ley de Arbitraje era inconstitucional porque imponía un mecanismo arbitral específico (arbitraje internacional bajo las normas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional) sin la posibilidad de optar libremente por la jurisdicción estatal. Esto afecta el **núcleo esencial** del derecho al acceso a la justicia y contraviene la **autonomía de la voluntad** de las partes, principio fundamental del arbitraje, ya que este debe ser un medio alternativo y voluntario para la resolución de conflictos, no uno obligatorio.

En resumen, la *ratio decidendi* se centra en la protección del acceso libre y sin restricciones a la justicia, garantizando que cualquier mecanismo alternativo de resolución de disputas, como el arbitraje, sea opcional y basado en el consentimiento mutuo de las partes involucradas.

Respecto al fundamento del arbitraje en Guatemala, la Corte reconoció en su Sentencia a la **autonomía de la voluntad** como un derecho fundamental implícito en el derecho a la **libertad**. Según el razonamiento de la Corte, la autonomía de la voluntad de las partes es un principio esencial que deriva de la **libertad de acción y disposición**, consagrada en la Constitución.

En el contexto del arbitraje, este principio se basa en la libertad que tienen las personas para decidir cómo resolver sus controversias, ya sea mediante el arbitraje o a través de los tribunales ordinarios.

La Corte argumentó que la autonomía de la voluntad es un aspecto fundamental del arbitraje, dado que las partes deben tener la capacidad de decidir libremente y sin coacción si desean someter sus conflictos a un tribunal arbitral o si prefieren acudir a la justicia estatal. Esta libertad de elección es un elemento esencial del derecho a la libertad, lo cual implica que las leyes no pueden imponer de manera arbitraria un método específico de resolución de disputas sin el consentimiento expreso de las partes.

Además, la sentencia recoge el **derecho de industria, comercio y trabajo** en el sentido de que reconoce la importancia de la **libertad de comercio** y la **autonomía de la voluntad** de los comerciantes en las transacciones internacionales.

Por otro lado, la Corte destaca que, en el contexto del comercio internacional, los operadores comerciales deben tener la libertad de pactar las condiciones bajo las cuales desean resolver sus controversias, incluyendo la opción de someterse a arbitraje o acudir a los tribunales ordinarios.

La disposición impugnada afecta este derecho porque impone un método de resolución de disputas (arbitraje obligatorio) que puede ser oneroso y desfavorable, especialmente para aquellos comerciantes que no tengan los recursos necesarios para costear el arbitraje internacional. Al hacerlo, limita la libertad de los operadores comerciales para elegir la forma más adecuada y conveniente de proteger sus derechos, lo que contraviene el derecho de libertad de comercio y la capacidad de las personas para llevar a cabo actividades económicas bajo términos que consideren favorables y en igualdad de condiciones.

En síntesis, la sentencia protege el derecho de industria, comercio y trabajo al hacer énfasis en que las normas legales no deben restringir la capacidad de los comerciantes para decidir libremente sobre la administración y resolución de sus conflictos, preservando así un entorno que favorezca la libertad económica y la igualdad en las relaciones comerciales.

En pocas palabras, la Corte también afirma que la autonomía de la voluntad de las partes, de la cual gozan los comerciantes, está implícita en el artículo 43 constitucional, que es el que reconoce la libertad de comercio, entre otras libertades.

Finalmente, en cuanto a la ***obiter dicta***[3] de esta sentencia, la Corte hizo algunas observaciones:

a) **La importancia del arbitraje en el comercio internacional.** Reconoció que el desarrollo del arbitraje internacional es esencial para fomentar la eficiencia y la rapidez en la resolución de conflictos comerciales, especialmente en el contexto del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos. Sin embargo, estas observaciones se hicieron en el marco de destacar que, a pesar de su relevancia, el arbitraje no debe ser impuesto de manera obligatoria, sino mantenerse como una opción voluntaria.

---

3 El *obiter dicta* se refiere a las consideraciones adicionales de la Corte que no forman parte del fundamento central para declarar la inconstitucionalidad de la norma, pero que proporcionan contexto o explicaciones amplias sobre aspectos relacionados.

b) **La justificación de las reformas legales**. La Corte señaló que las reformas introducidas por el Congreso para facilitar el comercio internacional fueron motivadas por compromisos internacionales y la necesidad de proporcionar certeza jurídica a las transacciones comerciales. Sin embargo, la Corte afirmó que el cumplimiento de estos compromisos no puede justificar la imposición de medidas que violen derechos constitucionales.

V. SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE 5985-2023, DE FECHA 29 DE MAYO DE 2024

La norma impugnada en esta inconstitucionalidad fue el **artículo 291 del Código de Comercio (**Decreto 2-70, Congreso de la República**)**, específicamente las frases contenidas en los **párrafos primero y segundo**.

Dichas frases establecían que, en caso de no haber un pacto expreso que indique lo contrario, se presume que las partes han optado por el arbitraje en lugar del procedimiento judicial sumario para resolver las controversias derivadas de contratos mercantiles, como los de agencia, representación y distribución[4].

Los principales argumentos presentados para la interposición de la inconstitucionalidad contra el artículo 291 del Código de Comercio fueron los siguientes:

- **Violación a la autonomía de la voluntad**. Se alegó que la norma impugnada presume que las partes han optado por el arbitraje, a menos que indiquen expresamente lo contrario. Esto se consideró una afectación de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que el arbitraje debe ser un mecanismo voluntario, no impuesto por ley, y requiere un acuerdo expreso.
- **Afectación al derecho de acceso a la justicia (artículo 29 de la Constitución)**. Se argumentó que la disposición limita el derecho de las personas a acceder libremente a los tribunales de justicia al imponer el arbitraje como vía predeterminada, condicionando el ejercicio de este derecho a la manifestación expresa de las partes de no querer someterse al arbitraje.

---

4 **Artículo 291. Controversias.** Si después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva, las partes no se pusieren de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del artículo anterior, el monto de la misma deberá determinarse en proceso arbitral o en proceso judicial en la vía sumaria, *para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial* […] (el énfasis es propio).

- **Violación al principio de igualdad (artículo 4 de la Constitución)**. Se señaló que la norma es discriminatoria, ya que establece una preferencia por el arbitraje únicamente para ciertos contratos mercantiles (agencia, distribución y representación), mientras que otros contratos mercantiles no están sujetos a esta presunción, creando un trato desigual sin una justificación razonable.
- **Inseguridad jurídica y afectación a la tutela judicial efectiva**. Se indicó que la presunción de voluntad pro-arbitraje genera inseguridad jurídica y afecta la tutela judicial efectiva, al no permitir que las partes ejerzan libremente su derecho a acudir a los tribunales si no hay un acuerdo explícito de optar por la vía judicial.
- **Contradicción con normas internacionales**. Se argumentó que la imposición del «arbitraje presunto» contradice tratados internacionales como la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y el Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA, lo que podría afectar la ejecución de laudos y decisiones judiciales fuera de Guatemala.

En esencia, estos argumentos de impugnación de la norma señalada de inconstitucionalidad se basaron en la idea de que el artículo impugnado limita derechos constitucionales fundamentales y no respeta el principio de que el arbitraje debe ser voluntario y basado en un acuerdo expreso.

La Corte de Constitucionalidad acogió los siguientes argumentos para declarar la inconstitucionalidad parcial del artículo 291 del Código de Comercio:

- **Violación al derecho de acceso a la justicia (artículo 29 de la Constitución).** La Corte concluyó que la disposición impugnada afecta el derecho fundamental de libre acceso a los tribunales, ya que establece una presunción de aceptación del arbitraje sin un acuerdo expreso de las partes. Este arreglo legal implica una renuncia tácita al fuero judicial, lo cual restringe el acceso a la justicia ordinaria y contraviene el principio constitucional que garantiza que todas las personas puedan acudir libremente a los tribunales para la resolución de conflictos.
- **Afectación a la autonomía de la voluntad (artículo 43 de la Constitución).** La Corte señaló que el arbitraje debe basarse en la autonomía de la voluntad de las partes y ser fruto de un acuerdo voluntario y consciente. Al imponer el arbitraje como opción predeterminada, la norma compromete esta autonomía al presuponer la voluntad de las partes de resolver sus disputas fuera del sistema judicial sin un consentimiento expreso.

- **Principio de igualdad (artículo 4 de la Constitución).** La Corte también consideró que la norma crea una discriminación injustificada al imponer el arbitraje solo para ciertos contratos mercantiles (agencia, distribución y representación), lo que genera un trato desigual sin una base razonable ni proporcionalidad, afectando el principio de igualdad ante la ley.

En resumen, la Corte declaró inconstitucionales las partes que establecen la **presunción de elección** del arbitraje, al considerar que la disposición restringe derechos fundamentales al imponer limitaciones sin la debida manifestación de voluntad expresa de las partes involucradas.

Como parte de la ***ratio decidendi*** de la sentencia comentada, la Corte de Constitucionalidad estableció que el concepto de **«arbitraje presunto»** o **«pacto arbitral ficto»** contenido en el artículo 291 del Código de Comercio es inconstitucional porque afecta derechos fundamentales. Así, la Corte determinó lo siguiente:

- El **«arbitraje presunto»** impone una **presunción legal de que las partes han optado por el arbitraje** como mecanismo de resolución de conflictos, salvo que establezcan explícitamente lo contrario en un acuerdo. Esto significa que, incluso si no hay un acuerdo expreso entre las partes, se asume que han renunciado al acceso a los tribunales ordinarios y han optado por el arbitraje.
- La Corte consideró que esta presunción **limita el derecho al libre acceso a la justicia** y **vulnera la autonomía de la voluntad**. El arbitraje debe ser una opción basada en un acuerdo voluntario y consciente de las partes, no una obligación impuesta por ley. Al no permitir que las partes expresen libremente su preferencia por la vía judicial, el «arbitraje presunto» establece una limitación indebida y arbitraria.
- La Corte concluyó que el «arbitraje presunto» es una forma de **imponer un arbitraje obligatorio sin la debida manifestación de voluntad**, lo cual afecta la posibilidad de las partes de acceder a los tribunales y contradice el principio de que el acceso a la justicia debe ser libre y sin restricciones injustificadas. Por lo tanto, esta figura fue declarada inconstitucional.

La ***ratio decidendi*** de esta sentencia, en resumen, es que una norma que establece una presunción legal de arbitraje —sin un acuerdo expreso de las partes— vulnera derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de Guatemala.

En conclusión, la ***ratio decidendi*** se basa en la necesidad de proteger los derechos al libre acceso a la justicia y a la autonomía de la voluntad, garantizando que el arbitraje solo pueda ser utilizado como mecanismo de resolución de con-

flictos mediante un acuerdo expreso y voluntario, y no a través de presunciones legales que limiten el derecho de las partes a decidir libremente.

Finalmente, en cuanto a la *obiter dicta* contenida en esta sentencia, se incluye:

- **Reconocimiento de la importancia del arbitraje en el comercio internacional.** La Corte reconoció que el arbitraje es un mecanismo legítimo y efectivo para la resolución de conflictos comerciales, especialmente en un entorno internacional donde se busca rapidez y especialización. Aunque la Corte enfatizó que el arbitraje es valioso y necesario, aclaró que debe basarse siempre en el consentimiento expreso y voluntario de las partes, sin imposiciones legales.
- **Impacto de tratados internacionales como el DR-CAFTA y la Convención de Nueva York**. La Corte señaló que, aunque estos tratados internacionales promueven el uso del arbitraje, no pueden ser utilizados como justificación para limitar derechos constitucionales fundamentales, como el libre acceso a la justicia. La Corte subrayó que estos tratados deben interpretarse y aplicarse de manera que no afecten los derechos humanos reconocidos en la Constitución.
- **Consideraciones sobre la regulación del arbitraje**. La Corte mencionó que las normas legales deben ser coherentes con la protección de derechos fundamentales, incluso cuando se busca fomentar el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos. Esta reflexión amplía la discusión sobre cómo balancear los compromisos internacionales con la protección de derechos constitucionales.

En síntesis, el ***obiter dicta*** de esta sentencia hace énfasis en el valor del arbitraje y la necesidad de equilibrar las exigencias del comercio internacional con los derechos fundamentales, destacando que el uso del arbitraje debe siempre respetar la autonomía de la voluntad y no ser impuesto de manera que restrinja injustificadamente el acceso a la justicia ordinaria.

VI. ASPECTOS COMUNES DE LAS DECISIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA EN CUANTO A LAS DOS SENTENCIAS ANALIZADAS ANTERIORMENTE

Los puntos en común de las dos sentencias se centran en la manera en que la Corte de Constitucionalidad aborda el uso del arbitraje y las implicaciones de este en cuanto a ciertos derechos fundamentales. Los principales elementos de una misma visión, que en conjunto constituyen un precedente que con el tiempo podría convertirse en «doctrina legal» —conforme esta se define en la Sección III de este trabajo—, son los siguientes:

1. **Protección del derecho al libre acceso a la justicia**. En ambas sentencias, la Corte hace énfasis en que el derecho de toda persona a acceder libremente a los tribunales de justicia no puede ser restringido por normas que imponen el arbitraje sin el consentimiento expreso de las partes. La imposición de mecanismos de resolución de conflictos, como el arbitraje, debe ser voluntaria y no forzada.
2. **Autonomía de la voluntad**. Las dos sentencias destacan la importancia de la autonomía de la voluntad en la elección de mecanismos para resolver disputas. La Corte señala que cualquier disposición que afecte esta autonomía, como la presunción de un pacto arbitral sin un acuerdo expreso, es contraria a los principios constitucionales. El arbitraje debe ser una opción voluntaria y consensuada, no una imposición legal.
3. **Imposición del arbitraje como limitación indebida**. En ambos casos, la Corte declara inconstitucionales las normas que establecen una presunción de arbitraje o lo imponen como opción predeterminada, ya que esto limita el derecho de las partes a acudir a la jurisdicción estatal y afecta la capacidad de decidir libremente cómo resolver sus controversias.
4. **Discriminación y trato desigual**. Las sentencias resaltan que las normas impugnadas crean una diferencia injustificada entre distintos tipos de relaciones contractuales. La Corte considera que establecer el arbitraje obligatorio o presunto solo para ciertos contratos mercantiles —como, por ejemplo, los de agencia, representación y distribución—, sin una justificación razonable, viola el principio de igualdad ante la ley.

En resumen, los puntos en común entre las sentencias son la defensa del derecho al acceso libre a los tribunales, la importancia de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, la crítica a la imposición de arbitrajes presuntos o forzados, y la necesidad de asegurar que las normas nacionales no discriminen ni limiten injustificadamente los derechos constitucionales, incluso al cumplir con obligaciones internacionales.

VII. CONCLUSIÓN

A la luz de los dos casos analizados en este ensayo, puede decirse que, por medio de los precedentes constitucionales, se vislumbra la vía para que el Estado de Guatemala pueda fomentar el uso del arbitraje como uno de los medios para cumplir con las obligaciones determinadas por el artículo 119 de la Constitución, especialmente su literal «n», relativas al Régimen Económico y Social de la República de Guatemala.

Queda claro que la imposición del arbitraje **no** es la forma en que puede fomentarse el uso de dicho mecanismo alternativo de resolución de disputas. Conforme a ambos casos analizados, se observa cómo diversas disposiciones emitidas por el Organismo Legislativo de Guatemala han sido expulsadas del ordenamiento jurídico por atentar contra los derechos fundamentales ya identificados en el cuerpo de este ensayo, de acuerdo con los criterios actuales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

La forma de cumplir con la obligación constitucional contenida en la literal «n» del artículo 119, entre otras formas, puede consistir en facilitar o fomentar el uso del arbitraje, ya sea contemplando expresamente en leyes sectoriales la facultad de utilizarlo como mecanismo de solución de controversias (primera vía) o bien «ensanchando» el concepto de «materia arbitrable», de ser necesario revisitar ese concepto que de por sí ya es amplio en la *lex arbitri* guatemalteca (segunda vía)[5].

Ejemplos de la primera vía se encuentran en tres normas vigentes del ordenamiento jurídico guatemalteco:

a) Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República y sus reformas):

> Artículo 1039. Vía Procesal. A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que dé lugar su aplicación se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje, en cuyo caso prevalecerá el acuerdo arbitral sobre cualquier proceso o vía judicial señalada específicamente en este Código o en otras leyes de naturaleza mercantil. (párr. 1)

b) Ley de Propiedad Industrial (Decreto 57-2000 del Congreso de la República y sus reformas):

> Artículo 182. Procedimientos. Los procesos civiles o mercantiles que se promuevan en ejercicio de las acciones reguladas por esta ley se tramitarán de acuerdo con el procedimiento del juicio oral, establecido en el Libro Segundo, Título II, Capítulos I y II del Código Procesal Civil y Mercantil. *No obstante lo dispuesto en este artículo y cualquier otra disposición contenida en la presente ley, que de lugar a acciones civiles o*

5 La materia arbitrable, conforme al Decreto 67-95 del Congreso la República de Guatemala, comprende «todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho» (art. 3, num. 1).

> *mercantiles, los interesados también podrán utilizar métodos alternativos de resolución de controversias, tales como la conciliación y el arbitraje.* (énfasis es propio)

c) Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos (Decreto 33-98 del Congreso de la República y sus reformas):

> Artículo 133. Los procesos civiles que se promuevan para hacer valer los derechos reconocidos en esta ley se tramitarán de acuerdo con el procedimiento del juicio oral establecido en el Libro Segundo, título II, Capítulos I y II del Código Procesal Civil y Mercantil. *No obstante lo dispuesto en este artículo y cualquier otra disposición contenida en la presente ley que dé lugar a acciones civiles o mercantiles, los interesados también podrán utilizar métodos alternativos de resolución de controversias, tales como la conciliación y el arbitraje.* (el énfasis es propio)

En cuanto a la segunda vía, el concepto de materia arbitrable en Guatemala es lo bastante amplio y quizás no necesita un cambio conceptual (ver nota a pie de página 5). Pero todo aquello que hoy podría considerarse «no arbitrable» podría evolucionar bajo políticas públicas que impliquen esfuerzos interorgánicos del Estado, y que permitiesen dejara atrás, donde sea prudente, razonable y viable, regulaciones que hoy puedan considerarse imperativas. Hay áreas «infranqueables» quizás, como la materia penal o la fiscal, pero campos antes reservados al derecho común podrían retornar, al menos parcialmente, a él; ciertos temas contractuales en materia laboral, por ejemplo.

Para ampliar el ámbito de las materias susceptibles de arbitraje, se pueden considerar las siguientes acciones:

1. **Reformas legislativas**: modificar las leyes existentes para incluir explícitamente nuevas áreas como arbitrables (ejemplos como los de las literales b y c de la «primera vía» aclaran lo anterior).
2. **Adopción de tratados internacionales**: ratificar y adherirse a tratados internacionales que promuevan el arbitraje en diversas materias. La incorporación de estos tratados al ordenamiento jurídico nacional puede ampliar las áreas arbitrables y armonizar las prácticas locales con estándares internacionales.
3. **Fomento de la autonomía de la voluntad**: promover que las partes incluyan cláusulas arbitrales en sus contratos, especialmente en sectores donde el arbitraje no es común.

4. **Capacitación y sensibilización**: implementar programas de formación para abogados, jueces y empresarios sobre las ventajas y procedimientos del arbitraje. Una mayor comprensión y confianza en el arbitraje puede conducir a su adopción en áreas previamente no consideradas.

Visto está, empero, que es esencial que cualquier ampliación de la materia arbitrable respete los principios constitucionales y garantice la protección de los derechos fundamentales de las partes involucradas.

¿Por eso, al inicio de este ensayo, se plantea la duda si el arbitraje «a la fuerza ahorca»?

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Exposición de motivos del proyecto de Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*.

Asamblea Nacional Constituyente. (1986). *Decreto 1-86. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*.

Congreso de la República de Guatemala. (1970). *Decreto 2-70. Código de Comercio de Guatemala*.

Congreso de la República de Guatemala. (1995). *Decreto 67-95. Ley del Arbitraje*.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (12 de agosto de 2008). Sentencia del Expediente 429-2008. En *Constitución Política de la República de Guatemala con notas de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2024). Instituto de Justicia Constitucional.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (7 de julio de 2011). Sentencia del Expediente 387-2010. En *Constitución Política de la República de Guatemala con notas de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2024). Instituto de Justicia Constitucional.

Larios Hernández, S. (2023). El precedente judicial y su aplicación en el sistema guatemalteco. En C. A. Villagrán Sandoval (Coord.), *Derecho guatemalteco en contexto*. Editorial Cara Parens, Universidad Rafael Landívar.

Recibido: 04-12-2025
Aprobado: 16-01-2026

SECCIÓN HOMENAJE
Javier Alva Orlandini

Javier Alva Orlandini

(1927-2020)

Discurso de juramentación del Dr. Javier Alva Orlandini como presidente del Tribunal Constitucional

10 de diciembre de 2002

Señor presidente de la Corte Suprema de Justicia de Lima, Sr. presidente del Congreso de la República, Sr. presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, señores congresistas de la República, señores vocales de la Corte Suprema de Justicia, presidentes de las Cortes de Justicia de Lima y del Cono Norte, señores rectores de las universidades de la República, expresidentes del Senado y de la Cámara de Diputados, señor expresidente de la República Dr. Alan García Pérez, Sr. ministro de Justicia, señores y señoras.

Es un momento crucial en la vida del Tribunal Constitucional de la República. Hace exactamente seis meses nos incorporamos al Tribunal cuatro magistrados elegidos en votación abrumadora por el soberano Congreso de la República. Hoy se cumplen también dos años de que fueron reincorporados al Tribunal tres magistrados que fueron arbitrariamente separados. Hoy día se cumplen 54 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, por coincidencia, hoy también se cumplen 71 años en que se dictó la Constitución de la República Española en 1931, que incorporó el Tribunal de Garantías Constitucionales. Este es, por lo tanto, un día significativo y especial. En mi caso, he recibido la votación generosa y estimulante de los magistrados del Tribunal para que ejerza durante dos años, junto con el vicepresidente electo, Dr. Juan Bautista Bardelli, la dirección del

Tribunal Constitucional, labor que cumpliré, sin duda alguna, con la colaboración de todos y cada uno de los magistrados, de los asesores jurisdiccionales y de los demás funcionarios del Tribunal. No ostento títulos académicos suficientes; soy un abogado que se tituló como tal hace casi 50 años. Durante mi vida universitaria fui combatiente contra la dictadura del Ochenio, desempeñé el cargo de secretario general del Centro Federado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y debimos en 1952 afrontar una huelga para que la reforma universitaria llegara a las aulas de todo el país.

Mi posgrado lo recibí en la colonia penal El Frontón, en la cual estuve varios meses. Mi labor pública es conocida; he cesado en la militancia partidaria por imperativo de la ley, pero mantengo inalterables, inclaudicables, mis convicciones políticas democráticas. Soy en este Tribunal un soldado que defiende el imperio pleno de la Constitución y del Estado de derecho; por lo tanto, estaremos siempre dispuestos a brindar nuestro esfuerzo para que las sentencias que el Tribunal dicte estén ajustadas al derecho.

Hay una Constitución histórica que tiene su basamento en las bases de la Constitución peruana, aprobada por el Congreso y promulgada el 17 de diciembre de 1822, en la cual se delinea lo que debería ser la siguiente República. Después de esas bases hemos tenido otras varias constituciones: las de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y la actual; a la actual hay que darle aún el nombre, con esfuerzo, de Constitución.

Mi vida pública es conocida, especialmente por quienes son mayores de edad, pero, dentro de esa vida pública, yo quiero destacar algunos hechos. Por mandato de quien ejerció la presidencia de la República en dos períodos, le correspondió elaborar el proyecto de ley de elecciones municipales que permitió al pueblo, el 15 de diciembre de 1963, las primeras elecciones municipales en el país con participación de hombres y mujeres; elaboré también el proyecto de ley de reforma electoral, en cuya virtud se estableció el escrutinio irrevisable de las mesas, la cédula única, los jurados electorales imparciales, la representación proporcional en el Congreso y luego en los municipios y, en general, elecciones dignas y cristalinas que, lamentablemente, no fueron tales en algunos momentos posteriores de nuestra vida republicana.

Estoy vinculado al derecho muy cercanamente; soy, posiblemente, en la historia del Perú el único peruano que ha tenido el honor insigne de presidir las comisiones remisoras del Código Civil de 1984, del Código Procesal Penal y del Código de Ejecución Penal de 1991, y, finalmente, del Código Procesal Civil de 1992. Esta es la intervención mía en lo que se refiere a legislación nacional.

Pero quiero ahora ocuparme de temas más vinculados al Tribunal, reiterando mi agradecimiento a los magistrados que me han dado su confianza y también me han colocado frente al reto de hacer este Tribunal, el cual tiene una sobrecarga que ha sido señalada muy precisamente en su discurso memoria por el presidente cesante, Dr. Guillermo Rey Terry, cuya labor yo quiero recalcar. Debemos hacer, en consecuencia, honor a ese reto y, por lo tanto, yo digo que las cifras y las alternativas que ha señalado el Dr. Rey Terry en su discurso memoria van a ser rebasadas. Vamos a terminar el año 2003 con los procedimientos que son de conocimiento del Tribunal Constitucional al día; para eso nos ha confiado el pueblo peruano, a través del Congreso, su confianza.

La vieja teoría de Kelsen respecto a que el Tribunal Constitucional es un legislador negativo está superada ya por la doctrina. El Tribunal puede expedir sentencias de diverso tipo: sentencias aditivas, sentencias imperativas, sentencias interpretativas, sentencias innovativas y sentencias manipulativas. Por eso es que no nos vamos a concretar a declarar que tal o cual ley es violatoria de la Constitución y, por lo tanto, debe ser expulsada del orden jurídico del país, sino que vamos a darle a las leyes que han sido cuestionadas y que sean materia de demandas de inconstitucionalidad el sentido real y correcto que deben tener dentro del marco de la Constitución. Por eso yo afirmo este día que no habrá posibilidad alguna de que, como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional, puedan salir a la calle a pasear libremente quienes han cometido graves hechos que atentan contra el Estado de derecho y que no debe haber ninguna duda acerca de que quienes, por disposición de la Corte de San José de Costa Rica —órgano supranacional—, deban pasar del fuero privativo militar al fuero del Poder Judicial, puedan ellos lograr la impunidad. Eso no va a ocurrir.

Como supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional sabrá guardar el respeto debido por los poderes públicos y por los órganos constitucionales. El Congreso nos ha elegido para estar en el Tribunal Constitucional, pero la votación que nos enaltece ha roto ya el cordón umbilical. Consecuentemente, nosotros seremos también guardianes de que las leyes estén dentro de la normatividad constitucional. En lo que se refiere al Poder Judicial, manifestamos que nosotros, respetuosos como somos del Estado de derecho, también vamos a juzgar fórmulas que permitan que las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional puedan ser conocidas y aplicadas por todos los estamentos del Poder Judicial. Debe haber una cercana vinculación entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional para que no existan discrepancias entre los fallos que emitimos y los fallos que eventualmente puedan emanar de los magistrados de las distintas instancias; trataremos de que no ocurra y, para ello, es menester que exista una vinculación cercana e inmediata.

Asimismo, manifestamos claramente que nosotros vamos a respetar las competencias de los otros órganos del Estado, especialmente las que se refieren al Consejo Nacional de la Magistratura y al Jurado Nacional de Elecciones, así como de los otros organismos creados por la Constitución o por las leyes de la República.

No obstante, esperamos que se entienda que los fallos que nosotros expedimos son vinculantes y obligatorios, y tienen las sentencias del Tribunal el mismo efecto que las leyes que emanan del Congreso de la República. Ellas son obligatorias; incluso, mientras que se pueden cuestionar en el Poder Judicial las leyes para determinar si son ajustadas o no a la Constitución, los fallos del Tribunal Constitucional son de obligatorio cumplimiento.

Hay tareas muy importantes que afrontar; el Congreso tiene entre su agenda la eventual aprobación de una nueva Constitución. Esperemos que el Congreso asuma esa función con patriotismo y con prontitud, porque la Constitución que aún rige en nuestro ámbito nacional no es precisamente un modelo de destreza jurídica y tampoco tiene un origen limpio, sino a la inversa. Esa Constitución emanó de un Congreso Constituyente democrático cuya mayoría fue elegida por una minoría de la población; esa Constitución fue aprobada el 31 de octubre de 1993 por un referéndum que se hizo sin garantías para la población, cuando la cúpula militar, hoy día fuera de circulación, tenía la posibilidad de torcer la facultad del pueblo peruano, al margen de que se dieron actas y se manipuló el sistema informático. Yo espero que esa Constitución esté a la altura de las expectativas del pueblo y que, en lo que se refiere al Tribunal, nos mantenga las atribuciones que ahora le reconoce la actual carta política y, eventualmente, las que han sido sugeridas en debates surgidos dentro de la Comisión de Bases de la Reforma de la Constitución, creada por el gobierno transitorio del Dr. Valentín Paniagua.

Hay muchas sugerencias que habría que tratar en la tarde de hoy. Había sido convocada esta juramentación para la mañana, pero, por razones que ustedes ya comprenden, hemos tenido que aplazar el evento algunos minutos con la finalidad de que el acto tenga toda la solemnidad que se requiere. Yo agradezco al presidente de la República, quien, haciendo un esfuerzo al margen de las cuestiones protocolares, haya venido al Tribunal para, junto con nosotros, estar presente en este acto solemne y presenciar el juramento del presidente y vicepresidente del Tribunal.

Agradezco esta deferencia del presidente de la República; él tiene la convicción de que el Tribunal es el supremo guardián de la Constitución y también debe saber que aquí no tenemos militancia partidaria. Esta es la razón por la cual hemos tenido que cumplir con la formalidad impuesta por la ley de cesar en la militancia que teníamos, quienes tenemos convicciones políticas y las defendemos como debe defenderse todo valor inherente a la persona humana.

Concluyo manifestando que el Tribunal requiere reajustes y yo también me sumo al agradecimiento que ha hecho el presidente Rey Terry al personal que nos apoya en esta delicada labor. Se requiere hacer reajustes que permitan al Tribunal cumplir su meta; así como el Congreso de la República estuvo manipulado durante la dictadura y la Corte Suprema fue un reducto de la corrupción, el Tribunal Constitucional no estuvo al margen tampoco de las maniobras de quienes, a espaldas del pueblo, mediante fraude, rigieron los destinos de la República durante 10 años. Habrá, en consecuencia, una reestructuración en el Tribunal Constitucional y habrá trabajo cada día para que este organismo pueda cumplir cabalmente con las expectativas que el pueblo ha depositado en quienes somos magistrados del Tribunal.

Para evitar que haya discrepancias en las decisiones que mediante sentencias adopta el Tribunal Constitucional con los fallos que emite el Poder Judicial y con los que producen también algunos organismos administrativos, hemos creado el Centro de Estudios Constitucionales, el cual tendrá por finalidad hacer la investigación jurídica más amplia y profunda para beneficio de los nuevos magistrados del Tribunal. Asimismo, servirá para que permita que se divulguen las sentencias, a fin de que todos los que son operadores del derecho las puedan aplicar. En ese órgano del Tribunal van a tener, naturalmente, una participación importante los integrantes del periodismo nacional; vamos a establecer seminarios para capacitar periodistas que tengan que divulgar las sentencias del Tribunal Constitucional y las del Poder Judicial.

A cargo de este Centro de Estudios Constitucionales, el Tribunal ha dispuesto que esté el exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, el magistrado Magdiel Gonzales Ojeda, quien va a contar con maestros tan distinguidos como los que integran este Tribunal —excepto yo en cuanto a ser magistrado y distinguido, pero sí en cuanto a colaborar— y de quienes, en las universidades, también nos pueden proporcionar sus conocimientos. Por eso, yo espero que a partir del día de hoy se inicie una fase nueva en la labor del Tribunal. En eso estoy seguro de que tendremos la colaboración de todos: de los periodistas, de los juristas, de los académicos y, naturalmente, del personal que, desde la segunda planta, nos está escuchando con alguna expectativa.

A todos les digo que les agradecemos la colaboración, pero les vamos a demandar más trabajo. Ese trabajo es en beneficio no de quienes somos los magistrados que también estamos dispuestos a trabajar intensamente, redobladamente para beneficiar al país. Asimismo, agradezco a quienes, dejando labores importantes en el Congreso, en el Poder Judicial y en otros organismos del Estado, han tenido la gentileza de venir el día de hoy a esta ceremonia, que ha sido en

alguna medida alterada en lo adjetivo, pero que mantiene su esencia. Nosotros queremos estar siempre en contacto con la comunidad; somos un instrumento al servicio del país y, en eso, seremos, sin duda alguna, personas que no van a tener vacilación alguna en cuanto a cumplir sus deberes. A todos ustedes les agradezco su asistencia; confíen en quienes hoy día estamos encargados de regir el destino del Tribunal Constitucional.

No quiero terminar sin rendir homenaje a quienes fueron víctimas de la dictadura, a tres magistrados ejemplares: Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano. Los tres magistrados dieron ejemplo de entereza, de probidad y de valentía; sabían que se enfrentaban a una dictadura que no reparaba en medios. Fueron destituidos por esa cúpula que hoy en día es considerada ominosa, la cual condujo los destinos del Congreso de la Nación; sin embargo, la justicia ha llegado y desde hace dos años están reincorporados. Yo les digo a ellos que dieron una lección al país de lo que deben ser los magistrados cuando son honestos, cuando son íntegros; por eso, al rendirles homenaje, les expreso, y con eso termino, que el Tribunal ha acordado crear una Medalla de la Constitucionalidad para que sea entregada a quienes, no siendo miembros del Tribunal, se han distinguido en la defensa del Estado de derecho. Así pondremos de manifiesto ahora y en el futuro que el pueblo no olvida, que el pueblo es soberano y que el pueblo premia a quienes saben defender la Constitución, las leyes y la soberanía popular.

Muchas gracias.

Alva Orlandini: El referente del Tribunal Constitucional

✍ Víctor García Toma*

Javier Alva Orlandini fue una de las figuras más prominentes de la lucha por la democracia y el respeto por los valores, principios e instituciones constitucionales, en el Perú de segunda mitad del siglo XX y de los primeros años del siglo XXI.

Su biografía se encuentra asociada a la tradición cívica, al parlamentarismo, a la defensa intuito persona del Estado de derecho y a la consolidación de la justicia constitucional en nuestro país.

Su trayectoria política se encuentra íntimamente vinculada al nacimiento y desarrollo de Acción Popular. Encabezó la generación juvenil que acompañó a Fernando Belaúnde Terry en la construcción de un proyecto político que buscaba ofrecer al Perú la conquista de una sociedad más fraterna, democrática, renovada y republicana.

Su participación desde las luchas universitarias contra la dictadura del general Manuel A. Odría en el Frente Nacional de Juventudes Democráticas y luego en Acción Popular expresó una férrea convicción por los valores de la libertad y

* Abogado por la Universidad de San Martin de Porres. Magíster en Derecho constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Exmagistrado del Tribunal Constitucional (2002-2007). Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (2008-2010). Ministro de Justicia (2010) y Juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Código ORCID: 0000-0001-6801-4298. Correo electrónico: garciatoma@hotmail.com

la democracia; así como la importancia que siempre le asignó a la organización partidaria como escuela de ciudadanía, formación cívica y participación pública.

Su activismo político no tuvo cálculo por los beneficios personales ni tuvo paréntesis durante las etapas en donde la cárcel o el destierro eran el «justo castigo» para los consecuentes. Fue hombre de una sola bandera política. Es dable rescatar el papel que asumió durante la dictadura militar del general Juan Velasco Alvarado. Tras su expulsión del país, su regreso clandestino para proseguir la lucha por la recuperación democrático, fue un testimonio de coraje y compromiso ciudadano.

Su labor parlamentaria fue ejemplar. Desde su condición como diputado, senador o presidente del Senado de la República, su conducta siempre estuvo marcada por la dación de leyes de carácter social, su espíritu serenamente indomable en el debate público, tenacidad en el control político y animosidad en la deliberación democrática.

No menos valiosa fue su participación en su condición de ministro de Gobierno y Policía durante el primer periodo presidencial de Fernando Belaúnde. Desde esa responsabilidad mostró una faceta del funcionario encargado de la conducción política y administrativa de un sector especialmente sensible del Estado en tiempo político de fronda.

Fue histórica su censura promovida en la lucha parlamentaria de la época. A diferencia de otras de esa naturaleza, peleó sin desfallecimiento alguno. Este hecho se encuentra registrado en los anales del parlamentarismo mundial. Vencido por los votos, pero jamás rendido.

Durante el segundo gobierno de Belaúnde Terry fue segundo vicepresidente de la República. Ese cargo lo ubicó en uno de los niveles más altos de la estructura constitucional del Estado.

Su presencia en la fórmula presidencial de 1980 tuvo, además, un significado histórico particular: formó parte del retorno del Perú a la democracia luego del período de gobierno militar. En ese contexto, Alva Orlandini expresó la presencia y voz de la representación de las provincias y la búsqueda de la legitimidad democrática de las instituciones.

Cabe señalar que su figura no se explica únicamente por los cargos que ocupó, sino por el modo en que los ejerció. En una época de fuertes tensiones ideológicas, crisis institucionales y debilitamiento de las lealtades políticos, representó la importancia de la continuidad democrática, del respeto a la palabra empeñada y de la lealtad a valores y principios cívicos y políticos.

Su ejercicio profesional como abogado litigante eficiente, recto y firme le hizo ganar un espacio entre los letrados más encumbrados de su época. Ganó significativa reputación no solo por conocer profusamente el mundo de las leyes, artículos, plazos o procedimientos. Su reconocimiento mayor derivó del hecho de ejercer el derecho con competencia técnica, criterio ético, sentido de justicia y responsabilidad social.

Fue un buen abogado porque supo defender intereses concretos, pero sin perder de vista que el derecho no es solo una herramienta de litigio, sino también un instrumento de orden, convivencia y protección de la dignidad humana.

En síntesis, defendió con preparación, aconsejó con honestidad, argumentó con claridad, actúo con ética; entendió, sin paréntesis alguno que el derecho debe estar siempre al servicio de la justicia y de la persona humana.

Empero, su designación como magistrado del Tribunal Constitucional en el 2002 constituyó la etapa más admirable de su trayectoria pública.

El ejercicio de la presidencia del más alto Tribunal de la República se produjo en un momento especialmente álgido para la vida institucional del país. El Perú venía de una etapa de crisis democrática e iniciaba la recomposición del orden constitucional, luego de la caída del régimen fujimorista.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional se consolidó como un verdadero órgano de control del poder, garante de la supremacía de la Constitución y protector de los derechos fundamentales.

Su presencia aportó una experiencia singular. Allí conjuntó su experiencia como abogado y político y le sumó sus dones personales de responsabilidad, laboriosidad y tenacidad para sacar adelante sus planes y programas institucionales.

En ese sentido, su presidencia debe valorarse no solo desde la producción jurisdiccional del Tribunal, sino también desde su dimensión institucional. Dirigió la institución afirmando su independencia, ordenando su funcionamiento y proyectándola como una institución capaz de cumplir una función jurisdiccional útil, transparente y al servicio de los intereses de los ciudadanos amparados por la Constitución.

Su vida pública permite afirmar que la democracia y el constitucionalismo como anverso y reverso de republicanismo no solo fue una ideología, doctrina o militancia; fue fundamentalmente el ejercicio de una conducta cívica y moral que implicó sostener indeclinablemente una posición, aun en los tiempos de autoritarismo.

En mi caso particular, conocía desde siempre a Javier Alva. En mi casa se hablaba y practicaba la política, con los mismos valores, incluso con otra bandera política.

Su nombre era continuamente mencionado por mi padre, que era trabajador del Senado.

Se refería a él con discrepancia, pero también con respeto.

En lo personal, me lo imaginaba adusto. Contribuyó a esa consideración un retrato suyo con lentes oscuros cuando le tocó ser ministro de Gobierno y Policía.

Su voz nasal y su aparente carácter seco, lo hacía supuestamente lejano a la bonhomía y el trato cordial.

Cuando nos tocó conformar ese histórico Tribunal del 2002-2007 con Magdiel Gonzales, Juan Bautista Bardelli, Guillermo Rey Terry, Manuel Aguirre Roca y la gran Delia Revoredo, tuve como primera impresión que inevitablemente no seríamos amigos ni cordiales colegas.

Me equivoqué de cabo a rabo. Javier fue un hombre bueno, alegre, cordial, pletórico de humanidad. Nuestra fecunda amistad perduró hasta su partida.

En más de una ocasión hizo repaso, en refrescantes tertulias, de sus peripecias políticas y de sus afectos familiares.

Nunca olvidaré cuando, mientras conversamos en su oficina, recibió la noticia del fallecimiento de su hermano Miguel. Súbitamente pálido, se levantó y trató de mantener la compostura, pero luego me agarró fuertemente del brazo y lloró con hondo dolor. Tengo grabada para siempre esa escena.

Fue amigo de sus amigos, entre correligionarios, viejos abogados y otrora adversarios políticos. Con ellos aprendí que la vida debe vivirse sin espíritu fresco, sin amargura y con comprensión.

Me enorgullece haber conocido a un grande de la política que hizo del Tribunal Constitucional una puerta abierta de par en par para brindar seguridad a la Constitución y los derechos de la persona.

El afecto que le guardo lo comparto con todos los suyos; son de la misma madera y buscan el mismo puerto: Un país mejor para las nuevas generaciones.

Su legado está inscrito en el corazón y la memora de la patria.

¡Que viva Javier Alva Orlandini!

Homenaje a la vida y carrera profesional de un defensor de la democracia y del constitucionalismo peruano

✍ Luis Andrés Roel Alva*

Homenajear a Javier Alva Orlandini, mi abuelo, ha sido, sin duda alguna, un reto académico y personal para todos aquellos que nos hemos embarcado en esta insigne misión, por cuanto hacerlo ha conllevado recorrer la trayectoria de una persona que ha sido testigo y protagonista de los capítulos más importantes de la historia del Perú, aportando significativamente a nuestra nación; algo que todo ser humano, en sus más profundas y patrióticas aspiraciones, desearía realizar.

Es así como la presente obra tiene como propósito reconocer la trayectoria personal, académica y política de Javier Alva Orlandini, quien a lo largo de su vida se ha desenvuelto en tantos cargos como su ímpetu, valores y esfuerzos le han permitido desempeñar; así, ha ejercido denodadamente funciones como ministro, diputado, senador, congresista de la República, vicepresidente del Perú y magistrado del Tribunal Constitucional peruano, llegando en este último caso a ser su presidente.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla–La Mancha (España). Maestro en Gestión Pública en USMP. Con Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (EE. UU.) en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Código ORCID: 0000-0002-9784-137X. Correo electrónico: luis.roelalva@gmail.com

Es, justamente, a efectos de lograr el nivel de homenaje que corresponde a tan distinguida personalidad, que permite destacar, desde una perspectiva integral, los aspectos más relevantes de la vida política y jurídica de Javier Alva Orlandini, poniendo en relieve su compromiso con la defensa del orden democrático y su significativa contribución al desarrollo del constitucionalismo peruano.

En este tenor, resulta pertinente resaltar el pensamiento y la trayectoria del homenajeado, cuya actuación pública se caracterizó por una firme vocación democrática y un constante esfuerzo por fortalecer las instituciones del Estado, especialmente en contextos de tensión política.

Asimismo, puede advertirse que la vida y obra de Javier Alva Orlandini reflejan no solo una destacada carrera en el ámbito político, sino también un profundo compromiso con la labor académica y la difusión del derecho constitucional, lo que ha contribuido a consolidar su reconocimiento como una figura clave en la historia jurídica del Perú.

Respecto al contenido del presente homenaje que me concierne presentar, debo señalar que la misma se compone de tres partes. La primera está destinada a la trayectoria política del homenajeado, la cual ha sido bastante fructífera por cuanto ha sido fundador del Frente Nacional de Juventudes Democráticas, así como uno de los fundadores del partido Acción Popular; fue vicepresidente de la República, ministro de Estado, diputado, senador y congresista de la República.

Ejemplo de lo señalado es que dentro de su labor parlamentaria tiene el mérito de habérsele aprobado casi 300 proyectos de ley, leyes que han respondido a las necesidades populares; así como haber participado de casi la totalidad de cuerpos normativos, muchos de ellos aún vigentes[1].

Bajo esta línea, su trayectoria política no solo se tradujo en el ejercicio de altos cargos públicos, sino que también sentó las bases de una sólida formación jurídica y constitucional, orientada a la defensa del Estado Constitucional de derecho. Es más, esta experiencia integral le permitió proyectar, en una etapa posterior, su vocación de servicio hacia el ámbito jurisdiccional, donde consolidó su perfil como uno de los principales referentes del constitucionalismo peruano.

---

1 Ver: http://www.congreso.gob.pe/Docs/participacion/museo/congreso/files/289.alvaorlandini.pdf. Consultada el 25 de noviembre de 2017; http://www.justiciaviva. http://www.org.pe/tc_aldia/organigrama/mag/javier_orlandini.htm. Consultada el 25 de noviembre de 2017.

En efecto, su paso por nuestro Tribunal Constitucional evidenció una clara orientación garantista, así como una preocupación constante por dotar de contenido y eficacia a los derechos fundamentales, contribuyendo a fortalecer el rol de dicho órgano como intérprete supremo de la Constitución.

De igual modo, su actuación estuvo marcada por una visión institucional que buscó no solo resolver conflictos concretos, sino también generar criterios que orientaran la actuación de los poderes públicos y promovieran una cultura constitucional en la ciudadanía.

Por otro lado, tenemos una segunda sección relacionada a su función como jurista y magistrado del Tribunal Constitucional. En este aspecto, Javier Alva Orlandini tuvo grandes logros gracias a los magistrados que lo acompañaron en su Colegiado, así como los asesores y personal administrativo, que le permitieron no solo emitir una línea jurisprudencial tuitiva y ordenar los contenidos de la Constitución política, lo que ha puesto a este órgano jurisdiccional en el sitial relevante que siempre debió tener dentro de nuestro Estado, sino que, además, aportó a la misma gestión del Tribunal, implementando mecanismos y procesos para mejorar su eficiencia, como la creación de las salas, el Reglamento de Organización y Funciones[2], las sesiones descentralizadas que permitieron acercar la justicia constitucional a lugares apartados de nuestro país, siguiendo una propugna de vida política partidaria, «pueblo por pueblo». Tal como lo decía Belaúnde Terry (1995) en su libro del mismo título.

Sobre este punto, citamos a Alva (2005) en la *Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional del 2005*, en la cual se señala que:

> El Tribunal Constitucional ha tenido presencia en los lugares más remotos y apartados del país; realizando audiencias, incluso, en ciudades de gran altura sobre el nivel del mar y de climas gélidos o muy calurosos, como es el caso de la ciudad de Cerro de Pasco, a más de 4 mil metros de altura; Puno, a más de 3800 metros, ambas ciudades consideradas entre las más altas del mundo; y otras, con climas de más de 38° grados, como Iquitos, Nauta, Pucallpa y Oxapampa. Se realizaron un promedio de cinco audiencias por día, lo que demandó un gran esfuerzo por parte de los magistrados, quienes tuvieron que recorrer miles de kilómetros de caminos pedregosos y en muy mal estado, soportando lluvias intensas y temperaturas extremas. Se reali-

2 Resolución Administrativa N.º 096-P-TC, de fecha 15 de julio de 2003.

> zaron audiencias aún allí donde se registraron luctuosos sucesos como los ocurridos en la ciudad de Ilave, en el departamento de Puno. En este lugar, el pueblo Aymará, a quien se le sindicó como responsable de actos de violencia, participó masivamente en la audiencia, haciéndolo con gran interés y complacencia. (p. 28)

Cabe señalar que, como jurista y parlamentario no solo emitió un vasto conjunto de normas legales, sino que, además, participó en innumerables eventos académicos, entre conferencias, seminarios y congresos académicos a los cuales se le invitaba frecuentemente –y nunca rechazaba–; asimismo, en su época como magistrado y presidente del Tribunal Constitucional hizo docencia a través de sus ponencias y extensos fundamentos de voto y votos y singulares, porque él siempre ha creído que la labor del Tribunal Constitucional es hacer docencia constitucional para el litigante y para el ciudadano de a pie.

En ese contexto, su labor académica y jurisdiccional no se limitó a la interpretación de la Constitución vigente, sino que evidenció una constante reflexión crítica sobre el ordenamiento constitucional, orientada a su perfeccionamiento. En realidad, esta vocación por el análisis y la mejora del sistema jurídico se vio reflejada en su producción intelectual y en su desempeño como magistrado, donde no solo aplicó el derecho, sino que contribuyó activamente a su desarrollo. De hecho, ello revela una visión integral del derecho, en la que la práctica jurídica y la elaboración doctrinaria convergen en la búsqueda de un sistema más justo y acorde con las exigencias sociales.

Por último, no debemos olvidar un importante trabajo académico, el proyecto de Constitución Política y su respectiva Exposición de Motivos que fuera diseñada por Javier Alva Orlandini, la cual da cuenta de su profunda preocupación por perfeccionar y hacer acorde a los intereses y derechos del pueblo, la normativa constitucional. Cabe resaltar que el proyecto de Constitución Política diseñado por Javier Alva Orlandini, y su respectiva Exposición de Motivos, han sido antes presentadas en la Revista Estado Constitucional en sus números 4 y 5.

Del mismo modo, resulta pertinente destacar en la trayectoria de Javier Alva Orlandini que su vida pública estuvo marcada por un firme compromiso con los valores democráticos y el fortalecimiento del Estado Constitucional de derecho. En ese sentido, su desempeño en los diversos cargos que ejerció evidencia una constante vocación de servicio y una contribución significativa al desarrollo político y constitucional del país, lo que permite comprender la relevancia de su legado dentro del ámbito jurídico peruano.

En definitiva, el presente homenaje ha procurado rendir una merecida distinción a Javier Alva Orlandini por su larga y profunda contribución a la sociedad peruana, y ello no solo por su destacada participación en el ámbito político, sino, además, por las decisiones que tuvo que tomar como magistrado y presidente del Tribunal Constitucional, junto con el colegiado que lo acompañó, a efectos de dar coherencia al ordenamiento jurídico peruano y tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por lo que, en este momento, quisiera hacer una cita puntual a su exposición verbal del día jueves 17 de octubre de 1996 en el Congreso de la República, y luego recogida en un fundamento de voto en una de las decisiones que formuló como miembro del Tribunal Constitucional, cuando se defendió de los embates de la mayoría fujimorista que pretendía suspenderlo por noventa días, tras haber arrojado al centro del hemiciclo una copia de la Constitución de 1993, sanción que al final se perpetuó, pero que nos deja estas importantes y transcendentales palabras del homenajeado:

> Yo tengo principios que los defiendo y que no los vendo, los cuales me han permitido tener un lugar en la historia del Perú, un lugar muy modesto por supuesto, por lo que estoy en paz con mi conciencia. […] **yo tengo que seguir el rumbo de mis antecesores defendiendo los intereses de la patria y dejar un nombre para quienes en mi familia quieran seguir mis huellas**. (énfasis agregado).

Este es el legado que el homenajeado nos ofrece y dicta a seguir a su familia, amigos, políticos, juristas y jueces constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Tribunal Constitucional. *Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional Dr. Javier Alva Orlandini 2005*, Lima: Tribunal Constitucional, 2005, p. 48.

Belaúnde Terry, F. (1995) *Pueblo por pueblo*. Editorial Minerva.

Semblanza al doctor Javier Alva Orlandini

✍ Tania Patricia de los Ríos Rivera*

Agradezco al magistrado César Ochoa Cardich, director del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, y a los que los que laboran en el CEC, la posibilidad de realizar esta semblanza de una persona que considero uno de los políticos y juristas más influyentes del Perú en el siglo XX, cuyo pensamiento y labor ha trascendido en la actualidad en muchos ámbitos de la vida de nuestro país, un reconocido líder histórico y fundador de un partido político. Uno de esos personajes trascendentes que considero nacen cada determinado tiempo para construir y aportar a la patria, con quien, agradezco a Dios, tuve el privilegio de trabajar como asesor en su despacho durante su permanencia en el Tribunal Constitucional como magistrado y presidente de esta institución.

Nació en Cajamarca, el 11 de diciembre de 1927. Hijo de don José Felipe Alva Alva y de Blanca Orlandini. Su padre fue abogado, poeta y senador por Cajamarca. Estando cerca del doctor fui testigo de cómo, con mucho cariño, imprimió un libro con las poesías de su padre. Vivió desde temprana edad en Trujillo. En 1946 ingresó a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde estudió Derecho y Ciencias Económicas. Se graduó de bachiller en Derecho con su tesis titulada *El pacto de preferencia* (1952) y se recibió como abogado el 16 de enero de 1953.

* Abogada. Jefa de la Oficina de Gestión Documental y Atención a la Ciudadanía. Código ORCID: 0009-0006-2032-037X. Correo electrónico: tdelosrios@tc.gob.pe

Fue un líder de opinión desde su época de estudiante universitario. Me comentó alguna vez que luchó contra la candidatura única a la presidencia del general Manuel A. Odría (1950) y fue presidente del Centro Federado de los Estudiantes de la Facultad de Derecho (1952). Debido a sus actividades políticas, sufrió prisión durante tres meses en El Frontón.

Sufrió el exilio durante el gobierno del General Velasco Alvarado; el 11 de junio de 1974 fue detenido por agentes de seguridad del Estado y conducido al aeropuerto para deportarlo a Buenos Aires. Don Javier Alva Orlandini se negó a abordar el avión y ante el forcejeo y escándalo desatado, el capitán del avión se negó a transportarlo. Por ello, fue deportado vía terrestre a Bolivia, donde estuvo unos días y regresó al Perú vía aérea. En el aeropuerto lo reconocieron y lo enviaron otra vez a Bolivia por tierra. De Bolivia paso a Buenos Aires y después a Guayaquil para finalmente retornar clandestinamente al Perú por la frontera, continuando así su lucha por la democracia en el Perú. En 1975, el gobierno del general Francisco Morales Bermúdez dio amnistía a los deportados políticos, lo que significó el fin de su permanencia ilegal en Perú.

Su partida ocurre coincidentemente en la fecha de conmemoración del denominado «manguerazo», acto de protesta política que permitió en 1956 la inscripción de don Fernando Belaunde Terry como candidato presidencial durante el gobierno del General Manuel Odría.

El doctor Javier Alva Orlandini —JAO, como el mismo firmaba algunos documentos (hasta en eso se adelantó a su época, ahora que están de moda las siglas)— dedicó más de siete décadas a la vida pública, al engrandecimiento de nuestra patria, el Perú, ocupando los cargos de mayor relevancia en los poderes del Estado:

Su aporte al Perú en el Poder Ejecutivo se realizó cuando fue **segundo vicepresidente de la República** durante el segundo gobierno de don Fernando Belaúnde Terry (1980-1985) y **ministro de Gobierno y Policía** en el primer mandato del mismo (1965-1966). Como el doctor me comentó alguna vez, es ahí en donde se le comenzó a denominar «lechuzón», porque en su actividad como ministro iba de noche acompañando a los policías en los operativos, y también en esta época es la famosa exposición ante la cámara de diputados que duró 16 horas consecutivas, uno de los discursos más largos en la historia.

Su aporte al Perú en el Poder Legislativo fue cuando fue elegido por voto popular como diputado en 1963. Durante esos años se puede mencionar, entre sus múltiples iniciativas legislativas, el proyecto de Ley de Elecciones Municipales.

También fue elegido por voto popular como senador (en dos periodos 1980-1985 y 1990-1995), congresista (1995-2000) y honró a nuestra patria al ser **presidente del Senado** (1981 y 1982).

Durante su trabajo en el Senado, fue quien impulsó y dirigió como presidente de las Comisiones Especiales la elaboración de un nuevo Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal (1991) y el Código Procesal Civil (1992). Asimismo, participó en la Comisión encargada de redactar la Ley General de Sociedades y la Ley de Títulos de Valores.

Con esta vasta experiencia de trabajo en servicio al Perú, en mayo del 2002 fue elegido **magistrado del Tribunal Constitucional** y posteriormente **presidente del Tribunal Constitucional** (2002–2005). Luego de ello continuó siendo magistrado hasta el 2007.

Durante su paso por el Tribunal, entre las muchas sentencias que se dictaron podemos destacar: la Sentencia de inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista (DL 25475, 25659, 25708 y 25744) Expediente 00010-2022-AI, sobre el antejuicio y juicio político, respecto a los vacíos y contradicciones de la constitución de 1993 (expediente 0006-2003-AI), sobre la vigencia y constitucionalidad de la Constitución de 1993 (expediente 00014-2003-AI) la responsabilidad solidaria de los funcionarios públicos y de la Fiscalía de la Nación (00015-2001-AI/TC, 00016-2001-AI/TC y 00014-2002-AI/TC), entre otras.

Justicia que tarda no es justicia. En su labor, lo primero que observó fue que todos los proyectos de los expedientes para ser resueltos pasaban por la firma de los siete magistrados, por lo que ideó e impulsó —incluso en el legislativo— la creación de las salas en el Tribunal para que determinados casos se resuelvan en menor tiempo, sin preocuparse de que se reconocieran como suyas dichas acciones ni que estuvieran en su mandato como presidente.

También la descarga procesal fue uno de los temas prioritarios. Inició un control externo que constituía en atender al público a fin de que le hagan conocer eventuales retardos o irregularidades en el trámite de los procesos. Entre las múltiples anécdotas, una que llamó particularmente mi atención fue la de una señora del Perú profundo que solicitaba se revise el expediente de su hijo enfermo privado de libertad, que tenía mucho tiempo en el Tribunal, y que, al buscarlo, se encontró que dicho expediente se había caído detrás del armario. Se priorizó el expediente y fue resuelto. El control interno constituía en que, con ayuda de los ingenieros de sistemas, se realizaban listas de expedientes por año de ingreso a este Tribunal a fin de hacer seguimiento de los mismos con los asesores, así como se inició el

reporte de los asesores de resolver dos proyectos de expediente diarios, entre otras medidas. Se inició también las denominadas firmas rápidas, que en ese momento era el pedido de JAO a Relatoría y Secretaría de todo lo pendiente de firmar, y personalmente reunía a todos los magistrados y les distribuía dichos proyectos convocándolos a que firmen dichos proyectos. Con estas y otras medidas se lograron publicar numerosas sentencias, sin preocuparse de que los números de sentencias publicadas pertenezcan a su gestión, sino porque se imparta justicia sin demora.

Se realizaron audiencias públicas descentralizadas en diversos lugares del país con el propósito de acercar la justicia constitucional al pueblo y se realizaron audiencias en universidades, acercando el Tribunal Constitucional a los estudiantes de Derecho.

Destaco en el doctor Javier Alva Orlandini, su patriotismo, su honestidad, su vocación de servicio, su laboriosidad, su capacidad de trabajo, su profesionalismo, su capacidad para trabajar sin buscar aplausos y anteponiendo el amor por su país el Perú, su liderazgo político**,** no se preocupó por entornillarse en el cargo (una semana antes de la fecha de su salida del Tribunal Constitucional ya había desocupado su oficina), no se preocupó porque las acciones de trabajo que generaran mejora al Tribunal Constitucional de mayor cantidad de expedientes resueltos, sentencias emblemáticas, fueran números de su gestión como presidente con un desinterés propio y enfoque en el bien común, por el bien del Perú. Resalto lo que indiqué al inicio, es uno de los políticos y juristas más influyentes del siglo XX y su legado perdura hasta nuestros días. Es uno de esos personajes trascendentes que considero nacen cada determinado tiempo para construir y aportar a la patria.

JAO: semblanza del activismo político al activismo jurisdiccional

✍ Carlos Enrique Peláez Camacho*

En principio, expreso, en estas primeras líneas, mi agradecimiento al Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional por permitirme la posibilidad de exponer algunos aspectos que considero destacables del desempeño político y profesional de una persona que, desde la función pública, dedicó gran parte de su vida a servir a la nación en los diferentes e importantes cargos que le tocó ejercer, sea por elección popular o por designación.

Resulta muy grato para mí poder referirme a don Javier Alva Orlandini, no solo por el gran aprecio, respeto y admiración que le tengo, sino, sobre todo, por la oportunidad de expresar, a través de este texto, la singular importancia de su paso por la política peruana y, particularmente, por la función jurisdiccional constitucional en nuestro país, siendo este último ámbito en el que tuve el privilegio de constatar, más de cerca, la claridad y asertividad de su pensamiento y de sus convicciones democráticas para promover, a partir de los instrumentos del derecho, la defensa de valores supremos como el respeto por la dignidad del ser humano, la justicia, la libertad, la igualdad, entre otros.

* Abogado por la Universidad de Lima. Egresado de la maestría de Derecho Procesal de la Universidad San Martín de Porres. Código ORCID: 0009-0006-7532-3850. Correo electrónico: cpelaezca@gmail.com

La destacada trayectoria del Dr. Javier Alva Orlandini en la historia política contemporánea de nuestro país es harto conocida; no obstante, resulta imperativo citar algunos momentos de esa vasta experiencia que se produjeron en su activa participación política.

El primer hecho que, en mi opinión, corresponde destacar en la historia del Dr. Alva Orlandini en el ámbito de la política es su decisiva participación en la fundación de Acción Popular, organización política que, a la fecha, se mantiene vigente en nuestro país, con una tradición democrática reconocida.

A partir de esa sobresaliente contribución en la esfera política es que don Javier Alva fue elegido diputado para el período 1963-1968, senador de la República para los períodos 1980-1985 y 1990-1995, y congresista para el período 1995-2000. Asimismo, ejerció como vicepresidente de la República en el período 1980-1985 y fue designado ministro de Estado en 1965.

Más allá del mérito democrático que supuso la participación del Dr. Alva Orlandini en las elecciones generales de nuestro país, cabe mencionar su activa contribución en la gestión propia de la actividad parlamentaria. Fue designado presidente del Senado para el período 1981-1982; presidió, también, la Comisión Revisora del Código Civil (1983-1984) y las comisiones especiales que elaboraron el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Ejecución Penal y el Código Procesal Civil. Además, fue autor de una considerable cantidad de iniciativas legislativas que fueron aprobadas por el Parlamento, como las de reforma electoral y elecciones municipales, entre otras, lo cual denota su interés constante y permanente por el fortalecimiento del orden jurídico y una notable capacidad para el trabajo.

En junio de 2002, el Congreso de la República eligió al Dr. Alva Orlandini como magistrado del Tribunal Constitucional, cargo que desempeñó hasta setiembre de 2007.

En la introducción de uno de sus libros publicados, *Procesos constitucionales: los diez fundamentos*, el Dr. Alva Orlandini hace referencia a su paso por el TC señalando que no tenía experiencia como magistrado y que sus méritos, previo a asumir la función de magistrado del Tribunal Constitucional, «se circunscribían a una larga e intensa actividad profesional como abogado» (Alva, 2011, p. 12) y a la anteriormente reseñada actividad política.

Es evidente que la experiencia previa como profesional del derecho, especialmente en el ámbito de la defensa jurídica, en definitiva, ha contribuido a optimizar el ejercicio de la magistratura, siendo un elemento sobresaliente para

desempeñar, de una mejor manera, la alta tarea de impartir justicia, en este caso, constitucional. Sin embargo, considero que igual de importante es el perfil y la gran experiencia política anterior del Dr. Javier Alva que, en este caso en particular, le sirvió para gestar un ejercicio del cargo de magistrado y presidente del Tribunal Constitucional digno de resaltar, fundamentalmente considerando el importante valor agregado que supuso para la actuación jurisdiccional y administrativa de este órgano de justicia constitucional.

EL ROL PROTAGÓNICO DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL

Diría, en principio, que existen varios aspectos que pueden abordarse con relación al rol preponderante que tiene un magistrado en el desempeño jurisdiccional del Tribunal Constitucional, partiendo de la premisa de que son las personas las que hacen a las instituciones y no a la inversa.

En ese sentido, cobra especial relevancia no solo el que estén expresa y claramente delimitadas, tanto constitucional como legalmente, las funciones que debe cumplir el TC como parte del sistema de justicia de nuestro país, sino fundamentalmente cuál es la visión que tienen de ese rol funcional quienes van a ocupar y ejercer esta alta magistratura.

Comienzo por destacar la convicción, proveniente de los ideales democráticos, conocimientos, principios y valores, y la asertividad elementales para resolver las causas, que les permita, además, obtener la legitimidad necesaria para ganar credibilidad y confianza en la ciudadanía y, sobre todo, en quienes buscan en la impartición de justicia constitucional la reivindicación de sus derechos conculcados. A decir de Taruffo, «[e]stamos, pues, ante una legitimación política esencial y no formal, que se adquiere no antes del nombramiento, sino a través de su actividad» (p. 35).

En junio de 2002 fueron elegidos magistrados del TC, además del doctor Javier Alva Orlandini, los doctores Magdiel Gonzáles Ojeda, Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen y Víctor García Toma, quienes conjuntamente con los doctores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano conformaron el colegiado constitucional. En diciembre de ese mismo año fue elegido presidente del TC don Javier Alva Orlandini y bajo su presidencia, que duró 3 años, y con el valioso apoyo y aporte de los magistrados, se produjeron cambios importantes en la visión y en la forma de ejercer y cumplir la función en este órgano de justicia constitucional.

En el ámbito jurisdiccional, la resolución de las causas que ingresaban para un pronunciamiento, en última y definitiva instancia, fueron aspectos prioritarios para la gestión, hecho que se ve reflejado en las cifras estadísticas de aquel período. Se pasó de resolver 1 172 procesos en el año 2002 a 4 602 en el año 2003, 4 164 en el año 2004 y a 7 061 en el año 2005, último año de la presidencia de don Javier Alva, ya con la incorporación, como magistrados del TC, de los doctores Juan Vergara Gotelli y César Landa Arroyo, ocurrida en el mes de diciembre de 2004.

El cambio se produjo también en el ámbito administrativo con la elaboración de nuevos documentos de gestión y, en particular, con la entrada en vigencia de un nuevo Reglamento Normativo de la institución, aprobado por Resolución Administrativa 095-2004- P/TC, del 14 de setiembre de 2004, y la creación de dos Salas en el TC, propuesta recogida en el artículo 5 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la atención más dinámica de los procesos.

Sin embargo, considero que el rol más destacable y trascendente de los magistrados —surgido a partir de 2002 y más marcadamente desde 2003 en adelante— es la capacidad que se ha tenido, a propósito de las decisiones jurisdiccionales adoptadas y la manera de fundamentarlas, de irradiar los criterios jurisprudenciales en diferentes ámbitos del quehacer jurídico. Asimismo, la capacidad de darle mayor vigencia y connotación a la Constitución Política del Perú, que pasó de ser una norma de ideales, principios y valores poco conocidos y ejercitables para la ciudadanía a una norma con disposiciones plenamente reclamables.

Cabe destacar también la capacidad que se tuvo de crear conciencia en la sociedad de que existen derechos fundamentales consagrados en nuestra carta política y que existe un órgano constitucional encargado de garantizar su vigencia efectiva y de protegerlos, hecho que se consiguió, en parte, con la realización de aproximadamente 131 audiencias descentralizadas en diferentes lugares del territorio nacional, particularmente durante los años 2003, 2004 y 2005.

Y es que lo que se produjo, a partir de algunas resoluciones del TC, es una especie de docencia jurisdiccional. No hay ámbito, sea académico, jurisdiccional propiamente o administrativo, en el que no se analizara o citara una sentencia del TC. Está claro que, si bien una de las finalidades que se pretende alcanzar en el marco de un proceso jurisdiccional es resolver una controversia y, por tanto, la decisión que se adopte tiene efectos solo *inter partes*, es evidente que, especialmente en el caso de la justicia constitucional, se producen efectos en la decisión que trascienden la esfera de las partes procesales y los criterios esbozados en las resoluciones se convierten en parámetros de actuación, sea jurisdiccional o administrativa, e incluso de proceder en el ámbito privado.

En buena cuenta, un juez en general y un magistrado del TC en particular, como creadores permanentes del derecho, se han convertido también en agentes del cambio de los diferentes ámbitos de la sociedad contemporánea, cambio que será positivo o negativo, dependiendo, entre otros aspectos, de la asertividad, razonabilidad, necesidad y oportunidad de sus pronunciamientos.

DEL ACTIVISMO POLÍTICO AL ACTIVISMO JURISDICCIONAL

Vuelvo a referirme a don Javier Alva Orlandini para decir que, en su caso, el tránsito de la actividad política a la de la jurisdicción constitucional ha sido, de alguna manera, la continuación natural de una mística de trabajo y de país. Es decir, de un mismo modo de contribuir, desde otro ámbito del Estado, con la consolidación de los valores democráticos, a partir de la promoción y defensa de los derechos fundamentales y de garantizar la supremacía de la Constitución Política del Perú.

Esa unión con el trabajo y con el servicio a la nación es lo que ha caracterizado el desempeño del Dr. Javier Alva en la función pública. Primero, en su trayectoria política —como ya hemos mencionado brevemente en los párrafos anteriores— como un hacedor o generador de una variedad de importantes iniciativas legislativas y de una más que destacada gestión administrativa en la Presidencia y en las diferentes comisiones de trabajo que le tocó también presidir e integrar en el Parlamento de la República, actuación que podríamos calificar como un esforzado activismo político.

En segundo lugar, no por su importancia, sino por razones cronológicas, su desempeño en el Tribunal Constitucional no ha hecho más que confirmar esa mística de afrontar con la misma pasión por el trabajo y por el cumplimiento del deber el encargo que recibió para servir al país como juez constitucional y dejar a la institución, con la participación activa del colegiado que integró, en lo más alto de la consideración social y jurisdiccional en términos de legitimidad.

Considero también que una de las principales razones por las que se logró esa legitimidad es por la visión netamente garantista de los derechos fundamentales, reflejada, además, en un especial activismo jurisdiccional, que llevó al colegiado a identificarse con una línea de actuación de avanzada en términos de defensa de los derechos consagrados en la Constitución Política de nuestro país.

El activismo judicial o jurisdiccional, para usar un término más amplio, está asociado a «la necesidad de que los jueces asuman un papel protagónico en el proceso de cambio social». Al respecto, Luis Pásara, citado por Marco Feoli (2014), manifiesta lo siguiente:

> […] una magistratura activista se expresa a través de tres formas (i) hace una interpretación de la norma que no se restringe a la literalidad; (ii) expresa su preocupación por resolver, a través de la decisión judicial, un conflicto que trasciende a su formulación legal y (iii) el empeño por ir más allá de la resolución del caso concreto a través del diseño de políticas de estado que no han sido establecidas por el poder ejecutivo ni el poder legislativo. (p. 17)

La idea del juez meramente aplicador de la ley ya ha sido ampliamente superada desde hace algunos años, dando paso a la figura de un juez intérprete de la norma y, en muchos casos, creador de derecho. En ese sentido, la primera forma de expresar una magistratura activista a la que hace alusión Luis Pásara está plenamente admitida en la actualidad en la medida en que un juez en general, y un juez constitucional en particular, está obligado a buscar la interpretación de la norma que garantice efectivamente la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución.

Sin embargo, los elementos que evidencian, de manera más marcada, una actuación activista en la función jurisdiccional en el ámbito constitucional están reflejados en la posibilidad de plantear alternativas de solución o pautas de acción para los órganos competentes del Estado a partir de las situaciones que se producen o se conocen en el marco de los procesos que les toca resolver, sea como consecuencia de advertir una reiterada vulneración de derechos fundamentales de un grupo determinado de personas o de identificar algunas omisiones en las políticas públicas relativas a la protección de los derechos consagrados en la Constitución.

Desde esta perspectiva, uno de los mayores retos para un juez constitucional consistirá, entonces, en lograr un balance o equilibrio entre una posición conservadora e inflexible con relación al respeto por la carta política, que permita, de ser necesaria, una autolimitación o autorestricción y, por otro lado, una visión plenamente activista cuando se trate de garantizar la protección y defensa de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución.

Es un hecho real también la complejidad que supone el impartir justicia constitucional cuando se trata de controlar los excesos del poder y los excesos y abusos de cualquier autoridad, funcionario o persona que transgrede, muchas veces de manera sistemática, los derechos consagrados en la Constitución Política.

No obstante, el TC, durante el período comprendido entre los años 2002 y 2007, empezó a resolver las causas que eran de su conocimiento, no solo declarando inconstitucionales y dejando sin efecto las normas que transgredían la

carta magna y reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración de algún derecho fundamental, sino también desplegando una doctrina jurisprudencial que permitía, además de forjar predictibilidad en los operadores de justicia, establecer pautas de actuación a nivel de los diferentes órganos del Estado.

Las decisiones del TC pasan por la identificación previa de los magistrados, en cada uno de los casos, de situaciones que ameritan establecer criterios que vayan más allá de la controversia constitucional planteada por las partes. Para ello, es necesario, una vez más, que exista en el colegiado constitucional una visión compartida de lo que supone, principalmente, la protección de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, pero esa visión compartida y los objetivos comunes requieren también ser articulados y debidamente coordinados para que se pueda ser más efectivo y asertivo en términos de actuación funcional.

Este es otro de los aspectos determinantes que valdría destacar de la trayectoria de don Javier Alva por el Tribunal Constitucional, al margen, por supuesto, de la idoneidad personal y profesional para ejercer el cargo, es que a partir de sus propias convicciones supo también articularlas con las de cada uno de los demás integrantes del colegiado, tanto en términos de actuación jurisdiccional como personal, para lograr establecer, de esa manera, un liderazgo que contribuyó a consolidar un ambiente propicio para el desempeño efectivo de las funciones que les correspondía realizar de acuerdo con la Constitución y la ley.

Creo que la tolerancia mínima y el respeto en el ámbito del quehacer jurisdiccional, como en la propia convivencia que supone el pasar considerables períodos de tiempo juntos durante el desempeño de la función, es también un componente esencial que permite a un órgano como el TC poder cumplir, de una mejor manera, el rol trascendental que le corresponde en la organización del Estado.

Las decisiones del TC, en su mayoría uniformes y unánimes en el período comprendido entre los años 2002 y 2007, son el reflejo de un Pleno unido por la misma visión e ideales que se pretenden alcanzar con la justicia constitucional, más allá, por supuesto, de las diferencias o discrepancias naturales que pudieron generarse también, como en cualquier grupo conformado por seres humanos, y que resultan en alguna medida convenientes y hasta saludables.

Ese quizás sea uno de los mejores legados dejados por los magistrados del quinquenio antes mencionado, en el que, sin lugar a dudas, el Dr. Javier Alva Orlandini tuvo un papel primordial, que ha quedado grabado no solo en la historia de este órgano de justicia constitucional, sino también en la historia de nuestra patria.

BIBLIOGRAFÍA

Alva, J. (2011). Procesos constitucionales. Los diez fundamentos. Fondo Editorial UAP.

Feoli, M. (2014). Judicialización de la política y activismo judicial: ¿de qué estamos hablando? *Anuario de la Facultad de Derechos*, (7), 3-28.

SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA

Derecho de acceso a la información pública
Comentario a la Sentencia 125/2025
(Expediente 04106-2022-PHD/TC)

✍ Nadia Paola Iriarte Pamo*

1. Materias constitucionalmente relevantes

En la Sentencia 125/2025, recaída en el Expediente 04106-2022-PHD/TC, se identificaron las siguientes materias constitucionalmente relevantes: i) derecho de acceso a la información pública y ii) doctrina jurisprudencial en materia de acceso a la información pública.

2. Contexto de la sentencia

El derecho de acceso a la información pública se ha consolidado, en las últimas décadas, como uno de los pilares estructurales del constitucionalismo contemporáneo y de las democracias deliberativas.

* Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente universitaria. Directora de la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Código ORCID: 0009-0008-3573-7068. Correo electrónico: niriarte@tc.gob.pe

En el ordenamiento constitucional peruano, este derecho fundamental se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución). Garantiza el acceso, conocimiento y control de la información pública, con la finalidad de promover una participación ciudadana más amplia y efectiva en los asuntos públicos, así como de asegurar la transparencia de la actuación y gestión de las entidades estatales.

La protección de este derecho trasciende, en consecuencia, el interés estrictamente individual de su titular, proyectándose como una garantía institucional esencial para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos.

En el ámbito legislativo, la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, LTAIP), desarrolla el citado derecho fundamental. Al respecto, la Defensoría del Pueblo (2023), en el Informe Defensorial 003-2023-DP/AAC, sobre el balance de la LTAIP en el período 2013-2022, destaca importantes avances en el reconocimiento y garantía del derecho de acceso a la información pública, tales como la creación de dos órganos garantes en la materia y la estandarización del procedimiento administrativo de acceso a la información (p. 107).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional (en adelante, Tribunal) ha establecido una valiosa línea jurisprudencial sobre el contenido, alcance y límites del derecho de acceso a la información pública. En este contexto, la Sentencia 125/2025 —objeto de análisis— tutela el citado derecho y establece una relevante doctrina jurisprudencial sobre la materia. Dicha sentencia se expide en el proceso de *habeas data* (Exp. 04106-2022-PHD/TC), promovido por el señor José Wilmer Fuentes Ruiz contra la Gerencia General del Sistema Metropolitano de la Solidaridad (Sisol).

El recurrente solicita que se le proporcionen copias certificadas o fedateadas de diversos documentos. Mencionamos, entre otros, los siguientes:

i) Documentos (medios probatorios) que demuestren que los proyectos realizados por el accionante han sido corregidos constantemente por la jefa de la Unidad de Personal.

ii) El o los documentos que acrediten que el demandante se encuentra dilatando la pronta atención de los documentos de la Unidad de Personal.

iii) El documento mediante el cual los trabajadores de Sisol están obligados a estar pendientes, revisar y analizar, durante los días de descanso (sábado, domingo y feriados), el correo institucional de Sisol.

iv) El documento mediante el cual se ha designado al comité a cargo de la evaluación, selección y calificación de la Convocatoria CAS 148-2019-SISOL-MML.

v) El documento mediante el cual el comité señala objetivamente la puntuación otorgada a cada documento presentado por la postulante ganadora de la Convocatoria CAS 148-2019-SISOL/MML, y que ella obtuvo la calificación de 35 puntos en la etapa de evaluación curricular.

vi) El documento o documentos que acrediten que la postulante ganadora de la Convocatoria CAS 148-2019-SISOL-MML tiene experiencia laboral mínima de 5 años en el área de recursos humanos. (STC 125/2025, Exp. 04106-2022-PHD/TC, antecedentes y f. j. 1)

Asimismo, solicita el pago de costas y costos procesales. El demandante considera que se ha vulnerado su derecho de acceso a la información pública, en tanto —vencido en exceso el plazo legal— no ha recibido ninguna respuesta de la entidad demandada.

Al respecto, el Tribunal declara fundada en parte la demanda de *habeas data,* por haberse acreditado la vulneración del derecho de acceso a la información pública. A su vez, declara improcedente el extremo referido al pago de costos procesales. Finalmente, establece como doctrina jurisprudencial las reglas contenidas en el fundamento 29 de la Sentencia 125/2025 (parte resolutiva).

3. Análisis

3.1. Derecho de acceso a la información pública

El artículo 2, inciso 5, de la Constitución reconoce a toda persona la facultad de requerir información a las entidades públicas sin necesidad de expresar la causa, así como de recibirla dentro de los plazos previstos por ley, asumiendo únicamente los costos que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El Tribunal ha sostenido de manera reiterada que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública comprende no solo la posibilidad de acceder a la información requerida y la obligación del Estado de proporcionarla, sino también que el costo de reproducción no constituya una barrera para su acceso. Dicho costo debe ser proporcional, quedando prohibida cualquier exigencia de pagos exagerados.

Asimismo, el Tribunal ha precisado que este derecho no solo se afecta cuando se niega el suministro de información sin existir razones constitucionalmente legítimas, sino también cuando la información proporcionada es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errónea. De ahí que, si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la administración pública el deber de informar, en su faz negativa exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa[1].

El derecho de acceso a la información pública presenta una doble dimensión. Por un lado, constituye un derecho individual, en cuanto garantiza que ninguna persona sea arbitrariamente impedida de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos del Estado, sin más limitaciones que aquellas que resulten constitucionalmente legítimas. Por otro lado, posee una dimensión colectiva, en la medida en que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática[2].

En los sistemas democráticos, en los cuales la actuación del Estado se rige por los principios de publicidad y transparencia, el derecho de acceso a la información es un requisito fundamental para garantizar la participación democrática, la transparencia y la buena gestión pública, así como el control del gobierno y de la gestión de las autoridades por parte de la opinión pública, ya que habilita a la sociedad civil para ejercer un escrutinio sobre las acciones de las autoridades (CIDH, 2009, párr. 5).

En suma, el derecho de acceso a la información pública no se limita al mero acceso formal a la información, sino que exige condiciones materiales que garanticen su ejercicio efectivo. Ello implica, por un lado, que el Estado no solo debe proporcionar la información solicitada, sino hacerlo sin imponer barreras económicas desproporcionadas; y, por otro lado, que la información brindada sea completa, veraz, actualizada y oportuna. Agregado a ello, este derecho presenta una doble dimensión —individual y colectiva— que refuerza su importancia en

---

1 Al respecto, véase el Expediente 04106-2022-PHD/TC (f. j. 4); el Expediente 01847-2013-PHD/TC (f. j. 5); el Expediente 01410-2011-PHD/TC (f. j. 4), y el Expediente 01797-2002-PHD/TC (f. j. 16).

2 En relación con ello, véase el Expediente 02579-2003-PHD/TC (ff. jj. 4-5) y el Expediente 01797-2002-HD/TC (ff. jj. 10-11).

el Estado constitucional, en tanto no solo protege intereses particulares, sino que también asegura la formación de una opinión pública libre e informada, elemento esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática.

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública no es absoluto, sino que se encuentra sujeto a determinados límites. Estos pueden derivarse de la necesidad de compatibilizar su ejercicio con otros derechos —como el derecho a la intimidad personal— o de la protección de bienes constitucionalmente relevantes —como la seguridad nacional—, siempre que dichas restricciones hayan sido expresamente previstas por ley (Exp. 01219-2003-PHD/TC, f. j. 7).

En la Sentencia 125/2025, el Tribunal puntualiza que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 6).

Cabe advertir que el derecho de acceso a la información pública tiene naturaleza relacional, ya que permite el ejercicio de otros derechos, como el de petición, la libertad de expresión y la participación política.

Por otra parte, en la Sentencia 125/2025, el Tribunal, respecto a la solicitud del documento mediante el cual se designó al comité encargado de la evaluación, selección y calificación de la Convocatoria CAS 148-2019-SISOL/MML, así como de los documentos en los que conste cómo dicho comité calificó a la postulante ganadora de la plaza, estima este extremo de la demanda, puesto que dicha información es de carácter público, al encontrarse en posesión de la entidad emplazada (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 32).

En relación con la solicitud de los documentos que acreditan que la ganadora de la Convocatoria CAS 148-2019-SISOL/MML posee la experiencia requerida y los conocimientos en el T-Registro de la Sunat, el Tribunal manifiesta que dicha información forma parte del legajo de la postulante ganadora de dicho proceso de selección. Agrega que esta información es pública, ya que se encuentra a disposición de la entidad emplazada en el marco de un concurso público de selección; más aún si la persona accedió a un cargo público en mérito a los requisitos exigidos en la convocatoria (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 33).

Acerca del reporte de ingreso (hora de entrada) del servidor Édgar Eddy Urrutia Mendoza, correspondiente al periodo del 5 de agosto de 2019 al 4 de setiembre de 2019, el Tribunal considera que dicha información integra el registro de control de asistencia del personal del Sisol, el cual debe ser conservado para efectos de verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales. En ese sentido,

su entrega no implica la difusión de información restringida, por lo que no puede sostenerse que esté excluida del principio de publicidad. En consecuencia, corresponde estimar este extremo de la demanda (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 35).

Por el contrario, en cuanto a la información sobre documentos que demuestren que los proyectos realizados por el recurrente han sido corregidos constantemente por la jefa de la Unidad de Personal, así como aquellos que acreditan que la Carta 054-2018-UP-GAF-SISOL/MML ha sido corregida constantemente, el Tribunal observa que estos serían documentos preliminares sin relevancia jurídica, dado que el demandante especifica que se trata de proyectos con correcciones continuas. Por consiguiente, al no tener dichos documentos la condición de información pública, su no entrega no vulnera el derecho invocado (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 30).

En cuanto a la documentación que se encontraría vinculada a las funciones y labores que este desempeña en Sisol, el Tribunal sostiene que tales pedidos son imprecisos, pues no se proporcionan los datos necesarios que permitan su identificación para su entrega. En consecuencia, para el Tribunal, lo requerido por el accionante en estos extremos de la demanda son pedidos genéricos y carentes de mayor especificación, por lo que su no entrega no supone una vulneración del derecho de acceso a la información pública (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 31).

Finalmente, sostenemos que la Sentencia 125/2025 constituye un valioso aporte jurisprudencial, pues aborda de manera prolija el derecho de acceso a la información pública. En esa perspectiva, el Tribunal formula precisiones conceptuales de especial relevancia sobre su contenido, alcance y límites. Asimismo, la decisión evidencia una adecuada tutela de este derecho fundamental.

3.2. Doctrina jurisprudencial en materia de acceso a la información pública

La doctrina jurisprudencial es un concepto que el Tribunal Constitucional ha construido a partir del último párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, según el cual «los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional» (STC, Exp. 03741-2004-PA/TC, f. j. 42).

En palabras de Sáenz (2014), la doctrina jurisprudencial está constituida por aquel conjunto de criterios o líneas de raciocinio que el Tribunal Constitucional establece con carácter obligatorio, cuyo reconocimiento generalmente —aunque no exclusivamente— suele evidenciarse tras su reiteración en un determinado número de casos (p. 30).

Por su parte, el Tribunal Constitucional expresa que por doctrina constitucional debe entenderse:

a) Las interpretaciones de la Constitución realizadas por el Tribunal Constitucional en el marco de su actuación a través de los procesos, sean estos de control normativo o de tutela de derechos fundamentales.

b) Las interpretaciones constitucionales de la ley realizadas por el Tribunal Constitucional en el marco de su labor de control de la constitucionalidad.

c) Las proscripciones interpretativas, es decir, las «anulaciones» de determinado sentido interpretativo de la ley, realizadas por el Tribunal en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. (Expediente 04853-2004-PA/TC, f. j. 15)

Agregado a ello, el Tribunal Constitucional señala —en reiterada jurisprudencia— que la doctrina jurisprudencial concretiza el principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales (Exp. 03950-2012-PA/TC, f. j. 9).

En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, el Tribunal —en la Sentencia 125/2025— establece como doctrina jurisprudencial los siguientes criterios, según los cuales no son información pública:

a) Los borradores, textos o notas en desarrollo, apuntes preliminares o similares utilizados en el sector público, en cualquier soporte en el que se encuentren.

b) Los borradores, textos o notas en desarrollo, apuntes preliminares, actas, audios y videos, así como opiniones jurídicas especializadas no vinculantes o similares, utilizados en el proceso deliberativo de los órganos unipersonales o colegiados que administran justicia y del Ministerio Público, cualquiera sea el soporte en el que se encuentren.

c) Los correos electrónicos institucionales proporcionados por el Estado a sus funcionarios y servidores públicos, cuando el contenido de los mensajes almacenados no sea de carácter oficial.

d) Los números telefónicos de celulares de uso personal, ni los entregados por la entidad para la que labora el funcionario o servidor público, así como la placa de rodaje de los vehículos de las entidades públicas, mientras dure su uso oficial por el usuario. De igual manera, los números de celular del personal de seguridad asignado a los funcionarios tampoco podrá solicitarse, en tanto es información que compromete la seguridad de estos y de las personas asignadas a su resguardo. (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 29)

Para el establecimiento de la citada doctrina jurisprudencial, el Tribunal —en la Sentencia 125/2025— observa que el artículo 3 de la LTAIP, modificado por la Ley 27927, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, pero no discrimina aquello que carece de relevancia jurídica. En esa línea, advierte que el Estado, en el ejercicio de sus funciones, cuenta con un número significativo de servidores y funcionarios públicos que, en el desarrollo de sus labores diarias, generan abundante producción de contenido que, en diversas ocasiones, ni siquiera constituye un «documento» y menos aún información pública. Tal es el caso de los borradores en general, los proyectos de oficios, los proyectos de memorándums, los proyectos de cartas, los proyectos de resoluciones, las ayudas memorias, o textos y notas circunstanciales, entre otros; contenido que puede ser catalogado como ayudas de trabajo interno de una entidad pública (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 10).

Sumado a ello, el Tribunal especifica que este tipo de producción no puede considerarse, en principio, como información pública, al carecer de relevancia jurídica, pues estos materiales, dentro de los procedimientos internos de la entidad, ni siquiera son susceptibles de ser citados y resulta irrelevante que se encuentren o no rubricados, precisamente por no tener carácter oficial. Asimismo, manifiesta que, si bien esta producción preliminar puede desarrollarse en soporte digital y compartirse a través de herramientas informáticas, ello no la convierte en información pública (Exp. 04106-2022-PHD/TC, ff. jj. 11-12).

Por otro lado, precisa que distinta es la situación de los documentos oficiales que se derivan de esa producción preliminar y que son emitidos por servidores o funcionarios públicos, tales como informes, memorándums, oficios, cartas, directivas, resoluciones, entre otros. Estos, conforme al artículo 10 de la LTAIP, constituyen información pública, pues están contenidos en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que hayan sido creados u obtenidos por la entidad o que se encuentren en su posesión o bajo su control (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 14).

Bajo este marco, en la Sentencia 125/2025, el Tribunal concluye acertadamente que el acceso a la información pública se refiere, entonces, a todo «documento» en custodia del Estado que no sea un borrador o preliminar. En ese sentido, el Estado tiene la obligación de disponer la custodia y publicidad de dicha información (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 15).

Por otra parte, en la Sentencia 125/2025, el Tribunal presta especial atención al desempeño de funciones deliberativas de los órganos que administran justicia, así como del Ministerio Público. Sobre el particular, refiere que el proceso deliberativo

puede desarrollarse mediante el uso de textos preliminares (borradores) previos a la toma de la decisión final, e incluso con el acopio de opiniones jurídicas especializadas no vinculantes para el funcionario responsable. Considera que esta labor de acopio de información, para su posterior reflexión y deliberación, no constituye en sí misma información pública, en la medida en que su objeto no es ser sustento oficial de la decisión, sino informar al funcionario competente sobre el material necesario para la toma de decisiones. En consecuencia, tal acervo —físico o digital— puede ser eliminado, puesto que la decisión final es la que despliega efectos jurídicos; por ende, únicamente el soporte en el que esta sea materializada deberá resguardarse como información pública (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 21).

En cuanto a los correos electrónico institucionales, el Tribunal sostiene que serán materia de acceso público cuando su contenido refleje el traslado de comunicaciones oficiales. No se incluyen dentro de esta categoría aquellos que contengan felicitaciones por onomásticos, publicidad, invitaciones al personal para ceremonias o eventos internos, entre otras similares, debido a que carecen de relevancia jurídica. Este criterio resulta aplicable tanto a los servidores y funcionarios públicos con contrato o nombramiento vigente como a aquellos desvinculados de la entidad pública cuyos correos electrónicos institucionales han sido entregados a la institución respectiva para su conservación, conforme a la normativa correspondiente (Exp. 4106-2022-PHD/TC, f. j. 19).

El Tribunal —en la Sentencia 125/2025— considera que la información del número de los equipos móviles, así como de los vehículos de las entidades públicas, por el riesgo que puede generar a sus usuarios la difusión pública de dicho dato, constituye información reservada mientras dure su uso oficial, de conformidad con la excepción contenida en el inciso d) del artículo 15-A de la LTAIP —también recogido en el inciso d) del artículo 16 del Texto Único Ordenado de la LTAIP—, porque su uso indebido puede generar información acerca del movimiento del personal al cual se le han asignado tales bienes (Exp. 04106-2022-PHD/TC, f. j. 28).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia 125/2025, establece una importante doctrina jurisprudencial. En ese sentido, delimita con mayor precisión el contenido del derecho de acceso a la información pública, determinando criterios claros sobre aquello que no constituye información pública.

En particular, el Tribunal introduce una distinción relevante entre la producción interna preliminar de las entidades públicas —carente de efectos jurídicos— y los documentos oficiales que sí generan consecuencias jurídicas y, por tanto, se encuentran sometidos al principio de publicidad. Este criterio no solo contribuye a delimitar el alcance del derecho de acceso a la información pública, evitando

interpretaciones amplias, sino que también fortalece la seguridad jurídica al establecer parámetros objetivos para su aplicación.

Finalmente, la doctrina fijada reconoce la necesidad de proteger determinados ámbitos funcionales del Estado, como los procesos deliberativos de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público, así como la seguridad de los funcionarios públicos, lo que evidencia un adecuado equilibrio entre el principio de transparencia y otros bienes constitucionalmente relevantes. En consecuencia, la Sentencia 125/2025 no solo consolida la función ordenadora de la doctrina jurisprudencial, sino que también aporta criterios sustantivos que fortalecen la comprensión sistemática del derecho de acceso a la información pública dentro del Estado constitucional de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2009). *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe 2009. El derecho de acceso a la información*. Organización de los Estados Americanos.

Defensoría del Pueblo. (2023). *Balance a veinte años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2013-2022. Informe Defensorial 003-2023-DP/AAC*. Primera Edición, Lima.

Sáenz Dávalos, L. (2014). El camino del precedente constitucional vinculante. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (83).

Tribunal Constitucional del Perú. (29 de enero de 2003). *Sentencia recaída en el Expediente 01797-2002-HD/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (21 de enero de 2004). *Sentencia recaída en el Expediente 01219-2003-PHD/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (6 de abril de 2004). *Sentencia recaída en el Expediente 02579-2003-PHD/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (14 de noviembre de 2005). *Sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-PA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (19 de abril de 2007). *Sentencia recaída en el Expediente 04853-2004-PA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (22 de agosto de 2011). *Sentencia recaída en el Expediente 01410-2011-PHD/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (23 de julio de 2014). *Sentencia recaída en el Expediente 01847-2013-PHD/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (28 de marzo de 2014). *Sentencia recaída en el Expediente 03950-2012-PA/TC*.

Tribunal Constitucional del Perú. (28 de abril de 2025). *Sentencia 125/2025 recaída en el Expediente 04106-2022-PHD/TC*.

Luces y sombras en la protección de las enfermedades raras o huérfanas (ERH)

Comentario a la Sentencia 147/2025 (Expediente 05031-2022-PA/TC)

✍ Astrid K. Cabezas Poma*

1. INTRODUCCIÓN

El 16 de enero de 2020, doña M. B. M. interpuso demanda de amparo a favor de su hijo R. Z. B. contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), con el objeto de que se le ordene la adquisición y el suministro continuo de un medicamento a favor de su hijo para tratar la distrofia muscular de Duchenne que padece el menor.

El Tribunal Constitucional (TC), a través de la sentencia del Expediente 05031-2022-PA/TC, amparó parcialmente la solicitud de doña M. B. M. y, trascendiendo la particularidad del caso concreto, declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI) en la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio público de las personas que padecen de enfermedades raras o huérfanas (ERH) en el Perú.

* Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Investigadora en la Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Código ORCID: 0009-0001-0413-5805. Correo electrónico: acabezas@tc.gob.pe

Detrás de la sentencia emitida en el Expediente 05031-2022-PA/TC, se encuentra la historia de un menor de edad que, debido a su condición de salud, requiere de un tratamiento médico determinado que le permita enfrentar el deterioro progresivo de su salud; la lucha de una madre para obtener dicho medicamento; la negativa de una entidad pública de salud de suministrarlo, y la visibilización de deficiencias estructurales en el tratamiento médico de las personas que padecen ERH en el país.

El presente comentario se plantea explorar los aportes y retos que deja la STC 05031-2022-PA/TC. Esta sentencia constituye un hito al visibilizar el problema estructural de la atención de la salud de las personas que padecen ERH en el Perú y al construir un marco de protección especial para los menores de edad con discapacidad. Al mismo tiempo, el fallo también nos invita a reflexionar sobre algunos aspectos en la implementación de los mandatos dispuestos para que sean efectivos, tales como el diagnóstico del problema estructural, la indeterminación de las medidas dispuestas para asegurar su efectividad y la necesidad de incorporar mecanismos de participación ciudadana.

A fin de desarrollar esta reflexión, el presente comentario se estructura en 3 secciones. La primera expone los hechos del caso y la decisión del TC. La segunda reconstruye el marco jurisprudencial del derecho a la salud; el estándar de los umbrales de protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), y la disponibilidad presupuestal en la garantía de los DESCA. Finalmente, en la tercera se analizan algunos aspectos de la sentencia, detectando las luces y sombras que deja en su ejecución.

2. EL CASO Y LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1. Los hechos del caso

R. Z. B. es un menor que fue diagnosticado con la enfermedad denominada distrofia muscular de Duchenne (DMD) a la edad de 5 años. Dicha enfermedad, calificada también como una enfermedad rara y huérfana (ERH), suele presentarse desde el nacimiento y produce el deterioro gradual de la función muscular, llevando por lo general a la necesidad de usar silla de ruedas y ventilador artificial para respirar (STC 05031-2022-PA/TC, antecedentes).

En una reunión neuropediátrica, los médicos del Seguro Social de Salud (EsSalud) le recetaron al menor el fármaco biológico ataluren. Este medicamento, si bien no cura la enfermedad, ofrece mejorar la calidad de vida del paciente y retrasar su avance. Sin embargo, EsSalud no le proveyó dicha medicina con

el argumento de que no podía adquirirlo por no encontrarse dentro del petitorio farmacológico aprobado por Resolución 04-IETSI-ESSALUD-2017 (STC 05031-2022-PA/TC, antecedentes).

La madre del menor interpuso demanda de amparo contra EsSalud, a fin de que se le ordene la adquisición y suministro periódico, continuo y permanente del medicamento Translarna (ataluren) granulado para suspensión oral a favor de R. Z. B. y, de ser el caso, se disponga que se ordene una nueva evaluación a la luz de los nuevos desarrollos y/o ensayos médicos emitidos hasta la fecha (STC 05031-2022-PA/TC, delimitación de la controversia constitucional).

Alega la vulneración de los derechos a la salud, a la vida, a la dignidad y al régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad del menor.

EsSalud contestó la demanda y solicitó que se declare improcedente o infundada. Señaló que el beneficiario de la demanda venía siendo tratado con el medicamento Deflazacort conjuntamente con una terapia integral. A su parecer, el medicamento ataluren que solicitaba la demandante no se encontraba en el petitorio farmacológico y afirmó que nunca habría sido recetado al menor (STC 05031-2022-PA/TC, antecedentes).

El Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 14 de diciembre de 2021, declaró infundada la demanda tras considerar que, si bien el médico tratante del menor le recetó el fármaco ataluren, el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (IETSI) determinó que dicho fármaco no ofrecía evidencia clara sobre su eficacia y efectos (STC 05031-2022-PA/TC, antecedentes).

La Sala Superior, con resolución de fecha 27 de setiembre de 2022, declaró improcedente la demanda por estimar que el medicamento ataluren no se encontraba en la lista de medicamentos del Petitorio Nacional Único de Medicamentos Esenciales (PNUME). Además, el menor venía recibiendo otro tratamiento médico de parte de EsSalud (STC 05031-2022-PA/TC, antecedentes).

Posteriormente, M. B. M. interpuso recurso de agravio constitucional a favor de su menor hijo R. Z. B. contra la resolución expedida por la Sala Superior.

2.2. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional

En relación con el caso concreto, en la Sentencia 05031-2022-PA/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda por haberse vulnerado el derecho a la salud, así como la protección especial de los niños que padecen enfermedades raras o huérfanas, del menor R. Z. B.

Así, el TC consideró que EsSalud vulneró el derecho a la salud del menor R. Z. B. por cuanto no recibió una atención médica especial efectiva acorde con su condición de niño y por tener una discapacidad (su tratamiento no era adecuado para un menor con DMD y EsSalud no se hizo cargo del suministro y seguimiento constante de la DMD del menor), y la demandada no actuó conforme a sus competencias en la investigación sobre los medicamentos que pueden servir en el tratamiento de la DMD (STC 05031-2022-PA/TC, ff. jj. 37 y 40).

Aunado a ello, el TC recordó que la niñez constituye un grupo de especial interés y protección, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que los Estados tienen el deber de garantizar servicios de atención en salud tomando en consideración las particularidades del tratamiento médico que requieren los niños y niñas con discapacidad (Caso Vera Rojas vs. Chile, párr. 110).

Por otro lado, el TC advirtió problemas estructurales en la atención de las ERH. Las deficiencias en el tratamiento del menor R. Z. B. eran representativas de la atención en la salud de todas las personas con ERH en el Perú, sean niños o adultos. Por ello, estableció el estado de cosas inconstitucional de la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio público de salud de las personas que padecen ERH en el Perú. En específico, observó seis puntos críticos (STC 05031-2022-PA/TC, f. j. 48):

- Deficiencias en el diagnóstico de las ERH: falta de genetistas, centralización del diagnóstico en Lima.
- Deficiencias en el tratamiento médico especializado de las ERH: falta de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los tratamientos médicos especiales y preferentes.
- Falta de personal médico especializado, unidades especializadas, tecnologías e investigación.
- Deficiencia en la determinación y compra de medicamentos.
- Desarticulación entre las instituciones de salud pública del país respecto del manejo de información, protocolos, experiencia médica operativa o investigaciones sobre las ERH.
- Insuficiente presupuesto para atender las ERH, que son de alto costo.

Por último, el TC ordenó a diversos sectores del Estado que realicen en conjunto las siguientes medidas individuales y estructurales (STC 05031-2022-PA/TC, f. j. 49):

- Medidas individuales: evaluar, en un plazo de 15 días, al menor R. Z. B. para determinar su estado actual de salud, teniendo en cuenta los nuevos avances médicos sobre la enfermedad que padece. Asimismo, convocar, en un plazo de 30 días, a una Junta Médica Multidisciplinaria para que evalúe al menor y establezca un rol de atención en cada especialidad y el tiempo que requiera.
- Medidas estructurales: el TC declaró el estado de cosas inconstitucional del tratamiento médico de las personas que padecen ERH.

En ese sentido, se ordenó que el Minsa diseñe y proponga planes generales y específicos, en un plazo de 6 meses, que aseguren la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio de salud de las personas que padecen de ERH. Dichos planes deben ejecutarse y la Defensoría del Pueblo debe supervisar su cumplimiento.

Asimismo, el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, debe gestionar el aseguramiento de dicho plan. Y el Minsa debe informar periódicamente al TC sobre el avance del cumplimiento.

De igual manera, se ordenó que el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (IETSI) actualice los medicamentos para el tratamiento de pacientes con diagnóstico de distrofia muscular de Duchenne.

3. EL MARCO JURISPRUDENCIAL DEL TC SOBRE SALUD, LOS UMBRALES Y LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

3.1. La naturaleza jurídica del derecho a la salud

El derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Constitución, que prescribe que todos tienen derecho a la protección de su salud, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. De manera complementaria, en virtud del artículo 55 y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dicho contenido se configura atendiendo a lo regulado por los tratados y acuerdos internacionales de los que el Perú es parte, como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha consolidado el contenido normativo del derecho a la salud en el transcurso de su jurisprudencia.

En efecto, en una etapa inicial, el TC derivaba el carácter fundamental del derecho a la salud de su conexión con otros derechos; sin embargo, posteriormente evolucionó hacia el reconocimiento de la salud como un derecho autónomo.

Así, en la STC 01429-2002-HC/TC, el TC refirió que, si bien el derecho a la salud no estaba en el capítulo de los derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida y otros derechos lo configuraban como un derecho fundamental (f. j. 14). Este criterio se reforzó en las sentencias 02945-2003-PA/TC (ff. jj. 27-28) y 02016-2004-PA/TC (f. j. 27).

No obstante, posteriormente, en sentencias como la STC 05842-2006-PHC/TC, el TC dio un giro cualitativo y reconoció explícitamente al derecho a la salud como un derecho autónomo; asimismo, refirió que, si bien está relacionado con otros derechos, no puede negarse su contenido único, exclusivo y excluyente, con tutela independiente (f. j. 48). Este criterio fue reafirmado en adelante, como en la STC 02566-2014-PA/TC, en la que precisa que ni el carácter de derecho fundamental de la salud ni su tutela dependen de su vinculación con otros derechos (ff. jj. 10-11).

Por otra parte, se advierte que el contenido del derecho a la salud ha experimentado una expansión progresiva en la jurisprudencia del TC, transitando de una definición genérica hacia un catálogo complejo.

Efectivamente, en una etapa temprana, ejemplificada en la STC 01429-2002-HC/TC, el TC se limitó a garantizar con la salud el estado de normalidad funcional y a destacar las dimensiones de abstención y prestación (f. j. 12).

No obstante, este criterio evolucionó posteriormente y en sentencias como la STC 01711-2004-PA/TC (f. j. 2) y la STC 05842-2006-PHC/TC (f. j. 45), el TC incorporó los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, desarrollados en la Observación General 14 del Comité de DESC. Luego, el TC consolidó la tendencia expansiva del alcance del derecho a la salud al integrar principios como la equidad (STC 00033-2010-PI/TC, f. j. 34), la integralidad de las prestaciones (STC 02566-2014-PA/TC, f. j. 6) y la cualidad de servicio público (STC 02480-2008-PA/TC, f. j. 8). Con ello, se ha reconocido una naturaleza multidimensional del derecho a la salud.

Por otro lado, se advierte que el rol del TC en la garantía del derecho a la salud ha transitado de una función cautelar y de tutela casuística hacia un rol de controlador de políticas públicas sistémicas.

En efecto, en una etapa inicial, el TC derivaba el carácter fundamental del derecho a la salud de su conexión con otros derechos; sin embargo, posteriormente evolucionó hacia el reconocimiento de la salud como un derecho autónomo[1].

Más adelante, hay un salto cualitativo en el control constitucional de las políticas públicas. En sentencias como la STC 03426-2008-PHC/TC, el TC constata un problema estructural y declara el estado de cosas inconstitucional en el servicio de salud mental, ordenando medidas estructurales a diversos órganos estatales que trascienden el caso particular. En esta sentencia, el TC controla el diseño e implementación del servicio de salud mental en los establecimientos penitenciarios.

Dicho control de las políticas públicas en el ámbito de la salud se consolidó y sistematizó en sentencias como la STC 03228-2012-PA/TC, donde el TC justificó explícitamente el control de las políticas públicas como parte de su función de integración social y planteó una metodología para evaluarlas. En esta sentencia, el alto Tribunal refirió que era inadecuado dejar la efectividad del derecho a la voluntad de quienes formulan y ejecutan políticas públicas en salud, y planteó ámbitos de control constitucional de las políticas públicas a los que denominó déficits (ff. jj. 35-40).

Recientemente, en sentencias como la STC 05031-2022-PA/TC, el TC ha consolidado y profundizado el paradigma iniciado años antes sobre el control constitucional de determinadas políticas públicas en materia de salud. En esta sentencia, el TC controló las políticas públicas en salud de una determinada enfermedad (ERH), puso en evidencia omisiones estructurales y sistémicas en las políticas de salud y emitió una sentencia estructural donde declaró un estado de cosas inconstitucional y ordenó a diversos órganos del Estado —como EsSalud, el Minsa, las Sanidades de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, el Poder Ejecutivo, el Congreso de la República, entre otros— diseñar e implementar planes de acción para garantizar la atención de la salud (ff. jj. 44-48). En esta oportunidad, el alto Colegiado aborda un tipo específico de enfermedad y da órdenes más detalladas para garantizar el derecho a la salud.

Asimismo, en dicha sentencia, el TC ya no espera el riesgo de vida del demandante para garantizar el derecho (como lo planteó en la STC 02945-2003-PA/TC), sino que se enfoca en el deterioro progresivo de la salud del paciente (f. j. 37).

---

1 Sobre la evolución del contenido del derecho a la salud en la jurisprudencia del TC peruano, véase también el análisis de León Florián, Felipe Johan. "El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En *Pensamiento Constitucional* n° 19, 2014, pp. 393-394. Sin embargo, el presente comentario sistematiza el cambio jurisprudencial en 2 fases diferenciadas.

3.2. El estándar de los umbrales y la progresividad de los DESCA

El Tribunal Constitucional ha desarrollado diversos criterios para determinar la exigibilidad de los derechos sociales, entre los que se encuentra la tesis de los umbrales, planteada en la doctrina por autores como David Bilchitz.

Al respecto, inicialmente, en la STC 01470-2016-PHC/TC, el TC desarrolló la teoría de los umbrales de cumplimiento de los derechos sociales. Refirió que, a fin de cumplir con el carácter vinculante de los DESCA, así como con las restricciones pragmáticas de su implementación, resultaba idóneo diseñar una estructura de cumplimiento escalonado, conformada por un núcleo mínimo prestacional hacia umbrales de protección condicionados, los cuales son los siguientes (f. j. 27):

1) El primer umbral ubica las obligaciones esenciales mínimas, que obligan al Estado a garantizar la realización mínima del contenido de los derechos sociales.
2) El segundo umbral, conformado por políticas programáticas de desarrollo en materia social, que garantiza medios orientados a complementar y desarrollar la exigencia mínima esencial de los derechos.
3) El tercer umbral, conformado por la satisfacción de condiciones que los individuos, de forma individual o colectiva, requieren para alcanzar diversos propósitos específicos de su interés, derivados de su derecho social.

Dicha tesis de los umbrales ha sido recogida por la STC 05031-2022-PA/TC a fin de recordar que el Estado tiene niveles estructurales de cumplimiento del derecho a la salud (f. j. 11).

3.3. La disponibilidad presupuestal y la protección de los DESCA

La jurisprudencia del TC peruano muestra que la relación entre la disponibilidad presupuestaria del Estado y la tutela de los DESCA ha experimentado un proceso de desarrollo y evolución. Este proceso implica una intensificación en el escrutinio de las políticas públicas necesarias para garantizar los DESCA, las cuales a su vez requieren decisiones presupuestarias.

Para entender adecuadamente dicha línea jurisprudencial, resulta relevante definir algunos de los principios presupuestarios:

- Principio de justicia presupuestaria: «contemplado en los artículos 16 y 77 de la Constitución, que establece que la aprobación o autorización de ingresos y la

ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común» (STC 00004-2004-CC/TC, f. j. 9).

- Principio de equilibrio financiero: «previsto en el artículo 78 de la Constitución, que establece que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país» (STC 00004-2004-CC/TC, f. j. 9).

En la línea jurisprudencial analizada, que se describe a continuación, se observa que el TC transita desde un enfoque de justiciabilidad restringida por diversas razones —entre las que se encuentra la disponibilidad presupuestal— hacia un estándar de escrutinio jurisdiccional más intenso en el diseño y ejecución de las políticas públicas.

Al respecto, en la STC 02945-2003-PA/TC, el TC sostuvo que el presupuesto era uno de los criterios para determinar la exigibilidad del derecho. En dicha sentencia, manifestó que, si bien la realización progresiva no debía ser malinterpretada como inacción, la exigencia del derecho social dependía de factores como la gravedad, la razonabilidad y la **disponibilidad presupuestal** del Estado, entre otros (ff. jj. 33 y 38). En la misma línea, en la STC 02002-2006-PC/TC, el TC reiteró que la exigencia judicial de un derecho social dependía de factores como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal, siempre y cuando se comprobaran acciones concretas para la ejecución de políticas sociales (f. j. 15).

No obstante, el TC introdujo un matiz relevante al precisar que la recaudación presupuestal no debía ser entendida como un objetivo en sí mismo, sino como un medio para conseguir la máxima atención a la protección de los derechos (STC 02945-2003-PA/TC, f. j. 35). En esta línea, en la STC 01711-2005-PHC/TC, aclaró que la ejecución presupuestal para fines sociales no debía considerarse como un gasto, sino como una inversión social (f. j. 12). Con ello, se desplaza el foco a la obligación de priorizar los recursos presupuestarios estatales para fines sociales.

En una etapa más consolidada, el Tribunal pasa de considerar al presupuesto público como una de las variables infranqueables para la exigencia judicial a estimarlo como un elemento controlable conforme al principio de progresividad. El presupuesto sigue siendo un criterio relevante, pero, en vez de ser un obstáculo, es objeto de un escrutinio más activo.

Este periodo es ejemplificado con la STC 03228-2012-PA/TC, donde el TC sistematiza una herramienta de control de políticas públicas para garantizar la progresividad de los DESCA. En dicha sentencia, el Tribunal trasciende la mención del presupuesto como elemento relevante y establece una metodología o test de déficits para evaluar las políticas públicas de conformidad con el principio de progresividad. El TC desarrolló el test de déficits de existencia, consideración, violación manifiesta, razonabilidad, protección deficiente, confrontación de problemas estructurales, participación política, transparencia e impacto (ff. jj. 38-39).

La STC 01503-2022-PA/TC consolida dicha línea al señalar que los derechos sociales representan obligaciones concretas para el Estado y que su problemática no gira en torno a si son vinculantes, sino respecto a la forma en que han de ser cumplidos (f. j. 14). Con ello, se deja de lado el debate sobre la naturaleza programática de los DESCA.

En la STC 05031-2022-PA/TC, si bien no se hace referencia explícita al test de déficits desarrollado en la STC 03228-2012-PA/TC, se realiza un control constitucional más intenso de las políticas públicas. En esa sentencia, el TC evaluó las deficiencias y omisiones de las políticas públicas destinadas al tratamiento médico de pacientes con ERH, y elevó sus conclusiones a un plano estructural donde estableció un estado de cosas inconstitucional. En concreto, el Tribunal determinó la violación estructural de los derechos de los pacientes con ERH tras advertir deficiencias y omisiones en el diagnóstico, tratamiento, medicamentos, rectoría y presupuesto para atender las ERH en el Perú; y, en ese sentido, dictó órdenes estructurales que trascendieron el caso concreto (f. j. 48).

Como se observa, el debate ya no es si la disponibilidad presupuestal constituye un criterio determinante para la exigibilidad del derecho, sino si el Estado, en cumplimiento del principio de progresividad, ha destinado sus recursos presupuestales disponibles para garantizar el derecho y si las políticas públicas adoptadas superan el control constitucional, para lo cual se adoptan diversos métodos como el test de déficits de políticas públicas.

4. BALANCE: ENTRE EL FALLO Y LA EFECTIVIDAD

4.1. El diagnóstico del problema estructural

La STC 05031-2022-PA/TC constituye un hito en la protección estructural de los DESCA de un sector invisibilizado (los pacientes con ERH). La sentencia visibiliza el problema estructural que padece un grupo específico de personas en

situación de vulnerabilidad —conformado por los pacientes con ERH— y ordena medidas que trascienden el caso concreto.

Entre los méritos de la referida sentencia se encuentra la configuración del contenido del derecho a la salud sobre la base jurisprudencial consolidada del mismo TC, así como de los tratados internacionales, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en virtud del artículo 55 y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Asimismo, el TC acierta al desarrollar el bloque de constitucionalidad especial de los niños con discapacidad.

Otro de los aspectos más relevantes de la sentencia es el diagnóstico y la visibilización de las deficiencias y omisiones estructurales en el tratamiento de los pacientes con ERH en el Perú. Se desagregan en las siguientes 6 fallas estructurales: i) deficiencias en el diagnóstico y tiempo de diagnóstico, genético o no, de las ERH; ii) deficiencias de tratamiento médico especializado de las ERH; iii) falta de personal médico especializado, unidades especializadas, tecnología y medios de investigación especializados en ERH, tanto en Lima como en otros departamentos del país; iv) deficiencias en la determinación y compra de medicamentos de las ERH; v) desarticulación entre las instituciones de salud pública del país respecto del manejo de información, protocolos, experiencia médica operativa o investigaciones sobre las ERH y los medicamentos que se necesitan, e vi) insuficiente presupuesto para atender las ERH.

De igual relevancia es que la STC 05031-2022-PA/TC constituye un fallo estructural. Cabe recordar que, previamente, el TC había tenido la oportunidad de conocer un caso similar al que es materia del presente comentario. En la STC 01503-2022-PA/TC, la parte demandante solicitaba —al igual que en la STC 05031-2022-PA/TC— la adquisición y el suministro del medicamento Translarna (ataluren) para el tratamiento de un paciente que padecía distrofia muscular de Duchenne. Sin embargo, en dicho caso, el TC se centró en resolver estrictamente el caso individual.

En cambio, en la STC 05031-2022-PA/TC, el TC trasciende el caso particular y realiza un análisis sistémico de la atención médica de todos los pacientes que padecen ERH. Tras evidenciar el fallo estructural del Estado peruano, declara el estado de cosas inconstitucional respecto de la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio público de salud de las personas que padecen ERH en el país, y ordena medidas estructurales a diversos órganos del Estado (ff. jj. 48-49).

4.2. La indeterminación: los remedios, ¿umbral mínimo o progresividad?

El fallo estructural de la STC 05031-2022-PA/TC nos invita a reflexionar sobre la ejecución de los mandatos ordenados.

En dicha sentencia se ordena el diseño y la propuesta de planes de acción que aseguren la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio público de salud de las personas que padecen de ERH, en un plazo máximo de 6 meses. Asimismo, ordena que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, realice las gestiones presupuestarias pertinentes que atiendan al aseguramiento de dicho plan de acción sobre ERH. Y ordena a diversos organismos a informar al TC y al juez de ejecución el avance de lo dispuesto en la sentencia cada 6 meses (STC 05031-2022-PA/TC, parte resolutiva 3-5).

No obstante, se advierte que sería importante traducir dicho mandato en prácticas más concretas que incluyan indicadores de medición de cumplimiento de proceso y resultado, así como metas cuantificables con plazos escalonados.

Ello es necesario dado que la vigencia efectiva de los DESCA no es una mera declaración, sino que constituye una obligación a ser cumplida por los sujetos responsables. Para lograr la plena efectividad del derecho, las sentencias deben apuntalar a un modelo de ejecución de cumplimiento más estructurado, con mandatos y objetivos cuantificables e identificando responsabilidades bajo apercibimiento en caso de omisión.

Un ejemplo de esa necesidad se encuentra en la ejecución de la STC 00853-2015-PA/TC. En ese caso, el TC ordenó al Minedu el diseño, propuesta y ejecución de un plan de acción en un plazo máximo de 4 años que pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación para estudiantes de extrema pobreza del ámbito rural, así como la coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y que informe cada 6 meses el avance de lo dispuesto.

Sin embargo, la experiencia de su ejecución revela las limitaciones de su cumplimiento cuando se trata de las órdenes tradicionales:

- *Necesidad de metas cuantificables*: en la resolución del 17 de diciembre de 2020, el TC advirtió que el Minedu había desplegado acciones con miras a un plan que asegure la disponibilidad y accesibilidad a la educación en zonas de extrema pobreza en zonas rurales; sin embargo, no había cumplido con algunos de los objetivos que el mismo Minedu había planteado (f. j. 35). Y en la resolución del 17 de junio de 2021, el TC refirió que de la información expuesta por el Minedu no se podía inferir con claridad el nivel de

cumplimiento, por lo que solicitó que se le informe sobre las cifras exactas que el Estado debe cubrir, así como las acciones concretas y el periodo de implementación para garantizar el acceso a la educación de toda la población rural (ff. jj. 31-33).

De esta experiencia se observa que resulta relevante incorporar objetivos de gestión y resultado cuantificables a los mandatos dispuestos por el TC. Asimismo, es importante transitar hacia un modelo de jurisdicción dialógica que involucre a los destinatarios y beneficiarios de la obligación, a fin de determinar las medidas y plazos más concretos y realistas que garanticen plenamente el derecho.

- *Necesidad de coordinación más efectiva*: en la resolución del 17 de junio de 2021, el TC advirtió que hasta esa fecha no se había precisado si se habían realizado las coordinaciones con el Poder Legislativo (ff. jj. 35-36).

  Esto muestra que resulta más eficaz establecer cronogramas de coordinación entre los poderes en los que se fijen plazos para la instalación de la mesa de trabajo y para presentar un borrador de un plan de trabajo, así como determinar un ente responsable de la coordinación, implementar cláusulas de multas coercitivas y progresivas en caso de retrasos y determinar indicadores de resultado.

- *El impacto del apercibimiento*: en la resolución de ejecución del 17 de diciembre de 2020, el TC advirtió que el Minedu no había cumplido con informar cada 6 meses sobre los avances de lo dispuesto en la sentencia, por lo que ordenó que se dé inicio a investigaciones administrativas contra los responsables del incumplimiento. Se observa que, luego de esa fecha, desde el 2021, el Minedu fue enviando informes periódicamente cada 6 meses sobre los avances del cumplimiento (Defensoría del Pueblo, 2023, p. 112).

  Esto demuestra que la cláusula de apercibimiento y la individualización de las responsabilidades administrativas son herramientas que hacen más efectivo el mandato del órgano jurisdiccional. Cuando se pasó de la orden genérica de remitir información a una orden punitiva individualizada (que podría conllevar a sanciones, suspensión o despido), se transformó la omisión estatal en cumplimiento.

Por otro lado, la STC 05031-2022-PA/TC recoge acertadamente la tesis de los umbrales de protección de los DESCA, desarrollada en la STC 01470-2016-PHC/TC (f. j. 11).

Como se expuso anteriormente, la doctrina de los umbrales de protección ofrece 3 niveles de garantía del derecho, que van desde obligaciones esenciales mínimas hasta zonas de satisfacción individual o colectiva.

Sin embargo, la STC 05031-2022-PA/TC, al no categorizar explícitamente cada omisión estatal dentro de los tres umbrales de protección del derecho, genera un desafío en su ejecución. Una delimitación pormenorizada de tales umbrales podría haber sido una herramienta importante para que el juez de ejecución y los beneficiarios de la obligación tengan una pauta más clara donde se prioricen las prestaciones mínimas esenciales frente a las de desarrollo progresivo, con lo que se haría más efectiva la tutela del derecho a la salud.

4.3. Las medidas reparatorias: ausencia de participación ciudadana

En la STC 05031-2022-PA/TC, el TC dispuso acertadamente mandatos estructurales para garantizar el derecho de los pacientes con ERH.

No obstante, un aspecto importante a considerar es el *estatus activus processualis*, que consiste en la participación de los beneficiarios en el procedimiento de su elaboración y ejecución de las medidas que los afectan. Aunque la STC 05031-2022-PA/TC ordenó el diseño, implementación y ejecución de planes de acción, no ordenó explícitamente incorporar mecanismos de participación de los beneficiarios (pacientes con ERH, sus familiares o sus organizaciones).

El *status activus processualis* consiste en la participación del individuo en la configuración de su derecho fundamental (manifestando sus necesidades, dando a conocer los obstáculos, seleccionando la modalidad de la prestación, etc.). Este concepto fortalece el modelo de Estado democrático y social de derecho y materializa el derecho a la igualdad (Häberle, 2019, p. 121). La referida participación fortalece el modelo de Estado democrático y social de derecho en tanto que la intervención directa del beneficiario permite conocer las particularidades reales de las limitaciones y obstáculos que impiden el goce efectivo del derecho. Asimismo, se vincula con el derecho a la igualdad en su dimensión material, ya que, al conocer la situación de vulnerabilidad real del titular del derecho, se pueden diseñar respuestas más precisas y efectivas que garanticen sus derechos.

El *status activus processualis* ha sido recogido por el TC peruano en diversas sentencias, como la STC 01470-2016-PHC/TC (f. j. 19).

En el ámbito de la salud en el Perú, la incorporación del individuo en la configuración de su derecho no es inédita, ya que existen experiencias como los Comités Locales de Administración de Salud (CLAS), donde se integran miem-

bros de la comunidad y el jefe del establecimiento de salud de la comunidad[2]. Esta experiencia demuestra que es viable la integración entre la comunidad y los órganos de gestión.

En tal sentido, la participación de los directamente afectados es muy importante porque permite que el juez y los obligados conozcan las deficiencias reales y los obstáculos que existen en cada nivel de atención de salud de las ERH. Su incorporación puede ser clave para la elaboración de políticas más efectivas.

En suma, la STC 05031-2022-PA/TC constituye un hito en la garantía de los derechos de los pacientes con ERH. No obstante, su potencial transformador dependerá de su cumplimiento efectivo, que supere el plano simbólico y se traduzca en cambios tangibles en la calidad de vida de los pacientes con ERH.

BIBLIOGRAFÍA

Defensoría del Pueblo. (2023). *Informe Defensorial 002-2023-DP/AAC. El Estado de cosas inconstitucional en el Perú: Análisis del proceso de implementación 2004-2023.* https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/08/Informe-Defensorial-N-002-2023-DPAAC.pdf

Häberle, P. (2019). *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*. Palestra.

León Florián, Felipe Johan. "El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En *Pensamiento Constitucional* N° 19, 2014, pp. 389-420.

Tribunal Constitucional del Perú. (11 de febrero de 2003). *Sentencia 01429-2002-HC/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (7 de febrero de 2005). *Sentencia 00004-2004-CC/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (8 de abril de 2005). *Sentencia 02016-2004-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (23 de febrero de 2006). *Sentencia 01711-2004-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01711-2004-AA.pdf

2 Ver en http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/3DB7F7ACA80AA0B705256D25005D3318?opendocument

Tribunal Constitucional del Perú. (27 de junio de 2006). *Sentencia 02002-2006-PC/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (12 de enero de 2007). *Sentencia 01711-2005-PHC/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01711-2005-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (30 de marzo de 2009). *Sentencia 05842-2006-PHC/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05842-2006-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (10 de febrero de 2009). *Sentencia 02480-2008-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2 de setiembre de 2010). *Sentencia 03426-2008-PHC/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (11 de abril de 2012). *Sentencia 00033-2010-PI/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00033-2010-AI.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (7 de octubre de 2016). *Sentencia 03228-2012-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03228-2012-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (18 de setiembre de 2017). *Sentencia 00853-2015-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (11 de julio de 2019). *Sentencia 01470-2016-PHC/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (7 de agosto de 2020). *Sentencia 02566-2014-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02566-2014-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (1 de febrero de 2021). *Resolución 00853-2015-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00853-2015-AA%20Resolucion.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (23 de julio de 2021). *Resolución 00853-2015-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00853-2015-AA%20CTResolucion2.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (12 de agosto de 2023). *Sentencia 01503-2022-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/01503-2022-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (5 de agosto de 2025). *Sentencia 02945-2003-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (5 de agosto de 2025). *Sentencia 05031-2022-PA/TC*. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/05031-2022-AA.pdf

SECCIÓN CLÁSICOS

Nota preliminar
El Tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad y de los nombramientos judiciales

María Sofía Cortez Olazábal*

En esta oportunidad, presentamos en la sección «Clásicos» de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* una propuesta de reforma constitucional del jurista José León Barandiarán, denominada «El Tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad y de los nombramientos judiciales». Esta fue presentada en el Congreso Nacional Extraordinario de Abogados de 1969, organizado por el Colegio de Abogados del Callao y la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, llevado a cabo del 17 al 21 de febrero de 1969.

Este congreso reunió a delegaciones de los colegios de abogados del país, así como de asociaciones jurídicas, quienes discutieron temas que, en ese entonces, captaban el interés de la comunidad jurídica, como la necesidad de una nueva Constitución, la reforma del Poder Judicial y el reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución. En ese marco, el doctor León Barandiarán presentó dos ponencias que contenían dos proyectos de reforma constitucional: la primera abordó la creación de un órgano que tuviera la competencia exclusiva del control de constitucionalidad y de legalidad de las normas; y la segunda viene a ser la

* Bachiller en derecho por la Universidad de Lima. Código ORCID: 0009-0000-4852-3597. Correo electrónico: mcortez@tcperu.gob.pe

versión ampliada de la primera ponencia, pues agregó la atribución del nombramiento de jueces a este mismo órgano. En esta ocasión, reproducimos en la revista el segundo proyecto de reforma[1].

José León Barandiarán fue, indiscutiblemente, uno de los juristas más destacados del siglo XX en el Perú. Nacido en Lambayeque en 1899, culminó la secundaria en el año 1916 en la ciudad de Chiclayo y se trasladó a la ciudad de Lima para iniciar sus estudios superiores en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en 1917, en la cual cursó Letras, después Jurisprudencia y así se encaminó en el Derecho (LP, 2020)[2]. En 1924, obtuvo el grado de bachiller en Derecho con su tesis *El error en los contratos*; el siguiente año recibió el título de abogado y, dos años después, el grado de doctor (Becerra Palomino, 2008, p. 164). Su vocación de maestro se manifestó tempranamente, pues en aquella época empezó a ejercer la docencia como catedrático auxiliar del curso de Derecho Civil en su *alma mater* (Themis, p. 5). Posteriormente, fue nombrado catedrático interino de Filosofía del Derecho en 1928, y en los años 1929 y 1930 estuvo a cargo del curso de Derecho Constitucional General (Themis, p. 5). Más adelante, llegó a impartir clases en otras universidades, entre ellas, la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y la Universidad de San Martín de Porres (USMP).

Ciertamente, el doctor León Barandiarán dedicó gran parte de su vida a la enseñanza, la cual fue destacable gracias a su dedicación a la investigación jurídica, que dio lugar a numerosas publicaciones. Como manifestó el tratadista De Trazegnies (2016) —quien fue su amigo—, «no satisfecha su vocación docente con esta transmisión oral y limitada al aula de clase, el Doctor León [quiso] […] escribir libros, artículos y ensayos a fin de permitir el acceso a sus conocimientos al mayor número de personas» (p. 24).

En efecto, sus publicaciones constituyen un aporte fundamental para la construcción de la doctrina jurídica nacional en materia civil. Entre ellas se distingue *Comentarios al Código Civil Peruano*, publicada en cuatro tomos, del año 1928 a 1944, reconocida por muchos como un valioso trabajo exegético y necesario para cualquiera que se interese por el derecho civil peruano. A esta se suman excelentes obras como *Manual del acto jurídico*, *Curso elemental de Derecho Civil peruano* y *Estudios de filosofía del derecho* (Becerra Palomino, 2008, p. 165), entre otros libros y artículos.

---

1 Este proyecto fue publicado en la *Revista del Foro* en 1969. Agradecemos al Colegio de Abogados de Lima por otorgar a la RPDC la autorización para la republicación de este importante texto.

2 Véase la entrevista a José León Barandiaran por Fernando de Trazegnies en https://www.youtube.com/watch?v=eRRQsYJebSs

Esta brillante trayectoria académica lo llevó a ser elegido decano del Colegio de Abogados de Lima para el periodo 1954-1955 y a ser nombrado el primer presidente de la Federación de Colegios de Abogados del Perú (Becerra Palomino, 2008, p. 164). En 1956, fue designado decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y, al año siguiente, rector de esta casa de estudios, cargo que ejerció hasta 1961 (De Trazegnies, 2016, p. 22).

Pero su contribución al derecho peruano no se limitó al ámbito académico, pues participó en varias comisiones reformadoras de normas del ordenamiento jurídico, entre ellas, la Comisión Reformadora de la Constitución en 1931, presidida por Manuel Vicente Villarán, a quien consideraba su maestro (De Trazegnies, 2016, p. 26). Además, presidió las comisiones reformadoras de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley del Notariado (Rodríguez Gómez, 2018, p. 8). Sin embargo, tuvo su aporte más significativo en la comisión que redactó el Código Civil de 1984, que reunió a eximios especialistas del derecho civil.

El doctor León Barandiarán falleció el 24 de julio de 1987, pero sus ideas se mantienen vigentes en su vasta producción bibliográfica, la cual es especialmente destacable teniendo en cuenta, como él mismo afirmó en una entrevista, las dificultades de acceso a la información bibliográfica, que eran propias de la época en que realizó sus investigaciones. Es igualmente remarcable su interés en que estos aportes fueran materializados en el ordenamiento jurídico. En esa línea, se encuentra la propuesta de reforma constitucional que expuso en el Congreso Nacional Extraordinario de Abogados y que hoy presentamos al lector: un tribunal encargado del control de la constitucionalidad en el Perú.

Sin embargo, antes de exponer el mencionado proyecto, es pertinente comentar el contenido de las ponencias. En la primera ponencia, el doctor León Barandiarán explicó su propuesta de incorporar un nuevo título en la Constitución mediante el cual se establecería una institución especializada encargada de garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y el respeto de la legalidad. Dicho anteproyecto distinguía dos supuestos: la anticonstitucionalidad, es decir, cuando una ley se opone a disposiciones constitucionales, y la antilegalidad, cuando una disposición infralegal (como un reglamento, decreto, resolución u ordenanza) se opone a una ley.

En consecuencia, el tribunal tendría competencia exclusiva para conocer, en vía de acción, tanto las demandas de inconstitucionalidad como las de antilegalidad. El pronunciamiento del tribunal tendría efectos generales, de modo que la norma declarada incompatible con la Constitución o con la ley sería ineficaz en todos los casos.

El autor advirtió que, hasta aquel momento, el ordenamiento jurídico peruano solo preveía el control de constitucionalidad en vía de excepción; es decir, los jueces solo podían inaplicar una norma en un caso concreto cuando consideraban que contravenía la Constitución, lo cual estaba sustentado en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936. No obstante, los jueces no tenían competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales. Al respecto, argumentó lo siguiente:

> La facultad del juez en cuanto a la no aplicabilidad antes referida, es una que no puede, pues, serle desconocida; el juez puede hasta utilizarla exoficio. No puede ser de su incumbencia el declarar en general la ineficacia de una norma jurídica, pues ello implicaría que el juez tuviere una función que excedería de la propiamente funcional de él, de aplicar la ley. (León Barandiarán, 1969, p. 201)

Ante esta situación, el doctor León Barandiarán propuso la creación de un órgano autónomo que se encargara de esta labor. A su juicio, el control difuso ejercido por los jueces no implicaba una intervención en las competencias del Poder Legislativo; sin embargo, la declaración general de inconstitucionalidad sí lo sería; por tanto, debía realizarla un tribunal distinto de los poderes del Estado. En sus propias palabras:

> […] si se quiere llegar a una solución en el sentido de que en vía de acción se solicite y se pueda obtener que se declare la ineficacia de una norma jurídica (ley o disposición administrativa), es indispensable instituir un órgano estatal independiente de aquellos que dan las leyes o las disposiciones administrativas. (León Barandiarán, 1969, p. 201)

El proyecto contempló también el tema de la legitimación: que la demanda podía ser interpuesta por un particular o una persona de derecho público, con interés legítimo, así como disposiciones sobre la composición del tribunal, la duración del cargo, los requisitos para ser miembro y algunas reglas procesales, que serían desarrolladas por ley.

Asimismo, el anteproyecto incorporaba la figura de la cuestión de anticonstitucionalidad o de antilegalidad planteada dentro de un proceso judicial. En tales casos, el juez podría elevar la cuestión al tribunal para que este determinara la constitucionalidad o legalidad de la norma aplicable y, en consecuencia, se suspendería el proceso principal hasta que se resolviera dicha cuestión. Finalmente, el autor sugirió la posibilidad de atribuir a este tribunal una competencia adicional: la designación de los miembros del Poder Judicial.

En la segunda ponencia, el doctor León Barandiarán comentó con mayor detalle esta última propuesta. Sobre ello, precisó lo siguiente:

> […] en relación a los artículos que son comunes y a los artículos que respectan al control de constitucionalidad y legalidad, nos remitimos a lo que hemos dicho en la ponencia presentada respecto a la creación de 'El Tribunal' con la única función de tener ese control. Mas, como hemos expresado antes, puede ser conveniente que un solo Tribunal tenga ambas atribuciones: la de dicho control y la de realizar nombramientos judiciales; y de aquí la presente ponencia. Con relación a ella, por lo explicado antes, solo es procedente, pues, ahora detenernos en lo concerniente a nombramientos judiciales. (León Barandiarán, 1969, p. 209)

En esta, sostuvo que en la comunidad jurídica existía un consenso acerca de la necesidad de reformar el sistema vigente de nombramiento de jueces, con el fin de evitar la intervención de los otros poderes del Estado: «Existe, en el foro nacional, la convicción de que el actual sistema de nombramientos judiciales debe ser reformado fundamentalmente. Se quiere apartar toda intervención de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en tales nombramientos» (León Barandiarán, 1969, p. 209).

Es por ello que, según el autor, en diversas ponencias se planteaba como solución que la referida función fuera delegada a un tribunal especial. Por su parte, el doctor León Barandiarán (1969) propuso «la innovación consistente en un sistema de concursos, en mira a una mejor selección de quienes sean designados» (pp. 209-210).

En el caso del nombramiento de vocales y fiscales de las cortes superiores, así como los de la Corte Suprema, el mecanismo era distinto, pues el tribunal elegiría entre candidatos propuestos por diversas instituciones, que serían la Corte Suprema, las facultades de Derecho, la Academia Peruana de Derecho, la Federación Nacional de Colegios de Abogados, el Colegio de Abogados de Lima y los colegios de abogados de la República.

Con este mecanismo, el autor pretendía que el proceso de elección de magistrados fuera llevado a cabo con absoluta imparcialidad y alejado de presiones políticas, y, de este modo, disipar cualquier temor de que se favorezca a algún candidato. Con respecto a ello, indicó lo siguiente:

> […] tal suspicacia puede inmediatamente ser desaparecida si se piensa que, como tiene que ser, el miembro de 'El Tribunal' no está sujeto a ningún mandato imperativo. Y, de otro lado, como las propuestas son plurales, en general,

> menos cabe que haya un interés o propensión en favor de un candidato por la mera circunstancia antes aludida. (León Barandiarán, 1969, p. 210)

Si bien estas propuestas de reforma constitucional no lograron ser aprobadas, no cabe duda de que las ponencias de León Barandiarán constituyen un antecedente importante para la historia del control de constitucionalidad en el Perú. Iniciativas como la suya, junto con la propuesta formulada por Raúl Ferrero Rebagliati años antes, cuya ponencia también fue reproducida en un número anterior de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, muestran un interés temprano por institucionalizar el modelo concentrado de control de constitucionalidad para el Perú, mucho antes de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú en la Constitución de 1979.

BIBLIOGRAFÍA

Becerra Palomino, C. E. (2008). José León Barandiarán ante la condición humana. En Castillo Freyre, M. (Coord.), *Libro de Homenaje de Felipe Osterling Parodi* (Vol. I) (pp. 163-191). Palestra.

De Trazegnies, F. (2016). Recordando al maestro. Memoria del doctor José León Barandiarán. *THEMIS. Revista de Derecho*, (70).

León Barandiarán, J. (1969). El Tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad. *Revista del Foro*, (1), año LVI.

LP - Pasión por el Derecho. (21 de octubre de 2020). *Entrevista José León Barandiarán: «No puedo arrogarme el título de jurista»* [Archivo de video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=eRRQsYJebSs

Rodríguez Gómez, E. (2018). Semblanza de José León Barandiarán. *Ius Inkarri, 7*(7), 7-8. https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn7.2033

Themis. (1985). Entrevista a José León Barandiarán. *THEMIS, Revista de Derecho*, (2), 3-5. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10485

Tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad y de los nombramientos judiciales*

Artículo 1°– Se instituye por este título «El tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad *y de nombramientos judiciales*», el cual dentro de este título es llamado «El Tribunal».

Artículo 2°– El Tribunal ejerce el control de la constitucionalidad y la legalidad de la República de acuerdo a los arts. 7° a 15° del presente título. Al Tribunal compete realizar los nombramientos judiciales en la República de acuerdo a los arts. 16° a 21° de este título.

El Tribunal funciona en la capital de la República.

Artículo 3º– El Tribunal estará constituido por doce miembros designados en la forma que en seguida se específica: a) dos miembros designados por la Corte Suprema de Justicia de la República, debiendo recaer estas designaciones en Vocales o Fiscales jubilados o cesantes de la Corte Suprema de la República; b) dos miembros designados por el Concejo Interuniversitario entre los profesores principales o eméritos de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales; c) dos miembros designados por el Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Colegios de Abogados, entre quienes hayan integrado los órganos directivos de dicha institución; ch) un miembro designado por la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, entre quienes hayan integrado las Juntas Directivas de dicho Colegio; d) dos miembros designados por la Academia Peruana de Derecho, entre

* Publicado inicialmente en: *Revista del Foro*, enero-junio de 1969, año LVI, N.° 1, Colegio de Abogados de Lima.

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 20, 2025, julio-diciembre, pp. 395-401.

quienes la integran; e) dos miembros designados en la forma que se indica en el párrafo segundo de este artículo; f) un miembro designado en la forma en que se indica en el párrafo tercero de este artículo.

Una vez designados los miembros a que se refieren los puntos a), b), c), ch) y d) del párrafo anterior, se reunirán bajo la presidencia de la persona designada en primer lugar por la Corte Suprema de la República como miembro de El Tribunal conforme a lo indicado en el párrafo anterior, para el efecto de procederse de inmediato a realizar un sorteo para la designación de los miembros a que alude el punto e) del párrafo primero de este artículo. Para este efecto cada una de las Cortes Superiores de Justicia de la República indicará el nombre de una persona para que participe en el sorteo respectivo, resultando miembros de El Tribunal las dos personas favorecidas en el sorteo. Las propuestas recaerán en Vocales o Fiscales jubilados o cesantes de Cortes Superiores.

Igualmente los mismos miembros a que se hace referencia al principio del párrafo segundo de este artículo procederán a realizar un sorteo para la designación del miembro que alude el punto f) del párrafo primero de este artículo. Para este efecto cada uno de los Colegios de Abogados de la República con excepción del de Lima, indicará el nombre de una persona para que participe en el sorteo respectivo, resultando miembro de El Tribunal la persona favorecida en el sorteo.

Los sorteos antes mencionados se efectuarán en acto público que se anunciara previamente.

Artículo 4º– Los miembros de El Tribunal duran en sus cargos diez años. La presidencia del Tribunal la ejerce el miembro designado por la Corte Suprema en primer lugar entre los nombrados por ésta, conforme lo indicado en el punto a) del art. 3°.

Artículo 5º– Para ser miembro del Tribunal se requiere ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de 45 años de edad. Tratándose de los miembros a que se refieren los puntos c), ch) y f) del art. 3º los abogados propuestos para que intervengan en los sorteos de que allí se hace mención, deben tener más que quince años de titulados.

No pueden ser miembros de El Tribunal los miembros de los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, los de los Concejos Municipales y los empleados públicos.

El ejercicio del cargo de miembro de El Tribunal es incompatible con el ejercicio de la función de abogado.

Los miembros de El Tribunal no pueden ejercer ningún otro cargo que dependa de los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Electoral, Municipal o de alguna persona de derecho público en general. Se exceptúan los cargos diplomáticos, los de la enseñanza universitaria, las comisiones codificadoras o de reforma de las leyes, la delegación del Perú en congresos o conferencias internacionales o científicas, y las funciones de árbitro o de abogado en los tribunales de arbitraje internacional en que se controvierta algún derecho del Perú.

La aceptación de un nombramiento prohibido por este artículo importa la pérdida del cargo de miembro de El Tribunal.

Artículo 6°– Los miembros de El Tribunal gozarán de los mismos honores, preeminencias y remuneraciones de los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Artículo 7°– Cualquiera persona, individual o colectiva, con interés legítimo para ello, que considere que una ley es opuesta a la Constitución, puede interponer directamente recurso ante El Tribunal, solicitando la declaración de ineficacia de dicha Ley.

Cualquiera persona, individual o colectiva, con interés legítimo para ello, que considere que una disposición normativa de la Administración Pública es opuesta a la Constitución o a una ley, puede interponer directamente recurso ante El Tribunal, solicitando la declaración de ineficacia de dicha disposición.

Cuando una persona de derecho público considere que una ley o una disposición normativa emanante de otra entidad pública se halle en los supuestos contemplados en los párrafos anteriores, puede interponer cualquiera de los recursos considerados en éstos.

Artículo 8°– Si en el caso del párrafo primero del art. 7° El Tribunal estima que es fundado el recurso, declarará la ineficacia de la respectiva ley, en cuanto esté en oposición a la Constitución. La referida ley en virtud de dicha declaración dejará de aplicarse en cualquier caso, en el punto en que se ha declarado la inconstitucionalidad. La decisión no tiene efecto retroactivo.

Si en el caso del párrafo segundo del art. 7° El Tribunal estima que es fundado el recurso, declarará la ineficacia de la respectiva disposición normativa, en cuanto está en oposición a la Constitución o alguna ley. La referida disposición en virtud de dicha declaración dejará de aplicarse en cualquier caso, en el punto en que se ha declarado la inconstitucionalidad o la ilegalidad. La decisión no tiene efecto retroactivo.

Artículo 9°– El control por El Tribunal sobre constitucionalidad o legalidad excluye toda valorización ideológica y toda apreciación sobre el uso por los Poderes Públicos o las Instituciones de Derecho Público de las facultades de carácter discrecional que les correspondan.

Artículo 10°– Si la cuestión de anticonstitucionalidad o antilegalidad ya ha sido resuelta anteriormente y la decisión respectiva ha sido publicada conforme a lo indicado en art. 15°, en caso de ser tal cuestión nuevamente promovida ante El Tribunal, será por este rechazada de plano, y al reclamante además de la pérdida de la caución a que se refiere el art. 11° se le impondrá una multa, conforme a lo que determina la ley. Lo mismo ocurrirá si la cuestión planteada es notoriamente infundada.

Artículo 11°– Cuando se interpone recurso alegando la acompañará certificado de caución, según lo que establezca la ley.

Si se declara fundado el recurso le será devuelta al recurrente la caución; si se declara infundado el recurso, el importe de la caución pasará al Erario Nacional.

Artículo 12°– Dentro de un procedimiento jurisdiccional, ya judicial o ya administrativo, cualquiera persona que sea parte en el. puede plantear la cuestión de anticonstitucionalidad o antilegalidad, para el efecto de la aplicación de lo indicado en el art. 7º.

Si el órgano jurisdiccional considera que el recurso es notoriamente infundado, o si ya antes ha habido pronunciamiento negatorio sobre el particular por El Tribunal, dicho órgano se pronunciará por la inadmisibilidad del recurso. El recurrente puede interponer revisión ante El Tribunal. Si ésta es declarada fundada. se aplica lo dispuesto en la última parte del párrafo tercero de este artículo.

Si el órgano jurisdiccional considera que cabe elevar a El Tribunal el recurso a que se refiere el párrafo primero de este artículo, lo elevará por cuerda separada y sin pronunciarse acerca de él. Entretanto y hasta que se dicta la decisión del caso por El Tribunal, no se paralizará el procedimiento ante el órgano jurisdiccional, pero éste no resolverá sobre el fondo del asunto hasta que no se haya pronunciado El Tribunal. Si éste declara que es fundado el recurso, el órgano jurisdiccional resolverá el asunto de su juzgamiento en mérito de lo decidido por El Tribunal.

El órgano jurisdiccional puede formular de oficio ante El Tribunal la cuestión de anticonstitucionalidad o antilegalidad, funcionando lo establecido en el párrafo tercero de este artículo.

El Ministerio Fiscal solicitará, en su caso, del órgano Jurisdiccional respectivo que plantee ante El Tribunal la cuestión de anticonstitucionalidad o antilegalidad, conforme a lo indicado el párrafo cuarto de este artículo.

No cabe la interposición del recurso de anticonstitucionalidad o de antilegalidad después de dictada resolución que ponga fin con carácter definitivo al procedimiento seguido ante un órgano jurisdiccional.

Sólo una vez cabe promover ante un órgano jurisdiccional la cuestión de anticonstitucionalidad o antilegalidad.

Lo indicado sobre la caución y sobre la multa en los arts. 10° y 11° es aplicable con referencia a este artículo.

Artículo 13°– El Tribunal tiene jurisdicción originaria y exclusiva respecto al control de constitucionalidad y legalidad. Ingresado el recurso ante El Tribunal y salvo lo dispuesto en el art. 15°, se correrá traslado al Poder Público o a la institución de derecho público de que emane la ley o la disposición normativa contra la que se reclame.

Para adoptar decisión por el Tribunal se requiere cuatro votos conforme. La formación de la Sala es con cinco miembros dentro de las reglas que indique la ley.

Las decisiones del Tribunal son definitivas.

Artículo 14°– El Tribunal emitirá sus decisiones respecto al control de constitucionalidad y legalidad dentro del plazo máximo que señale la ley, a partir del ingreso a aquél del recurso respectivo, tanto en el supuesto contemplado en el art. 7° como en el art. 12°.

En el procedimiento ante El Tribunal podrán apersonarse para la defensa de sus puntos de vista, tanto quien haya interpuesto el recurso como el Estado o la persona de derecho público de que haya emanado la ley o la disposición normativa contra la que se reclame y en general quien tenga interés directo en relación a la decisión que se adopte por El Tribunal.

Artículo 15º– Las causas sobre control de constitucionalidad y legalidad serán vistas en audiencias públicas. No obstante, El Tribunal puede disponer que la vista se realice con la concurrencia de sólo los representantes de las partes interesadas, por motivos de seguridad o de orden público, o cuando se produzcan por obra del público manifestaciones que sean inoportunas.

Las decisiones de El Tribunal serán motivadas, dadas a conocer en audiencia pública y publicadas en la forma que indique la ley.

Artículo 16º– Los nombramientos de los Jueces de Primera Instancia y de Agentes Fiscales, serán hechos por El Tribunal a base de concursos de méritos entre los postulantes. La Ley determinará todo lo referente a dichos concursos.

Para intervenir en concurso para ser nombrado Juez de Primera Instancia o Agente Fiscal es necesario, fuera de los demás requisitos que establezca la ley, haber sido Juez de Paz Letrado o Secretario o Relator de la Corte durante dos años o haber ejercido la profesión de abogado en forma comprobada por tres años.

Artículo 17°– Los nombramientos de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán hechos por El Tribunal en la forma que en seguida se especifica: la Corte Suprema propondrá doce personas. entre los Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales; b) dos Facultades de Derecho de Universidades Nacionales propondrán dos personas cada una de ellas, determinándose en cada caso a qué Facultades les corresponde hacer las propuestas, según el sistema que al respecto establezca la ley; c) la Academia Peruana de Derecho propondrá dos personas; ch) la Federación Nacional de Abogados propondrá dos personas; d) el Colegio de Abogados de Lima propondrá dos personas; e) los Colegios de Abogados de la República, exceptuando el Colegio de Abogados de Lima, propondrán una persona cada uno de ellos, determinándose en cada caso a qué Colegios corresponde efectuar las propuestas, según el sistema que al respecto establezca la ley.

En lo que se refiere al punto b) del párrafo anterior es necesario, fuera de los requisitos que en general indique la ley, que los propuestos sean catedráticos cuando menos asociados de alguna Facultad de Derecho de la República.

En lo que se refiere a los puntos c) y ch), d) y e) del párrafo anterior, fuera de los requisitos señalados en general por la Ley, es necesario que los propuestos hayan ejercido la abogacía en forma comprobada durante más de ocho años.

Artículo 18°– Los nombramientos de los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán hechos por El Tribunal entro las personas propuestas, en la forma que en seguida se especifica: a) Corte Suprema propondrá doce personas entre los Vocales y Fis cales de las Cortes Superiores; b) el Concejo Interuniversitario propondrá cuatro personas; c) la Academia Peruana de Derecho propondrá dos personas; ch) la Federación Nacional de Abogados propondrá dos personas; d) el Colegio de Abogados de Lima pro pondrá dos personas; e) dos Colegios de Abogados de la República, exceptuando el Colegio de Abogados de Lima, propondrán una persona cada uno de ellos, determinándose en cada caso a qué Colegios corresponda efectuar las propuestas, según el sistema que al respecto establezca la ley.

En lo que se refiere al punto a) del párrafo primero de este artículo, es necesario, fuera de los requisitos que en general señale la ley, que los propuestos hayan desempeñado durante más de ocho años el cargo de Vocal o Fiscal de Corte Superior.

En lo que se refiere al punto b) del párrafo primero de este artículo, es necesario, fuera de los requisitos que en general señale la ley, que los propuestos sean catedráticos principales o eméritos de una Facultad de Derecho de la República.

En lo que refiere al punto c) es necesario, fuera de los requisitos que en general señale la ley, que los propuestos sean miembros de la Academia Peruana de Derecho.

En lo que se refiere a los puntos ch), d) y e) del párrafo primero de este artículo, es necesario fuera de los requisitos que en general señale la ley, que los propuestos hayan ejercido la profesión de abogados durante quince años.

Artículo 19°– El Tribunal expedirá el respectivo título en que conste el respectivo nombramiento judicial.

Artículo 20º– Las decisiones de El Tribunal en relación a los nombramientos judiciales se adoptarán por mayoría de votos.

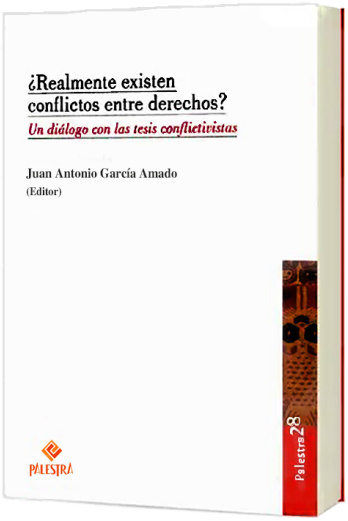
Artículo 21°– La ley determinará todo lo referente al procedimiento para los nombramientos judiciales, así como los requisitos en general de los designados.

Artículo 22°– La ley determinará lo referente al funcionamiento de El Tribunal.

SECCIÓN
RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

¿Realmente existen conflictos entre derechos?
Un diálogo con las tesis conflictivistas

✍ Edwin Morocco Colque*



Título	:	**¿Realmente existen conflictos entre derechos?** **Un diálogo con la tesis conflictivistas**
Editor	:	Juan Antonio García Amado
Ciudad	:	Lima
Editorial	:	Palestra
Año	:	2025
Páginas	:	172

* Abogado por la Universidad Privada del Norte. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Docente investigador en la Universidad Privada del Norte. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional e Investigador RENACYT nivel VI. Ponente y autor en diversas obras jurídicas nacionales e internacionales. Código ORCID: 0000-0003-4110-7878. Correo electrónico: edwin.morocco@upn.edu.pe

La visión tradicional sostiene que los derechos fundamentales a menudo chocan entre sí y que solo un complicado equilibrio, como la prueba de proporcionalidad, puede resolver esos conflictos. Sin embargo, el jurista español Juan Antonio García Amado, catedrático de Filosofía del Derecho, ha coordinado un libro reciente *titulado ¿Realmente existen conflictos entre derechos?* (2025) que desafía de manera provocativa esta idea. Reconocido por su defensa del positivismo jurídico clásico y su escepticismo hacia las teorías neoconstitucionalistas, García Amado combina un estilo claro y riguroso con un agudo sentido crítico. Según su perspectiva, la democracia se basa en acordar normas que sean vinculantes para todos, y no en imponer «la moral de cada uno». Desde este punto de vista, nos invita a reconsiderar la creencia común de que los derechos solo pueden ser armonizados a través de balanzas judiciales. La idea central de su libro es que no hay un conflicto permanente e inevitable entre los derechos fundamentales. García Amado critica el modelo conflictivista predominante, asociado con autores como Robert Alexy, que ve los derechos como principios de diferentes pesos que deben equilibrarse caso por caso, y lo califica de «iusmoralista, principialista y ponderador». Su argumento es que este enfoque relativiza en exceso los derechos. Nos señala que al aceptar que incluso el contenido esencial de un derecho puede ser limitado por otro de mayor peso, se erosiona «la certeza y eficacia de los derechos», ya que estos quedan a merced de valoraciones subjetivas en cada situación. Si cada derecho puede ser restringido por otro, concluye el autor, ninguno tendría una protección sólida. Además, su crítica se apoya en ejemplos reales: observa que muchos tribunales constitucionales han adoptado la ponderación con entusiasmo, permitiendo restricciones significativas, como la censura de expresiones en nombre del honor o la seguridad.

Para él, esas decisiones a menudo sacrifican lo esencial de cada derecho. Así, la primera tesis del libro es clara: en ningún caso se debe comprometer el núcleo fundamental de un derecho en nombre de equilibrios temporales; los derechos no deben volverse «totalmente relativos ni intercambiables» bajo ningún método de resolución de conflictos. El autor no solo critica, sino que también propone nuevas formas teóricas para entender cómo interactúan los derechos. Sugiere que quizá no todos los «conflictos» son genuinos, sino que son solo aparentes, resultado de una visión simplificada de la relación entre derechos. Cada derecho fundamental podría tener una naturaleza diferente (no es lo mismo un derecho a la libertad que un derecho a una prestación) y, por lo tanto, diferentes formas de interacción. García Amado sugiere clasificar y distinguir entre tipos de derechos y estudiar sus límites internos y externos para ver cómo pueden coexistir de manera coherente en el sistema jurídico. En esta línea, uno de los capítulos contrasta el modelo con-

flictivista actual con un modelo alternativo «coherentista». Este último propone ver el ordenamiento como un todo armonioso, donde cada derecho se delimita de antemano a través de una interpretación teleológica y sistemática, según su finalidad y su lugar en el sistema, de modo que se minimicen los choques aparentes. Así, en caso de tensión, el juez aplica reglas claras o principios de subsunción en lugar de calibrar valores de manera arbitraria. En otras palabras, se busca reducir al máximo la discrecionalidad judicial estableciendo criterios generales que eviten que los derechos choquen de forma irreparable.

Con relación a esto, la obra subraya que la delimitación de cada derecho debe realizarse a través de la interpretación jurídica, y no mediante equilibrios expost. Cada derecho tiene un contenido normativo que está definido por la Constitución, la ley y la tradición jurídica, y es responsabilidad del intérprete determinar hasta dónde llega sin invadir el ámbito de otros. Por ejemplo, la libertad de expresión incluye el derecho a opinar y a difundir información veraz, pero no permite injuriar con malicia; de igual forma, el derecho al honor protege la reputación frente a ataques injustificados, pero no puede extenderse a censurar el debate público sobre temas generales. Si se establecen con claridad estos límites, muchas «colisiones» dejan de ser casos sin solución y se resuelven gracias a la definición previa de los derechos. Esta idea se conecta con la doctrina del contenido esencial; García Amado sostiene que cada derecho tiene un «núcleo irreductible» que ninguna norma o sentencia puede menoscabar. Ante un conflicto aparente, la solución no debería ser eliminar o vaciar por completo alguno de los derechos, sino buscar una solución armonizadora donde cada uno mantenga al menos ese núcleo mínimo. El libro ilustra esto con el clásico enfrentamiento entre la libertad de expresión y el derecho al honor: la tesis de García Amado implica que, incluso ante expresiones hirientes, no se debe eliminar por completo la libertad de prensa (que es fundamental para la democracia), ni trivializar el honor personal. Se trataría de establecer límites interpretativos claros (por ejemplo, otorgando mayor protección a las críticas sobre figuras públicas en asuntos de interés público, y delimitando el honor frente a acusaciones falsas graves) de manera que el juez aplique simplemente la norma delimitada en cada caso, en lugar de decidir caso por caso qué valor tiene más peso. En este punto, el autor describe su postura como «anticonflictualismo». En esencia, sostiene que un ordenamiento coherente no debería permitir conflictos irresolubles entre normas del mismo rango.

Cualquier antinomia se percibe como un signo de incoherencia que el jurista debe eliminar o, al menos, minimizar. En el ámbito de los derechos, esto implica estructurarlos de tal manera que no se anulen entre sí cuando parece haber una colisión. A menudo, se trata de determinar qué norma prevalece a través de reglas

interpretativas o de reconocer que, aunque los intereses puedan chocar, no necesariamente lo hacen los derechos en un sentido estricto. Incluso en esos casos límite o «conflictos trágicos», donde cualquier decisión implica sacrificar algo valioso, García Amado sostiene que el juez debe buscar la solución menos perjudicial posible, sin infringir el núcleo de ningún derecho. Como él mismo ha enfatizado, «en democracia legisla la mayoría porque es mayoría, no porque tenga la verdad moral», recordando que las decisiones sobre los valores fundamentales corresponden al legislador elegido, no al intérprete judicial. Desde esta perspectiva, hablar de conflictos «trágicos» entre derechos puede ser más una metáfora literaria que una categoría jurídica útil: el objetivo siempre debe ser preservar los derechos como garantías efectivas, no simplemente como valores en una balanza. Para dar más peso a sus argumentos, García Amado revisa la jurisprudencia constitucional española sobre la libertad de expresión e información. Se da cuenta de que, cuando los tribunales aplican el paradigma principialista, sus fallos han variado considerablemente, a veces favoreciendo un derecho y otras veces a otro, precisamente por la técnica de ponderar caso por caso. En contraste, destaca cómo el Tribunal Constitucional español ha ido estableciendo criterios generales, como el reconocimiento de que las figuras públicas tienen una menor expectativa de privacidad o que el discurso político cuenta con una protección reforzada. Estas reglas jurisprudenciales fijas reducen el espacio de conflicto en casos futuros: más que un choque abierto de valores, el problema se convierte en técnico: ¿caen los hechos bajo la norma de la libertad protegida o bajo la de la difamación no amparada?

Hablando en los términos del libro, el derecho debería avanzar hacia un enfoque coherente y pragmático que reduzca la incertidumbre en los conflictos de derechos. Esto se lograría estableciendo reglas claras y consistentes que garanticen todos los derechos al mismo tiempo, en la medida de lo posible. En resumen, ¿realmente existen conflictos entre derechos? Este texto presenta una crítica a la ortodoxia constitucional actual. Las ideas principales, defendidas por García Amado, se resumen en tres tesis controvertidas: primero, que los modelos iusmoralistas y la ponderación constante debilitan la protección de los derechos fundamentales; segundo, que es necesario replantear teóricamente la estructura y clasificación de los derechos para entender mejor sus interrelaciones sin asumir conflictos inevitables; y tercero, que la definición de los límites de cada derecho debe surgir de la interpretación jurídica, preservando su contenido esencial, en lugar de depender de equilibrios ad hoc que relativizan su valor intrínseco. Estas tesis, acompañadas de ejemplos prácticos (especialmente la tensión entre la libertad de expresión y el honor), constituyen una crítica profunda al paradigma de los conflictos de derechos. El enfoque de García Amado es provocador y ha generado debate; el libro

incluso incluye respuestas de otros autores, pero su propósito es claro: invitarnos a cuestionar la idea de choques inevitables y a explorar la posibilidad de un orden constitucional más coherente y respetuoso de cada derecho en sí mismo. La postura radical de García Amado se basa en su visión más amplia del derecho. Él defiende un positivismo jurídico normativo y democrático: para él, el derecho se define por sus fuentes y procedimientos, no por su contenido moral. El derecho positivo (leyes y Constitución) es el resultado de un compromiso colectivo que permite la convivencia de valores diversos. Por eso, enfatiza la importancia de la seguridad jurídica y el respeto al proceso legislativo; el juez debe ser un aplicador fiel de la norma, no un árbitro.

Frente al movimiento postpositivista (neoconstitucionalismo) que predomina en muchas cortes, el autor García Amado señala que es fundamental considerar principios como la dignidad y la igualdad. Sin embargo, advierte que esto puede llevar a un «complejo y laberíntico instrumental conceptual» que oscurece la claridad del derecho. Según él, esta tendencia puede convertir al juez en un ingeniero moral, lo que podría socavar la legitimidad democrática. Su propuesta es un positivismo integrador: reconoce que los valores inspiran al legislador y que hay principios constitucionales, pero enfatiza la necesidad de concretarlos en reglas jurídicas específicas (como la prohibición absoluta de la tortura o la protección de minorías), en lugar de dejarlos «flotando» para que cada juez decida a su antojo en cada caso. En resumen, su obra también se puede interpretar como un llamado a reequilibrar la balanza hacia la legalidad y la seguridad jurídica, evitando lo que él considera un exceso de discrecionalidad moral en la interpretación constitucional. En esta línea, García Amado propone rescatar la noción de derechos fundamentales como «prerrogativas de orden constitucional», es decir, facultades que las personas tienen garantizadas frente al poder público y a los demás, y que no pueden ser sacrificadas a la voluntad del juez. Más allá de la teoría pura, su obra toca de manera implícita valores sociales y culturales relacionados con los conceptos de coexistencia y convivencia. García Amado hace una distinción entre «coexistir» (vivir tolerándonos sin hacernos daño) y «convivir» (una armonía de valores compartidos). Para él, el derecho debe asegurar la coexistencia pacífica, estableciendo las reglas básicas para que personas con diferentes concepciones de vida puedan vivir juntas sin violencia, pero no puede imponer una convivencia moral total sin violar libertades. Como él mismo enfatiza: «en democracia se legisla el derecho de todos, pero no la moral de cada uno». Cada individuo o comunidad tiene sus propios valores (religiosos, éticos, culturales), y el sistema jurídico debe respetar esa diversidad.

En cualquier caso, el énfasis que pone en la coherencia sistémica del orden jurídico resuena con los debates que se dan a nivel nacional: el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado principios de unidad constitucional, y García Amado señalaría que esa coherencia debe incluir la interpretación de los derechos de manera armónica, no contradictoria. Pongamos como ejemplo si es que la Constitución reconoce tanto la libertad de empresa como el derecho a un medio ambiente sano, el enfoque más coherente sugeriría la creación de leyes claras que definan cada uno de estos derechos para evitar que se anulen entre sí. Este mensaje también lleva un llamado implícito a los legisladores: en lugar de dejar todo en manos del litigio constitucional, deberían legislar explícitamente sobre los equilibrios delicados (como una norma que regule el balance entre la prensa y el honor). Además, dado que Perú es un país multicultural, las ideas de García Amado sobre la tolerancia adquieren un sentido práctico. Ante los conflictos entre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los proyectos económicos (como las consultas previas o la propiedad comunal), o entre la libertad religiosa y otros derechos (como la objeción de conciencia), su propuesta implicaría establecer reglas generales e impersonales. En lugar de resolver cada caso con criterios que cambian constantemente, se trataría de definir claramente hasta dónde llega cada derecho (por ejemplo, un reconocimiento limitado de los derechos consuetudinarios indígenas) y desde dónde prevalece el derecho nacional, asegurando así la coexistencia de diversas identidades.

Al aplicar las ideas de García Amado estamos revalorizando la seguridad jurídica y exigiendo al Tribunal Constitucional una doctrina más consistente sobre los límites de los derechos, a manera que promovemos un equilibrio donde ni el relativismo moral ni el dogmatismo arbitrario guíen la interpretación. El autor nos invita a reflexionar sobre si los derechos fundamentales realmente entran en conflicto entre sí, o si, por el contrario, hemos malinterpretado su coexistencia dentro de un sistema racional ya que sugiere que cada derecho debe ser visto como una garantía con un «núcleo intangible» que no debe perderse; sin esa ancla esencial, advierte, los derechos tienden a desvanecerse. Aunque su postura puede ser materia de discusiones y debates, va a actuar como un contrapeso intelectual saludable en una época donde quizás se ha exagerado la lógica de la balanza. El libro analizado no nos ofrece respuestas fáciles, pero al presentar todas estas ideas, va a fomentar un diálogo crítico sumamente valioso. Como concluye el autor, la respuesta final al cuestionamiento realizado en el título no es simplemente un «sí» o un «no», pero gracias a obras como esta, podemos formularla de manera más efectiva y avanzar hacia «un constitucionalismo más claro, equilibrado y fiel a la promesa de dignidad y libertad» que representan los derechos fundamentales.

Manual de derecho constitucional

María Sofía Cortez Olazábal*

Título	:	**Manual de derecho constitucional**
Autor	:	Raúl Ferrero Costa
Ciudad	:	Lima
Editorial	:	Instituto Pacífico
Año	:	2025
Páginas	:	608

* Bachiller en derecho por la Universidad de Lima. Código ORCID: 0009-0000-4852-3597. Correo electrónico: mcortez@tcperu.gob.pe

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 20, 2025, julio-diciembre, pp. 411-414.

INTRODUCCIÓN

La presente obra, de autoría del doctor Raúl Ferrero Costa, es el resultado de sus enseñanzas por muchos años como docente de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En esta, teoriza de manera prolija sobre las principales instituciones de la disciplina jurídica del Derecho Constitucional, valiéndose de la doctrina clásica y de la jurisprudencia para sostener su aporte, así como de sucesos resaltantes en la historia constitucional. Como lo menciona en la presentación de la obra: «Su contenido no solo se sostiene en la doctrina y en la jurisprudencia oportuna del Tribunal Constitucional, sino en la práctica diaria y en problemas reales que se han producido». Se trata, ciertamente, de una obra de indispensable revisión para quien se encuentre interesado en el conocimiento de las bases del derecho constitucional.

DESARROLLO

El contenido de la obra se encuentra dividido en 14 capítulos, los cuales abarcan los fundamentos más generales del derecho constitucional hasta el estudio de las instituciones más específicas.

En ese orden, los primeros capítulos versan sobre el Estado de derecho constitucional y las funciones jurídicas del Estado. En dichos capítulos, el autor se encarga de teorizar sobre conceptos y principios base de la disciplina del derecho constitucional. El autor parte haciendo una descripción del Estado de derecho, su definición, sus aspectos esenciales y la importancia de su defensa. Después, pasa a teorizar sobre la democracia, resaltando principios esenciales como la defensa de los derechos humanos, la participación ciudadana, el sufragio universal, entre otros aspectos. Sobre el particular, reflexiona acerca de la necesidad de defender permanentemente la institucionalidad democrática frente a las amenazas del autoritarismo. A continuación, aborda las funciones jurídicas del Estado. Para ello, parte de la evolución histórica de las teorías desarrolladas a lo largo del tiempo sobre las funciones jurídicas del Estado, explicando la naturaleza y alcances de las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional, así como las diferencias entre la función formal y material del poder estatal.

Posterior a ello, en los tres capítulos siguientes, el autor se dispone a desarrollar ampliamente la teoría de la Constitución y los derechos fundamentales. En tal sentido, brinda un análisis preciso acerca de la importancia de las constituciones y brinda algunas propuestas acerca de su propósito, para luego complementar este estudio con una revisión histórica de las constituciones peruanas y de antecedentes relevantes del constitucionalismo, como es la Constitución de Cádiz de 1812.

En esa línea, el doctor Ferrero Costa, con respecto a los derechos fundamentales, de manera muy prolija desarrolla sus orígenes, sus problemas de concepto y de denominación; así como otros aspectos vinculados a ellos, como los conceptos de dignidad humana, libertad e igualdad. Asimismo, describe los documentos destinados a proteger la vigencia de estos derechos, para luego analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los aspectos que giran en torno a los derechos fundamentales. A partir de ello, estudia derechos específicos reconocidos en la Constitución peruana, tales como el derecho a la vida, la libertad de expresión, la igualdad ante la ley, el secreto profesional, la libertad de tránsito, etc.

A partir de este punto, el autor hace un desarrollo de algunas instituciones que forman parte del contenido de la Constitución. Es así que expone a detalle los derechos sociales y económicos y los derechos y deberes políticos, en los cuales el autor analiza materias como el derecho a la educación, a la seguridad social, a la cultura, la participación política, el derecho al voto, entre otros aspectos. De igual modo, con respecto al régimen económico, expone los principios constitucionales que lo sustentan, entre ellos la economía social de mercado, la libertad de empresa, la libre competencia y la protección de los consumidores, además de definir algunos otros aspectos vinculados como son la propiedad, la expropiación y el régimen tributario. Este enfoque demuestra cómo el derecho constitucional no se limita únicamente a la organización del poder político, sino que también incide en otros sectores, como el social y el económico.

A continuación, el autor se dedica a comentar las instituciones de la parte orgánica de la Constitución. En tal sentido, se centra en la estructura y funcionamiento del Estado, por lo que expone lo relevante con respecto al principio de equilibrio de poderes, examina las atribuciones el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, para luego describir las instituciones que configuran las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Del mismo modo, explica a profundidad los aspectos vinculados al Poder Judicial, los principios de la función jurisdiccional como son el debido proceso, la independencia judicial, así como el rol de órganos como la Junta Nacional de Justicia, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo. Además, estudia el origen constitucional y la evolución normativa de los organismos electorales, así como las funciones que desempeñan entidades como el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. El autor reflexiona también acerca de la necesidad de reformar la estructura del sistema electoral, proponiendo la consolidación del actual sistema dispuesto en nuestra Constitución, en un solo organismo autónomo, teniendo en cuenta la tradición histórica de nuestro país en este ámbito.

La obra culmina con un análisis de los procesos constitucionales y del papel que desempeña el Tribunal Constitucional del Perú en la defensa de la supremacía normativa de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.

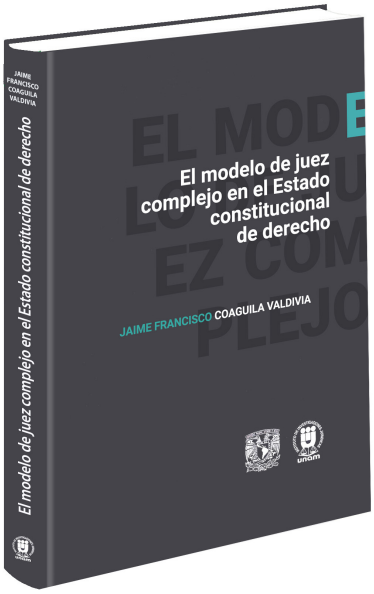
CONCLUSIÓN

En suma, indudablemente, el *Manual de Derecho Constitucional* de Raúl Ferrero Costa constituye una obra indispensable para el estudio del derecho constitucional peruano, puesto que el autor ha logrado, de manera efectiva y didáctica, articular la teoría constitucional clásica con la realidad política e institucional del país, al incorporar referencias históricas, doctrinarias y jurisprudenciales que enriquecen su análisis de cada tópico.

La amplitud de materias abordadas y el enfoque práctico del texto permiten que esta obra sea sumamente útil tanto para la formación académica como para el ejercicio profesional del derecho. En consecuencia, esta obra contribuye a la comprensión de las instituciones constitucionales, pero además fomenta una reflexión crítica sobre la importancia de la democracia, y la protección de la supremacía de la Constitución y de la tutela efectiva de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional de derecho.

El modelo del juez complejo en el Estado constitucional de derecho

✍ Rodrigo Brito Melgarejo*



Título	:	**El modelo del juez complejo en el Estado constitucional de derecho**
Autor	:	Jaime Francisco Coaguila Valdivia
Ciudad	:	Lima
Editorial	:	UNAM-IIJ
Año	:	2025
Páginas	:	172

* Jefe de la División de Estudios de Posgrado y Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Código ORCID: 0000-0003-0786-1543. Correo electrónico: rbritom@derecho.unam.mx

Una de las funciones primordiales dentro de un Estado constitucional es la impartición de justicia. Sus efectos se sienten más allá de la plena vigencia de la norma jurídica y presupone la existencia de una sociedad en la cual los conflictos se diriman por órganos estatales capacitados. En ese sentido, la teoría del Derecho ha estudiado diversos modelos en torno a las características, paradojas y virtudes de los jueces.

Jaime Francisco Coaguila Valdivia, a lo largo de los tres capítulos que integran su obra, analiza las particularidades de los jueces dentro del Estado Constitucional. En el primer apartado llamado «Los modelos de juez en la teoría del Derecho» hace un recorrido de los diversos arquetipos que se han desarrollado sobre los impartidores de justicia a partir de autores que son referentes en la teoría jurídica, como el juez Júpiter construido con las ideas de Hans Kelsen, el juez Hércules inspirado en la obra de Ronald Dworkin, el juez Hermes desarrollado por François Ost, así como el juez poeta y el juez constructor formulado por los *Critical Legal Studies*.

El arquetipo del primer juez, basado en la figura del dios Júpiter, se ubica dentro de dos dimensiones. Por un lado, está orientado por la Escuela de la Exégesis y por el otro, se encuadra en la actividad creadora del derecho por la aplicación de la norma. Esta doble orientación le ayuda a ser un guardián jurídico, empezando por la protección de la norma fundamental y, además, creando derecho por su función judicial. En contraposición se encuentra el juez Hércules, cuya actividad central radica en la solución de los casos difíciles con capacidades enfocadas en la argumentación constructiva con valores cimentados en la equidad, la justicia y el debido proceso.

En tercer lugar, se encuentra el juez Hermes, caracterizado por ser reticular, cuyo atributo principal es la reflexión con una dialéctica que permite conjugar la norma con el hecho y la fuerza con la justicia. Además, se encuentra el juez poeta, que conjunta las emociones y la racionalidad con un profundo sentido humano en la función jurisdiccional al ver la vida de las partes como si fuera una novela por su alma inmersa en la poesía.

Los dos últimos jueces que proyecta el texto son el prudente y el de los *Critical Legal Studies*. La idea del juez prudente se basa en el pensamiento iusnaturalista de John Finnis y su caracterización implica que este tipo de juez no solo aplica la norma jurídica, pues lo que rige su actuar es la racionalidad práctico-prudencial con principios morales lo que lo obliga a no acatar las normas injustas o aquellas que no contengan principios morales universalmente aceptados. La idea del juez constructor, por su parte, se formula a partir de la obra

de Duncan Kennedy. Esta clase de juez emite sus decisiones con una noción de justicia en el caso concreto, lo que implica que este tipo de jueces atiendan a una vinculación entre legislación y adjudicación o derecho y política, que para los otros tipos sería un fenómeno extrajurídico. Los arquetipos de jueces explicados por Coaguila Valdivia permiten entender las diferentes posturas y soluciones que se darían dentro de los casos concretos.

Con posterioridad, el autor desarrolla, en el capítulo segundo, las cinco paradojas que se encuentran en la conformación de alguno de los arquetipos antes mencionados. Éstas son: 1) la decisión de comportarse como jurista de mercado o jurista de Estado dentro del estado de Derecho, mientras que en el Estado constitucional se puede optar por ser un jurista de Babel o jurista funcionario; 2) la posibilidad de ser un juez activista-restringido, un juez mediador o caer en una tercera categoría que es el juez bipolar, cuya tendencia es resolver los casos alternando posiciones ideológicas; 3) la figura del juez prudente, que persigue la aceptación social y jurídica frente al juez que es operario, contemporizador y atrincherado asimilado al bipolar; 4) el juez de mercado, que se asemeja con un buen juez con poder, pero que puede considerar a la justicia como una mercancía y no como un valor a conseguir, y 5) la idea de juez mediático, que busca los reflectores y quiere convertir a la justicia en un espectáculo, por lo que no abona en nada a la labor jurisdiccional.

En ese capítulo, el autor profundiza también en estas cinco paradojas, que permiten comprender las posibilidades entre las que se puede debatir un juez en su actuar cotidiano. En cuanto a la primera, Jaime Francisco Coaguila parte de considerar que la existencia de una sociedad capitalista hace que la función jurisdiccional se altere al estar presente la lógica del mercado en la impartición de justicia, lo que implicaría alejarse de la neutralidad, por lo que existen varias posibilidades como que los jueces de Estado y de mercado se asuman bajo la figura del juez Júpiter, con una neutralidad frente a la ley, mientras que los jueces de Babel y funcionarios están relacionados con el juez Hércules, con matices de Hermes al ser protagonistas y traductores de los cambios sociales producidos por la globalización. La solución del autor para no caer en un solo arquetipo se encuentra en no radicalizar las posturas y basar su actuar en el bloque de constitucionalidad establecido en el texto fundamental de cada uno de los Estados.

En la segunda paradoja, el autor explica tres tipos de jueces que actúan por sus preferencias ideológicas: 1) el juez activista-restringido que no tiene intención de desobedecer la ley pero que puede usar razonamientos liberales o conservadores; 2) el juez mediador, que propone un punto de equilibrio entre las dos posturas

divergentes y, por último, 3) el juez bipolar que, como ya se dijo anteriormente, sus decisiones oscilan entre las diferentes posturas. Por último, aquí se expone el riesgo de tener un juez sin valores que ponga en riesgo el sistema democrático.

Para la tercer paradoja, el autor, a partir de la obra de Pulido y Suárez, desarrolla los modelos éticos de los jueces, que son: el operario que decide qué norma aplicar; el contemporizador, que es el encargado de materializar los conceptos jurídicos indeterminados para cada caso concreto, y el atrincherado, que está vinculado con el juez bipolar. En la cuarta paradoja se ofrecen teorías descriptivas como herramientas para comprender el comportamiento judicial. Estas teorías son la actitudinal, la estratégica, la sociológica, la psicológica, la económica, la organizacional, la pragmática, la fenomenológica, la legalista y la intermedia. Por su parte, en la quinta paradoja se reflexiona sobre el poder de los medios de comunicación en las decisiones judiciales debido a que la presión mediática puede comprometer la independencia judicial. Por otro lado, la exposición ante los medios puede ocasionar que los jueces tengan la posibilidad de llevar a la práctica la pedagogía jurídica enseñando el bien común y ayudando a que la población entienda la labor de los operarios jurídicos.

En conclusión, el aporte de esta sección es la formulación de las paradojas a las que se enfrenta todo juzgador, por lo que su labor se revaloriza en el contexto de un estado de Derecho y del Estado constitucional. Aquí los diferentes arquetipos y las mismas paradojas ayudan a construir al juez complejo, que se enfrenta cotidianamente a los casos concretos.

El último capítulo inicia con la definición del neoconstitucionalismo en sus dos diferentes vertientes teóricas. Por un lado, la vertiente argumentativa o principialista y, por otro, la garantista. Estas vertientes se unen bajo cuatro características comunes: 1) La fuerza normativa de la Constitución; 2) La rematerialización constitucional que implica la incorporación de normas que limitan al poder público; 3) La garantía judicial y la aplicación de la Constitución y 4) La rigidez constitucional con la intangibilidad en ciertos temas como los derechos fundamentales.

De acuerdo con Coaguila Valdivia, a pesar de estas convergencias entre los dos tipos de neoconstitucionalismos, los jueces se encuentran frente a diferentes funciones. En el modelo argumentativo o principialista obran con prudencia para alcanzar la máxima realización de los principios, mientras que en el garantismo los jueces refuerzan la presencia jurisdiccional frente a posibles violaciones de derechos humanos. Pero a pesar de que en el texto se muestran funciones diferentes de los encargados de impartir justicia, también el autor explica que independientemente

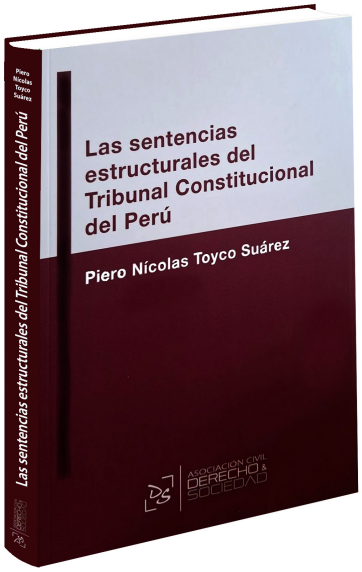
de las vertientes, al final el neoconstitucionalismo busca establecer contenidos mínimos de derechos fundamentales a través de constituciones rígidas para evitar los avasallamientos por las decisiones de las mayorías.

Después de que el autor hace esta explicación de los arquetipos del juez, de las paradojas a las que se enfrenta y de las diferentes funciones que asume dependiendo del tipo de neoconstitucionalismo en el que se encuentre, llega a una interesante conclusión: dentro del Estado constitucional no existe un modelo único del juez debido a que se resolverían los casos en un plano simplificado y monodimensional. Por la situación actual del derecho y de la realidad en los Estados, para Coaguila Valdivia, el encargado de impartir justicia inmersa en la complejidad actual debe ser consciente de que sus decisiones al final abren nuevos frentes en nuevas controversias.

Ya que se ha explicado el contenido de la obra titulada *El modelo del juez complejo en el Estado constitucional de derecho,* solo queda decir que este texto es fundamental para a entender la labor de los jueces, que no deben estar ubicados dentro de un solo arquetipo y que deben superar las paradojas para construir al juez ideal dentro de un Estado constitucional. Ese modelo de juez complejo debe atender a diferentes condiciones que van más allá de considerar que solo se dedica a impartir justicia y que atiende a modelos preestablecidos. Y es que, como lo señala Jaime Francisco Coaguila Valdivia, los jueces deben ser capaces de entender que sus decisiones, necesariamente, trastocan y trascienden al sistema jurídico de un Estado.

Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional del Perú

Andrés Arcila Chavarría*



Título	:	**Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional del Perú**
Autor	:	Piero Nícolas Toyco Suárez
Ciudad	:	Lima
Editorial	:	Derecho & Sociedad
Año	:	2025
Páginas	:	292

* Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, magíster en Derecho Administrativo, candidato a doctor en Derecho Público, conciliador en Derecho, asesor empresarial, docente universitario de pregrado y postgrado en diferentes facultades de Derecho en Colombia, conferencista, coautor de diversas publicaciones y ponencias en escenarios académicos nacionales e internacionales. Código ORCID: 0009-0001-9065-9487. Correo electrónico: andres.arci@hotmail.com

Revista Peruana de Derecho Constitucional, N.º 20, 2025, julio-diciembre, pp. 421-424.

INTRODUCCIÓN

La presente obra, titulada *Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional del Perú* (Toyco Suárez, 2025) contiene un total de cinco capítulos, divididos en 288 páginas. En el primero se analiza y se estudia las funciones y procesos del Tribunal Constitucional; en el segundo el autor se encarga de definir y analizar las sentencias estructurales; en el tercero se enfoca en el cumplimiento de las mismas; el cuarto realiza una síntesis de lo discutido en los tres primeros y en el último realiza proposiciones normativas que procuran el efectivo cumplimiento de las sentencias estructurales.

Es de vital importancia indicar que el presente libro es útil para entender la ineficacia e ineficiencia de las instituciones administrativas producto del incumplimiento de las obligaciones indicadas en las sentencias estructurales y, por supuesto, cómo dar solución a dicho problema.

En este trabajo, se explica de manera amplia que «los fundamentos teóricos sobre el Tribunal Constitucional en torno a sus atribuciones para conocer procesos constitucionales y la llamada autonomía procesal» (p. 18). Pero también el autor se encarga de realizar un análisis de Derecho Comparado con países como Colombia, Argentina, Brasil y México.

Todo lo anterior con la finalidad de proponer reformas estructurales a la constitución peruana, las leyes orgánicas, el Código Procesal Constitucional peruano y las demás normas encaminadas a la protección de los Derechos Constitucionales.

DESARROLLO

En la actualidad, Perú enfrenta una problemática interesante que se despliega en virtud del desarrollo y cumplimiento de las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional; el presente libro permite cuestionar dicho problema, dejando en evidencia que el cumplimiento de las sentencias o su incumplimiento está ligado a factores organizacionales como el déficit democrático de los jueces constitucionales, la falta de capacidad técnica de los jueces constitucionales, cuestiones presupuestales, intereses políticos, legitimidad en el cumplimiento, participación de los afectados, entre otros.

Lo interesante es que dicha problemática no solo puede ser reducida o analizada en Perú, sino que la misma puede presentarse o extenderse en diferentes países de América Latina y en general ello se puede constatar en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, esto porque cuando la Corte dicta su sentencia, la misma «no comporta la ejecución […]» (Villalba Bernié, 2015, p. 84); lo

que sin duda «constituye el "talón de Aquiles del sistema"» (Villalba Bernié, 2015, p. 84). Lo anterior deja presente la existencia de las mismas barreras o problemas con respecto a la ejecución de las sentencias, tornándose en un problema que afecta la administración de justicia en los organismos nacionales y supranacionales.

Ha de resaltarse que la administración de justicia no termina con la expedición de la sentencia, sino que implica también el cumplimiento y ejecución de la misma, pues es de dicha forma que se materializa el acceso a la administración de justicia; la Corte Constitucional colombiana ha sido enfática en lo anterior cuando indica qué: «[…] el acceso a la administración de justicia no implica solamente la posibilidad de acudir ante un juez para presentarle una solicitud y plantear pretensiones, pues también son elementos constitutivos de estos derechos: (i) obtener una sentencia de fondo debidamente motivada; y (ii) que esta decisión se cumpla. Estos factores, a su vez, permiten la materialización de la tutela judicial efectiva». (Corte Constitucional de Colombia, 2022).

El libro hace énfasis en las funciones del Tribunal Constitucional y la importancia de la carta constitucional, especialmente lo descrito en Título V, en donde se describen las acciones de garantía constitucional, qué es el Tribunal Constitucional y sus atribuciones, resaltando que este organismo es el encargado del «[…] control de la Constitución. Es autónomo e independiente». (Constitución Política del Perú, 1993). Y por ende también tiene la «potestad de crear *ex novo* reglas procesales, con el objeto de suplir, complementar o perfeccionar el ordenamiento procesal constitucional vigente». (Toyco Suárez, 2025, p. 41). Todo esto se materializa a través de la jurisprudencia con el fin de garantizar el derecho a la administración de justicia y la protección efectiva de los derechos constitucionales.

Recuérdese que en los Estados constitucionales modernos, la jurisprudencia y en especial la Constitucional:

> […] es de gran importancia, pues como fuente del Derecho, […] no es un concepto simplista; por el contrario, como generadora de principios jurídicos obligatoria para los tribunales es importante para todas ramas del derecho, pero en una disciplina en desarrollo por la doctrina, la legislación y la práctica jurídica, la jurisprudencia adquiere singular relevancia. (Guerrero).

Esto es el caso de las sentencias estructurales expedidas por el Tribunal Constitucional, las cuales el autor define como:

> […] el resultado de un proceso estructural a partir de la verificación de un problema (bloqueo institucional), es decir, la constatación de un estado de

> cosas inconstitucional, en donde se pretende cambiar un *estado de disconformidad,* por un *estado de cosas ideal*, en relación con la vigencia de los derechos sociales. (Toyco Suárez, 2025, p. 69)

Las cuales tienen efectos Erga-omnes y no solamente Inter-partes, pues las mismas versan sobre **derechos económicos, sociales, culturales o ambientales**.

Ante todos estos problemas, el autor, por lo menos en el plano nacional, propone como solución la necesidad de facultar a la Defensoría del Pueblo como entidad encargada de la supervisión del cumplimiento de sentencias, pero también la necesidad de implementar reformas normativas.

CONCLUSIÓN

En conclusión, esta obra evidencia la problemática que enfrenta Perú, y también otros países de Latinoamérica, en cuanto al cumplimiento de las sentencias, especialmente las estructurales (en el caso peruano); evidencia que la jurisprudencia como fuente del derecho es de gran importancia para comprender e interpretar las realidades sociales con la finalidad de proteger los derechos constitucionales, pero para ello también se requieren mecanismos efectivos para la protección y cumplimiento de los derechos discutidos en dichas sentencias.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 157 de 2022 (Corte Constitucional 2022).

Democrático, C. C. (1993). *Constitución Política del Perú.*

Guerrero, L. S. (s.f.). *Importancia de la jurisprudencia en el Derecho administrativo Mexicano.* Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: http://biblio.juridicas.unam.mx

Toyco Suárez, P. N. (2025). *Las sentencias estructurales del tribunal Constitucional del Perú.* Enotria.

Villalba Bernié, P. D. (2015). J*urisdicción supranacional el procedimiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad.* Ediciones Nueva Jurídica.

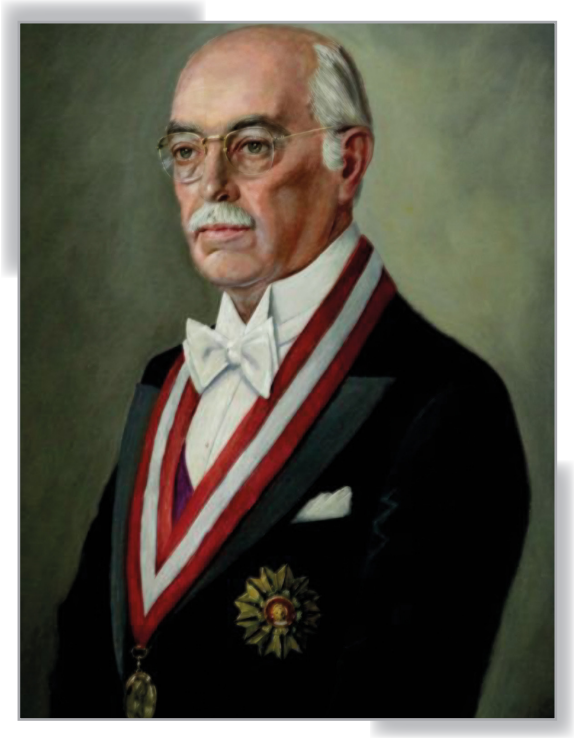
SECCIÓN DOCUMENTOS

Único registro fotográfico conseguido sobre el día de la instalación del Tribunal de Garantías Constitucionales el día 19 de noviembre de 1982, en el convento de Santa Catalina, en Arequipa.

En la foto se aprecia al presidente de la República, Arq. Fernando Belaunde Terry, felicitando al primer presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, doctor Alberto Eguren Bresani (Fuente: diario La Prensa, edición del día 20 de noviembre de 1982).

En esta ocasión, tenemos el agrado de presentar, en la sección documentos, el primer discurso dado por el primer presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, el doctor Alberto Eguren Bresani, durante la ceremonia de instalación de este órgano el 19 de noviembre de 1982. Este texto fue extraído del Libro de acuerdos administrativos del Tribunal de Garantías Constitucionales, que posee el Centro de Documentación del vigente Tribunal Constitucional.

Dirección de Publicaciones y Documentación



Alberto Eguren Bresani

Primer presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales
(1982-1986)*

* **Fuente:** Historia de la Corte Suprema de Justicia, V. 1, Fondo Editorial del Poder Judicial, 2019, p. 646.

Discurso de la instalación del Tribunal de Garantías Constitucionales, dado por su primer presidente, magistrado Alberto Eguren Bresani*

19 de noviembre de 1982

Señor presidente de la República; señores presidentes de los Poderes Públicos; señores miembros del Parlamento, altos dignatarios del Estado, señoras y señores:

Hablar de Garantías Constitucionales es hablar de democracia.

Finalizaba el año de mil ochocientos veintiuno, no había aun culminado el proceso de la independencia y ya el general José de San Martín convocaba a la ciudadanía para que, en plena libertad, eligiera un Congreso Constituyente con el exclusivo objeto de establecer la forma de gobierno que regiría en el Perú. Eran las diez de la mañana del veinte de setiembre de mil ochocientos veintidós, una multitud enfervorizada colmaba el Palacio de Gobierno; entre repiques de campanas y salvas de artillería se efectuaba la ceremonia de instalación. Horas más tarde, cincuenta y un diputados juraban en la Catedral mantener en su integridad a la nación y desempeñar fielmente los deberes que el pueblo les había confiado.

La convocatoria encerraba ya la concepción democrática del Poder Constituyente, como facultad popular de fundar el Estado. El Congreso de mil ochocientos veintidós dio comienzo a la República. Formuladas las Bases de la Carta Política, el

---

* El presente discurso se encuentra en el *Libro de acuerdos administrativos* del Tribunal de Garantías Constitucionales (pp. 16-21).

Congreso eligió presidente del nuevo Estado a José de la Riva Agüero, privándolo poco después del cargo, designó como sucesor a José Bernardo de Tagle quien, el doce de noviembre de mil ochocientos veintitrés, promulgó la Constitución, la primera en el Perú. Si bien tuvo vida efímera, ejerció notable influencia sobre las que se dictaron posteriormente.

Fue el Congreso una reunión de hombres ilustres. Estuvieron allí las mejores figuras de la época en el clero, en el foro, las letras y las ciencias. Luna Pizarro, Sánchez Carrión, Salazar y Baquíjano, Mariátegui, Figuerola, Unanue, por citar algunos. Ellos plasmaron sus ideales de un Perú democrático y soberano, libre y progresista; señalaron que el poder emana del pueblo e incluyeron en el texto de la Ley Fundamental, todas las garantías individuales de que deben gozar los hombres, con la única excepción de la libertad religiosa.

El Perú no tenía entonces tradición democrática; los regímenes anteriores a la conquista y el sistema colonial fueron absolutistas. Pero en el correr del siglo XVIII y a principios del XIX, se deja sentir el influjo cultural de los países europeos y de los Estados Unidos de Norteamérica; las ideas liberales y republicanas encuentran gran acogida entre criollos y mestizos y, a partir de mil ochocientos diez, también entra la población indígena, como consecuencia de la profusa propaganda bélica expresada en quechua y aymará. No habíase aún afianzado la independencia, tropas peninsulares dominaban parte del territorio nacional, días y meses cruentos deberán transcurrir hasta que se forjara la victoria final y ya la discordia entre las facciones presagiaba las luchas intestinas para lograr el poder que dominarían largos periodos de la vida republicana.

Contribuyeron inicialmente a favorecer la inestabilidad política, la ambición de un militarismo autoritario surgido de la campaña emancipadora y de su triunfo, la debilidad del concepto de patria, la guerra y el paso de un gobierno absoluto a otro democrático liberal. Era de esperar una confrontación armada, inclusive la presencia del caudillaje. Mas también era de esperar que años después, afirmada la República, vendría la paz interna de una perdurable vigencia de la Constitución.

Los hechos demostraron lo contrario, la sociedad peruana, mantuvo, básicamente, la estructura socio económica colonial y la lucha por el poder fue el reflejo de los intereses en juego, cuya definición correspondió a las fuerzas armadas. La carta magna, en sus repetidas ocasiones, quedó proscrita y sujeta a la voluntad de un Estatuto Revolucionario. Los siglos XIX y XX están llenos de estos ejemplos; ayer no más, el tres de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, un golpe militar incruento derrocó al Gobierno legítimamente constituido, disolvió el Parlamento y atropelló al Poder Judicial y en el largo ejercicio de la dictadura, causó grave perturbación a la República. Preciso fue que el país exi-

giera la vuelta a la constitucionalidad; las fuerzas armadas cedieron y el Estado de derecho quedó restablecido con la Constitución de mil novecientos setenta y nueve y la elección de presidente de la República en los comicios ejemplares de mil novecientos ochenta. La Constitución de mil novecientos setenta y nueve se dicta en un clima de exaltación democrática. Los constituyentes proclaman que nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, que son nulos todos sus actos; que el pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional y que quien se arroga el ejercicio del poder es reo del delito de sedición.

Agrupaciones ocultas y crueles han hecho su reaparición en el territorio patrio, particularmente en la región andina, causando destrucción y luto. Es un modo de expresión que la literatura encuadra en el concepto de terrorismo. Este fenómeno, que se observa insistentemente en muchos lugares del mundo, tiene razones comunes y causas propias y una finalidad coincidente: el debilitamiento o desaparición de los principios democráticos que conforman nuestra organización político-social. Siglo y medio de existencia republicana han calado hondo en el pueblo peruano que es hoy democrático por convicción. Toca a los gobernantes defender el ordenamiento jurídico empleando todos los medios que la ley pone a su alcance; robustecer esa fe con su obra y con su ejemplo, e ir más allá hacia lo definitivo, escudriñando en las raíces para desarraigar los males que sirven de bandera, y trabajar, trabajar con ahínco para que solo quede en el recuerdo que una vez muchos peruanos no tuvieron horizonte.

El sistema democrático, como se entiende hoy, no es únicamente consagración de libertades y fórmula electoral de representación popular; importa también fundamentalmente, un régimen de justicia económica, social y política y de moralidad pública. Solo así responde al anhelo del hombre que nuestra carta magna sintetiza, magníficamente, en su artículo primero cuando declara: «La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla». La violación constitucional puede también ser consecuencia de actos de gobierno legítimo que, mediante disposiciones inconstitucionales, se aparta de la línea democrática. Para establecer el orden jurídico lesionado por normas de menor jerarquía, la Constitución, siguiendo los lineamientos de la carta de mil novecientos treinta y tres y perfeccionándolos, prescribe que hay acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones de carácter general, que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

Las transgresiones constitucionales ocasionadas por disposiciones de mayor jerarquía, gozaban de impunidad amparadas por la forma legalizada. Los constituyentes, conscientes de ello, introducen en nuestro ordenamiento legal, un organismo nuevo en

el Perú, similar al existente en diversos países con milenaria tradición jurídica, capaz de frenar los excesos de poder, a quien le encomiendan el control de la carta política y que denominan «TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES».

La doctrina no se ha manifestado uniforme en cuanto a definir qué organismos debe ser el que resuelva los casos de inconstitucionalidad de la ley. Las soluciones adoptadas difieren, entre otras razones, porque cada país debe adecuar su legislación a su propia realidad. Algunas naciones han optado por establecer Tribunales Constitucionales siguiendo el ejemplo de la Alta Corte Constitucional de Austria; otras han encomendado esa misión al Poder Judicial; una tercera posición la representa los Estados Unidos de Norteamérica, donde en mil ochocientos tres la Corte Suprema al resolver un caso particular, por la naturaleza de sus funciones, asumió por decisión propia, la vigilancia del sistema jurídico construyendo la doctrina de la supremacía constitucional.

El Tribunal de Garantías Constitucionales es único, con jurisdicción en todo el territorio de la República, independiente, sometido exclusivamente a la Constitución y a su ley orgánica. Sus sentencias de inconstitucionalidad son inapelables y obligan al Congreso a derogar la norma inconstitucional y si no lo hace y transcurre cuarentaicinco días naturales sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el diario oficial. Cuando el tribunal declara la inconstitucionalidad de normas que no se originan en el Poder Legislativo, ordena la publicación de la sentencia en el diario oficial, la que tiene valor desde el día siguiente de la publicación. El Tribunal está integrado por personas de probada trayectoria democrática y en defensa de los derechos humanos, libres de toda vinculación política partidaria. No están sujetos a mandato imperativo. No responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su cargo. No pueden ser denunciados ni detenidos durante su mandato, salvo los casos de flagrante delito y de acusación constitucional. Es de su competencia declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, que contravengan la Constitución por la forma o por el fondo.

También se le ha otorgado el privilegio de velar por las garantías que la ley fundamental instituye en favor de las personas. El Tribunal de Garantías Constitucionales es el gran defensor de los Derechos Humanos, su autoridad lo lleva a conocer en casación, las resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia denegatorias de las acciones de *habeas corpus* y de amparo. Este Tribunal de *iure*, que completa el ámbito de la jurisdicción constitucional, en el que su altura es únicamente comparable a su responsabilidad, es el que hoy se instala en este evocador convento arequipeño, templo del espíritu. Y es que la nación no olvida

a sus hijos predilectos y los honra. Arequipa, la ciudad caudillo, que ha dado al país héroes, sabios y poetas, fue cuna y alimento de Javier de Luna Pizarro, primer presidente del primer Congreso Constituyente de la República y símbolo del sector más puro de la democracia liberal de la Magna Asamblea.

Después de iniciada la República y constituidos los tres poderes del Estado, no ha ocurrido ceremonia, o acto público o privado en el Perú que revista mayor importancia y trascendencia democrática que el que se efectúa en este momento histórico. La presencia del presidente de la República, que personifica a la nación, pone de relieve este hecho.

Señores: El Tribunal de Garantías Constitucionales, con absoluta independencia, con firmeza y energía, aplicando con su saber y experiencia la justa regla, defenderá el legado democrático de los fundadores de la independencia y de las generaciones posteriores, así como los derechos fundamentales de la persona humana. **«En nombre de la nación declaro instalado el Tribunal de Garantías Constitucionales»**.

—Muchos aplausos—.

(Foto regenerada con inteligencia artificial)

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Guía de instrucción para los autores

1. Sobre la Revista Peruana de Derecho Constitucional

1.1. Descripción general

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (en adelante RPDC) es la revista oficial del Tribunal Constitucional del Perú. Su primer número ha sido publicado en 1999. Desde el año 2023 la publicación es semestral (sus fechas de aparición son julio y diciembre de cada año), la misma que es dirigida por el Magistrado Director General del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional (CEC). Además, la integran: un Consejo Consultivo, un Consejo Editorial y el editor (labor que se encuentra a cargo del Director de Publicaciones y Documentación del CEC).

1.2. Recepción y publicación

La RPDC recibe y publica trabajos de investigación sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Teoría del Estado, Historia Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ciencia Política y ramas afines.

1.3. Sobre los contenidos

Los contenidos de cada número de la RPDC están dedicados a un tema jurídico que es elegido por su director. Los trabajos de investigación que se encuentran relacionados al referido tema se publican en una **sección especial**. A diferencia de las investigaciones ajenas al número temático de la RPDC, que se publican en la **sección estudios constitucionales**. La RPDC también contiene una **sección homenaje**, donde se publican trabajos especialmente preparados en reconocimiento a un/a jurista destacado/a o sus propios trabajos. Adicionalmente, la RPDC ofrece la **sección de jurisprudencia comentada**, donde se publican estudios críticos a las sentencias relevantes; una **sección**

clásicos, en la que se publican trabajos de autores clásicos; una **sección de documentos**, en la que se publican documentos históricos; y una **sección de reseñas bibliográficas** en la que se comentan obras publicadas recientemente.

En la sección especial de la Revista Peruana de Derecho Constitucional se publican trabajos o colaboraciones originales e inéditos. Las secciones estudios constitucionales, jurisprudencia comentada y homenaje también pueden contener trabajos originales e inéditos.

1.4. Invitación a publicar

El Director General invita formalmente a especialistas en la materia a escribir en la RPDC. La convocatoria también es abierta y permanente. Los trabajos de investigación que sean enviados para publicación a la RPDC, deberán atender el cronograma establecido para cada numero de la revista; del mismo modo, tomar en consideración los requisitos mínimos exigidos y superar la evaluación correspondiente.

2. Sobre la remisión de los trabajos

Los trabajos remitidos tienen que ser originales e inéditos, los mismos que deberán ser enviados a través del siguiente enlace. Además, el postulante debe remitir firmada la declaración jurada de autenticidad y autorización de publicación. Para efectos de su publicación los trabajos serán objeto de evaluación por pares anónimos. El idioma principal de los contenidos publicados en la RPDC es el español. Sin perjuicio de ello, serán publicados aquellos trabajos remitidos en idiomas distintos al español, siempre y cuando sean pertinentes a las convocatorias realizadas y cumplan los requerimientos editoriales establecidos. Para todos los efectos, es responsabilidad de los autores el envío de trabajos en estricto cumplimiento de la legislación en materia de derechos de autor.

La revista recibe propuestas de publicación de aquellos profesionales que tengan como mínimo el titulo de abogado/a.

2.1. Uso de Inteligencia Artificial por parte de los autores

Declaración de uso:

Bajo responsabilidad, los autores deben declarar expresamente el uso de cualquier herramienta de IA en la redacción o análisis de sus manuscritos. Se

debe especificar el software utilizado, las funciones aplicadas y las secciones del manuscrito donde se ha utilizado.

3. Formato de los trabajos de investigación

3.1. Formato

Los trabajos de investigación deberán presentarse en formato Word, estilo y tamaño de letra en Times New Roman 12. El espacio tendrá un interlineado simple. La extensión total del trabajo de investigación presentado no deberá superar las veinte (20) páginas (un máximo de 9,000 palabras), quedan incluidas las notas a pie de página, bibliografía, apéndices, imágenes, cuadros estadísticos y demás información que contenga. De manera excepcional, el Director podrá autorizar una extensión mayor.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores y su dirección o direcciones de correo electrónico, (de ser el caso) código de investigador ORCID (*Open Researcher and Contributor ID*) conforme a las indicaciones que aparecen a continuación.

3.2. Título

El título se colocará en español e inglés al medio, en negrita y en mayúsculas. La comprensión del mismo deberá ser factible y coincidir con el contenido de la investigación. De preferencia se debe evitar el uso de palabras que sean de difícil entendimiento, en otro idioma y el uso de acrónimos.

3.3. Resumen

Los trabajos irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés (*abstract*), cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su contenido ha de limitarse a tratar lo reflejado en el trabajo. No deberán incluir situaciones, ideas o pensamientos que no estén relacionados con el trabajo remitido.

3.4. Palabras clave

Se incluirá un máximo de diez palabras clave, en español e inglés (*Keywords*). Las palabras clave del trabajo de investigación irán una a continuación de las otras precedidas por un punto y coma.

3.5. Sumario

El sumario contendrá los títulos y subtítulos del trabajo de investigación remitido, las notas (de haberlas) y la bibliografía. Indicará, por tanto, cómo se encuentra estructurado. Se recomienda que los títulos se numeren en romanos y en mayúsculas y los subtítulos en números arábigos y en minúsculas.

Un ejemplo es el siguiente:

I. PLANTEAMIENTO

II. LEGITIMIDAD DEL USO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EXTERNA

1. Perspectiva jurídico-teórica
2. Perspectiva jurídico-positiva

III. LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

IV. VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. Frecuencia y asimetrías
2. Las razones del uso moderado
3. Función y valor jurídico
4. Algunos usos problemáticos

4.1. La correcta comprensión de la doctrina citada

4.2. La jurisprudencia extranjera controvertida en origen

4.3. La selección de la jurisprudencia citada: representatividad y pertinencia

V. CONCLUSIONES

NOTAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS[1]

Dependiendo de la cantidad de títulos y subtítulos puede permitirse un sumario que solo contenga los títulos. Este formato se puede incluir si no ha sido remitido por el autor. También se puede modificar.

[1] Sumario extraído de: Arzoz Santisteban, X. (2022). La cita de jurisprudencia constitucional comparada por el Tribunal Constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional,* 125, 13-44. DOI: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.01

Además del artículo, los autores deben presentar las siguientes declaraciones: 1. Declaración de originalidad, 2. Declaración de Metadata y Biodata; y 3. Declaración de Ciencia Abierta. De igual modo, los autores deberán remitir el texto de su artículo empleando el Formato de presentación del trabajo.

4. Sobre el proceso de publicación

4.1. Revisión de pares ciegos

La RPDC acusa recibo de los trabajos de investigación remitidos. Todas las investigaciones presentadas para la **sección especial** son evaluadas aplicándose el método de revisión por pares ciegos. Ni el autor tendrá conocimiento de quien es el revisor ni el revisor tendrá conocimiento de quién es el autor. Los revisores serán especialistas en la materia. De presentarse observaciones o errores advertidos que pueden ser corregidos, el trabajo será remitido al autor para que, si lo considera, efectúe los ajustes pertinentes. Si el autor manifiesta no estar de acuerdo con las observaciones, tiene la posibilidad de solicitar el retiro de su trabajo. Los trabajos serán sometidos a programas de detección de similitud.

4.2. Publicación posterior

Previa comunicación de conformidad, aquellos trabajos que no llegasen a ser publicados en el número para el que fueron presentados, se informará previamente al autor si está de acuerdo en que la publicación del mismo se realice en el número sucesivo de la RPDC.

5. Sobre el citado

El citado y las referencias deben ajustarse a la Norma APA, Séptima edición. El citado y las referencias podrán ser corregidos a este formato o el trabajo podrá ser devuelto al autor para que realice las correcciones correspondientes. Excepcionalmente, tratándose de trabajos seleccionados para la publicación en la *sección clásicos* o *documentos históricos*, podrá aceptarse el estilo de citado original. La RPDC puede realizar ajustes menores al formato referido, lo que se verá en cada caso en concreto.

6. Derechos de autor

Respecto de aquellos trabajos que hayan cumplido las exigencias editoriales y su dictamen sea el de publicable, se comunicará al autor que el mismo ha sido **seleccionado para ser publicado.**

La RPDC se reserva los derechos de reproducción, distribución, donación, venta (de ser el caso), de la revista y por ende de los contenidos de la misma en cualquier formato en que se haya realizado su publicación. En ese sentido, los autores manifiestan su consentimiento para la publicidad de la RPDC a través de medios de comunicación que puedan ser utilizados para su difusión, ya sean canales tradicionales o virtuales (redes sociales, canal de *Youtube*, notas de prensa, y demás existentes).

7. Sobre la comunicación entre los autores y el editor de la RPDC

Para los interesados en publicar en la revista, que tengan el interés en enviar o hayan enviado sus colaboraciones en todo aquello respecto de la publicación de la revista, se debe desarrollar una comunicación permanente con el editor o quien sea por él designado para la debida y oportuna atención, la misma que se va desarrollar a través del siguiente correo: publicaciones.cec@tc.gob.pe u otro que se designe.

8. Otras pautas a considerar por parte del editor

La aceptación o rechazo serán realizadas con la debida pertinencia y en estricto cumplimiento de los requerimientos académicos y editoriales establecidos. Del mismo modo, queda en salvaguarda la confidencialidad en todo el proceso editorial: recepción, evaluación, observación y dictamen de las colaboraciones. Asimismo, se llevará a cabo de manera diligente, la publicación y difusión de la revista en los formatos y medios correspondientes.

9. Sobre la remisión de la guía de instrucción para los autores

Esta guía de instrucción para autores será remitida junto con la invitación para escribir las colaboraciones de investigación solicitadas por la RPDC.

Siendo que la convocatoria de la revista es abierta, los requisitos para el envío de trabajos son de conocimiento público. Se podrá acceder a los mismos a través de las vías institucionales de la entidad; de tal modo, que todos aquellos interesados en participar en las convocatorias a publicar en la revista, cumplan oportunamente con las exigencias editoriales previamente señaladas, con ello se busca promover el envío de colaboraciones que desde la primera oportunidad se ajusten a lo solicitado.

10. Consultas y comentarios

Si tuviera alguna duda y/o comentario, puede escribir al siguiente correo electrónico: publicaciones.cec@tc.gob.pe.

Centro de Estudios Constitucionales
Tribunal Constitucional del Perú