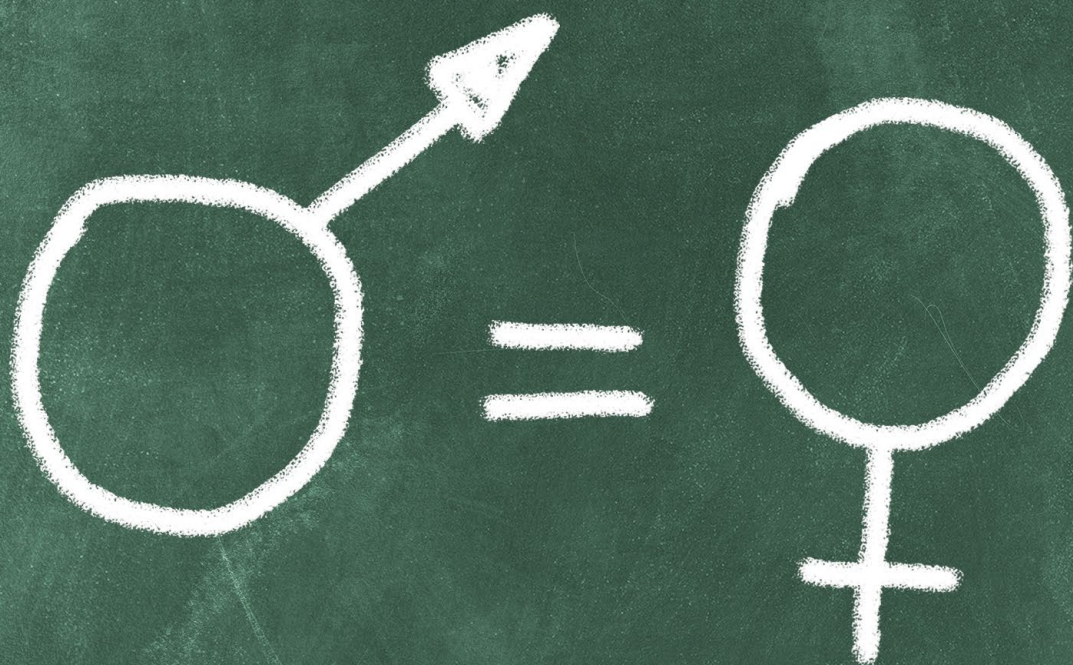


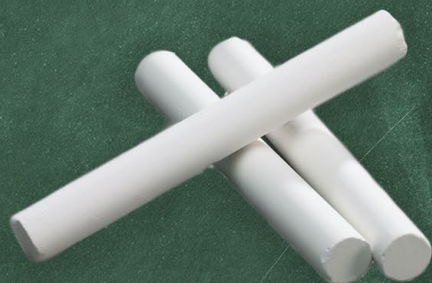
EL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL EJERCICIO DE LA DOCENCIA Y LA EDUCACIÓN



Máximo Córdova Huamani



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios



**El derecho a la igualdad en el
ejercicio de la docencia y la
educación**

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

Máximo Córdova Huamaní

[maximo.cordova@unsaac.edu.pe]

ORCID [<https://orcid.org/0000-0002-6737-4141>]

Doctor en Derecho. Doctor en Educación. Estudios concluidos en Doctorado con mención en Cultura Democrática, Estado y Derecho, Universidad del País Vasco, España. Docente en la Escuela de Posgrado y actual Docente Principal en la Escuela Profesional de Educación, Facultad de Educación y Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco.

**El derecho a la igualdad en el
ejercicio de la docencia y la
educación**

Máximo Córdova Huamani

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos, mediante el sistema de “doble ciego”, requisito para la indexación en la Web of Science de Clarivate (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 4.0 Unported License.



ISBN 978-628-7661-10-3

© Máximo Córdova Huamaní, 2023
© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2023

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusaquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (571) 601 232-3705
www.ilae.edu.co

Diseño de carátula y composición: Harold Rodríguez Alba
Edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (571) 601 323-2181
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

Contenido

INTRODUCCIÓN	11
<hr/>	
CAPÍTULO PRIMERO	
CUESTIONES METODOLÓGICAS	17
I. Caracterización del problema	17
II. Delimitación y definición del problema	19
III. Objetivos de la investigación	20
A. Objetivo general	20
B. Objetivos específicos	20
IV. Justificación	20
A. Criterio temporal	20
B. Criterio teórico	21
C. Criterio práctico	21
D. Criterio metodológico	21
V. Metodología	21
VI. Procedimiento de recolección de datos	26
VII. Definición de términos	26
<hr/>	
CAPÍTULO SEGUNDO	
DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY COMO PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN	29
I. La igualdad ante la ley en el ámbito interno e internacional. Evolución histórica del derecho a la igualdad ante la ley: una mirada a instrumentos nacionales e internacionales	29
II. Aproximación conceptual: acercándonos al concepto de igualdad	40
III. Identidad y semejanza	41
IV. La definición del derecho a la igualdad ante la ley en el ámbito normativo internacional	43
V. El derecho a la igualdad ante la ley en contexto. La prohibición de la discriminación y derecho a la igualdad ante la ley	48
VI. El principio de proporcionalidad y la igualdad ante la ley	49
VII. Modalidades de discriminación	54

CAPÍTULO TERCERO

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA INCONSTITUCIONALIDAD	57
I. Aspectos preliminares: la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley	57
II. La inconstitucionalidad frente a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley	60
III. Evolución de los sistemas de control de constitucionalidad	63
A. El sistema americano de control de constitucionalidad	63
1. Los antecedentes ingleses: la doctrina del juez COKE	63
2. <i>Judicial review</i> en Norteamérica	64
3. Principio de la <i>judicial review</i>	65
4. Aporte de JHON MARSHALL	68
5. Control político de la constitucionalidad de las leyes	70
6. El <i>jure constitutionnaire</i> defendido por SIEYÉS	72
7. El control político en Francia	74
8. KELSEN y el modelo austriaco de control autónomo de la constitucionalidad	77
IV. Otros modelos de control autónomo de la constitucionalidad europea de entreguerras	81
V. Desarrollo del control de constitucionalidad de la ley en Latinoamérica	84
VI. El control de constitucionalidad de la ley en el Perú: antecedentes	87
VII. Anteproyecto de Constitución de la Comisión Villarán	91
VIII. Acción popular en la Constitución de 1933	92
IX. Constitución Política de 1979	93
A. Control difuso de constitucionalidad	93
X. El control concentrado de constitucionalidad “Tribunal de Garantías Constitucionales”	96
XI. Constitución de 1993	96
XII. Control de constitucionalidad de las leyes	99
XIII. Proceso de inconstitucionalidad	99
XIV. Legitimación activa	100
XV. Prescripción de la acción	101

CAPÍTULO CUARTO

ESTUDIO DE NORMAS JURÍDICAS DISCRIMINATORIAS RELATIVAS AL PERSONAL DOCENTE QUE VULNERAN EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA POSIBILIDAD DE RECLAMAR EN LA VÍA ADMINISTRATIVA O JUDICIAL POR LA DISCRIMINACIÓN <i>DE IURE</i> PRODUCIDA	103
I. Leyes que introducen normas jurídicas discriminatorias por género vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley	103
A. Ley 24029 de 1984, de la Carrera Pública del Profesorado	103
B. Ley 29062 de la Carrera Pública Magisterial	107
C. Ley 29944 de la reforma magisterial que deroga las leyes 24029, 25212 y 29062	109
II. Decreto supremo que introduce normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley	112
III. Ley Universitaria 30220 y Decreto Supremo 0341-2019-2019-EF	114
IV. La vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la imposibilidad de reclamar en la vía administrativa o judicial por la discriminación de iure producida	114

CAPÍTULO QUINTO

DISCUSIÓN DE RESULTADOS	125
Conclusiones	130
Recomendaciones	132

REFERENCIAS	133
--------------------	------------

Índice de tablas

TABLA 1.	Normas jurídicas del sector educación relativos al personal docente	23
TABLA 2.	Normas jurídicas que vulneran el derecho de igualdad ante la ley del personal docente sector educación	24
TABLA 3.	Decreto Supremo 018-2006-ED	113
TABLA 4.	Normas jurídicas discriminatorias asociadas al género introducidas por las Leyes 24029, 25212, 29062, 29944 y sus reglamentos (caso de docentes de educación básica regular)	118
TABLA 5.	Normas jurídicas discriminatorias asociadas al régimen laboral introducidas por la Ley 29944 frente a otros servidores públicos regulados por el Decreto Legislativo 276 y su reglamento (caso de docentes de educación básica regular)	121
TABLA 6.	Normas jurídicas discriminatorias asociadas régimen laboral introducidas en el Decreto Supremo 341-2019-EF frente a otros servidores públicos regulados por el Decreto Legislativo 276 y su reglamento (caso de docentes de la educación superior universitaria)	123

Introducción

El presente trabajo de investigación parte de una problemática, al notar que el Estado peruano parece olvidar sus obligaciones internacionales respecto a la protección irrestricta de los derechos fundamentales de la persona, en este caso, relativo al sector docente.

La preocupación de un buen sector de la docencia del magisterio nacional, así como de la docencia universitaria, han mostrado insatisfacción por las diferencias que las normas de su sector han introducido, al ver que no cuentan con las mismas oportunidades al momento de exigir el cumplimiento de ciertos derechos.

El estudio exploratorio realizado previamente abrió camino para adentrarnos en el análisis de cada una de las normas que regula el sector educación en el Perú, con el propósito de determinar si dentro de la estructura legislativa del Estado peruano existen normas jurídicas en el sector educación relativas al personal docente que introducen aspectos de carácter discriminatorio vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, sin que exista la posibilidad de que los perjudicados puedan reclamar en vía alguna por la discriminación *de iure* producida.

Dentro de la doctrina se sabe que la discriminación se genera de dos formas: i) la que se produce como consecuencia de la aplicación de la norma jurídica, sin que los preceptos jurídicos en sí mismos sean necesariamente discriminatorios, a este tipo se le denomina *discriminación de hecho o de facto*, que en otras palabras, ocurre cuando la norma jurídica no se aplica de forma imparcial a todas las personas que se encuentran en la misma situación, hay aquí, por lo tanto, un enjuiciamiento a la aplicación de la ley; y ii) aquella que se denomina *discriminación de iure*, que se produce en el contenido de las normas jurídicas y puede hablarse de discriminación en el contenido de la norma jurídica, si los criterios que utiliza la ley para distinguir están justificados y son razonables o no¹.

En la presente investigación se ha determinado que en las normas que regula la función docente en las instituciones educativas de educación básica regular y de educación superior universitaria, se hallan introducidas disposiciones que genera entre los docentes la discriminación *de iure*. Es así que si se analizan la Ley 24029² modificada por la Ley 25212³ y su reglamento Decreto Supremo 019-90-

1 ALEXANDRA SHAPIAMA CERNA. “La vulneración de los derechos del consumidor por su identidad de género, como consecuencia de la incorrecta aplicación de la Ley N° 29571 en casos de discriminación” (tesis de pregrado), Trujillo (Perú), Universidad César Vallejo, 2019, disponible en [<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/63718>].

2 PERÚ. Ley n.º 24029 (Ley del Profesorado), de 14 de diciembre de 1984, disponible en [<http://www.minedu.gob.pe/normatividad/leyes/Ley24029.php>].

3 PERÚ. Ley n.º 25212 (Ley del Profesorado), de 18 de mayo de 1990, *Diario Oficial El Peruano* n.º 3.573, de 20 de mayo de 1990.

ED⁴, vigentes hasta el 25 de noviembre de 2012, la Ley 29062⁵ y su reglamento Decreto Supremo 003-2008-ED⁶ vigentes desde el 11 de julio de 2007 hasta el 25 de noviembre de 2012; el Decreto Supremo 018-2006⁷ (que aprueba el Reglamento General de Concurso Público de Selección de Directores de Unidades de Gestión Educativa Local), la Ley 29944⁸ y su reglamento el Decreto Supremo 004-2013-ED⁹, en lo que respecta al reconocimiento de pago del subsidio por luto y gastos de sepelio, la Ley Universitaria 30220¹⁰ que omite los derechos sociales por 25 y 30 años de servicios al Estado, luto, sepelio y compensación de tiempo de servicios –CTS–, el Decreto Supremo 341-2019-EF¹¹ que restablece de manera parcial los derechos sociales del docente universitario.

- 4 PERÚ. Decreto Supremo n.º 19-90-ED, “Por el que aprueban reglamento de la ley del profesorado”, *Diario Oficial El Peruano* n.º 3.645, de 29 de julio de 1990, disponible en [<http://www.minedu.gob.pe/normatividad/decretos/DS-019-1990-ED.php>].
- 5 PERÚ. Ley n.º 29062, “Ley que modifica la ley del profesorado en lo referido a la carrera pública magisterial (derogada por Ley 29944)”, *Diario Oficial El Peruano*, de 12 de julio de 2007, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/118400-29062>].
- 6 PERÚ. Decreto Supremo n.º 003-2008-ED, “Aprueban el reglamento de la Ley n.º 29062, ley que modifica la ley del profesorado en lo referido a la carrera pública magisterial”, de 10 de enero de 2008, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/118175-003-2008-ed>].
- 7 PERÚ. Decreto Supremo n.º 018-2006-jus. “Aprueban reglamento de la Ley N.º 27693, ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. UIF – Perú”, *Diario Oficial El Peruano*, de 25 de julio de 2006, disponible en [https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/norm_gen_laft/Decreto%20Supremo%20N%C2%Bo%20018-2006-JUS.pdf].
- 8 PERÚ. Ley n.º 29944, “Ley de Reforma Magisterial”, de 24 de noviembre de 2012, disponible en [<https://www.minedu.gob.pe/reforma-magisterial/pdf-ley-reforma-magisterial/ley-29944.pdf>].
- 9 PERÚ. Decreto Supremo n.º 004-2013-ED “Aprueban reglamento de la Ley n.º 29944, Ley de Reforma Magisterial”, de 3 de mayo de 2013, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/118268-004-2013-ed>].
- 10 PERÚ. Ley n.º 30220 “Ley Universitaria”, *Diario Oficial El Peruano* n.º 12.914, de 9 de julio de 2014, disponible en [<https://www.sunedu.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-universitaria-30220.pdf>].
- 11 PERÚ. Decreto Supremo n.º 341-2019-EF “Establecen fórmulas de cálculo de la Compensación por Tiempo de Servicios, de la asignación económica y monto de la bonificación por sepelio y luto para los docentes ordinarios de las Universidades Públicas”, *Diario Oficial El Peruano* n.º 15.163, de 22 de noviembre de 2019, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/357031-341-2019-ef>].

Por otro lado, mediante la técnica de análisis documental se ha procedido a la revisión completa de las normas jurídicas relativas al personal docente concluyéndose que:

i) Que en la Ley 24029 modificada por la Ley 25212 (Ley de la Carrera del Profesorado), y la Ley 29062 (Ley de la Carrera Pública Magisterial), junto a sus respectivos reglamentos, existen normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, al introducir diferencias entre varones y mujeres. Al establecer respecto a las docentes la exigencia 12,5 años de servicios y a los docentes 15 años para solicitar el 50% de la compensación por tiempo de servicios.

ii) Que en la Ley 24029 modificada por la Ley 26212 (Ley de la Carrera del Profesorado) y su respectivo reglamento, existen normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, pues exigen el cumplimiento de 20 años de servicios a las docentes mujeres y 25 años de servicios a los docentes varones para percibir dos remuneraciones integrales, y 25 años de servicios a las docentes mujeres y 30 años de servicios a los docentes varones, para percibir tres remuneraciones integrales.

iii) En la Ley 29062 existen normas jurídicas discriminatorias por razón de régimen laboral vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, pues exigen el cumplimiento de 20 años de servicios a las docentes mujeres y 25 años de servicios a los docentes varones para percibir una remuneración íntegra, y 25 años de servicios a las docentes mujeres y 30 años de servicios a los docentes varones para percibir dos remuneraciones integrales.

iv) Respecto a la bonificación por tiempo de servicios, la Ley 24029 modificada por la Ley 25212, asigna en total cinco remuneraciones integrales, tanto a los docentes varones como a las docentes mujeres, al cumplir los años de servicios exigidos normativamente; mientras que la Ley 29062 otorga solo tres remuneraciones en las mismas condiciones, generando una situación discriminatoria en relación con la condición y régimen laboral, situación que mantiene la Ley 28944.

v) Que en la Ley 24029 modificada por la ley 25212 (Ley de la Carrera del Profesorado) y su respectivo reglamento, existen normas jurídicas

discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley al introducir diferencias entre varones y mujeres, ya que las docentes pueden acumular los años de estudios de formación profesional al tiempo de servicios a partir de los 12,5 años, mientras que los docentes a los 15 años.

vi) Que en la Ley 24029 modificada por la Ley 25212 (Ley de la Carrera del Profesorado) y su respectivo reglamento, existen normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, al exigir a las docentes mujeres acumular 12,5 años de servicios para acceder a un cargo de confianza dentro de la gestión educativa, mientras que a los docentes varones 15 años.

vii) Que en el Decreto Supremo n.º 018-2005 ED existen normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, al exigir a los docentes mujeres acumular 12,5 años de servicios, y a los docentes varones 15 años para postular a cargo de director de la Unidad de Gestión Educativa Local.

viii) Que la Ley 29944 introduce disposiciones discriminatorias por condición y régimen laboral vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, al no otorgar el mismo trato a los profesores de la Ley 24029, pues se les baja el nivel magisterial reduciendo sus remuneraciones en relación a la de los docentes de la Ley 29062, así como discrimina a los docentes respecto a los demás servidores públicos en lo referente al otorgamiento de la asignación por cumplir 25 y 30 años de servicios se reduce a cuatro remuneraciones, luto y sepelio a solo 3.000 soles, cuando en el Decreto Legislativo 276 y su reglamento, se consideran en total cinco remuneraciones integrales.

En la Ley Universitaria 30220 se omite los derechos sociales por 25 y 30 años de servicios al Estado, luto, sepelio y CTS luego de cinco años mediante el D.S. 341-2019 EF, restablecen los derechos sociales; sin embargo, discrimina a la docencia frente a otros servidores del sector público al consignarle 3.000 soles por luto y sepelio, cuando la ley anterior reconocía dos remuneraciones por luto y dos por sepelio al igual que cualquier otro servidor de la administración pública.

Por tanto, la investigación da cuenta de la existencia de discriminación de iure, este hecho impide al personal docente reclamar en la vía administrativa o judicial por el perjuicio causado, es decir que en

la vía administrativa quedará declarada su pretensión como infundada o improcedente; solo le quedaría como alternativa el control concentrado de constitucionalidad, mecanismo que no ha sido empleado por los docentes del magisterio nacional durante la vigencia de las normas estudiadas.

Por último, el Estado peruano debe promover la revisión de las normas jurídicas relativas al personal docente para derogar y/o modificar aquellas disposiciones que vulneran el derecho a la igualdad ante la ley y discriminación, es decir, las normas jurídicas ya referidas deben ser modificadas eliminando las disposiciones que por razón de género, régimen y condición laboral, generan actos discriminatorios entre los docentes del magisterio nacional, para ello también, los docentes deben utilizar los mecanismos legales para reivindicar sus derechos sin discriminación alguna frente a las normas legales que regula en sector educación referente al personal docente.

Cuestiones metodológicas

I. CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA

Un aspecto de suma importancia que se debe tomar en cuenta dentro de la estructura legislativa del Estado peruano, cuando se habla de derechos humanos, es que se han ratificado diversos instrumentos de carácter internacional que lo obligan a tomar las medidas pertinentes a fin de proteger y garantizar dichos derechos.

Un hecho contundente de esta afirmación se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹² (en adelante Convención Americana) que recoge el compromiso de los Estados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color,

12 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por tanto, es deber del Estado, en función a lo señalado en el artículo 2.º de la Convención Americana, adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades¹³.

A pesar de ello, el Estado Peruano parece olvidar sus obligaciones internacionales en ciertos casos, y ser un fiel cumplidor en otros. Se puede ver, en tal sentido, que la Constitución garantiza el derecho a la igualdad ante la ley, proscribiendo la discriminación en el inciso 2.º de su artículo 2.º, hasta de manera acertada, incluye dentro del sistema normativo la Ley 28983 de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, que conceptualiza la discriminación bajo los siguientes términos:

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

Sin embargo, en el sector educación, básicamente en relación al personal docente, existen muestras de descontento por parte de los profesores que sienten vulnerados sus derechos a la igualdad ante la ley, al ver que no cuentan con las mismas oportunidades al momento de exigir el cumplimiento de ciertos derechos. Esta suerte de discriminación se halla descrita en las leyes que regulan la función docente, como la Ley

13 SILVIA MARÍA MORALES GÓMEZ. “Exégesis del artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, vol. 8, n.º 15, 2020, pp. 83 a 110, disponible en [<https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/3902>].

24029 modificada por la Ley 25212 y su reglamento, D.S. 019-90-ED y la Ley 29062 y su reglamento D.S. 008-2008.ED, Ley 29944, Ley 30220 y el D.S 0341-2019-EF, lo más criticado por los docentes varones es que en las ya señaladas leyes que han sido modificadas de forma progresiva, estaban prescritas disposiciones que discriminan por razón de género, y en otras, por razones de condición laboral, situación que vulnera el precepto constitucional previsto en el inciso 2.º del artículo 2.º de nuestra Carta Magna, señala que toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

En tal sentido, surgen diversas interrogantes que buscan encontrar la razón que da origen a dicho malestar, en el sentido de: ¿será una discriminación de hecho? o más grave aún, ¿será una discriminación de carácter legal?, dentro de la estructura legislativa del Estado peruano en el sector educación relativos al personal docente ¿qué tipo de normas jurídicas estarían vulnerando derechos de igualdad ante la ley?, ¿qué ocurre con el Estado peruano para mantener normas jurídicas discriminatorias en su estructura legislativa?, situación que será determinada a través del presente trabajo de investigación.

II. DELIMITACIÓN Y DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación abarca el estudio y análisis de las normas jurídicas del sector educación (Educación Básica y Superior Universitaria) relativas al personal docente que introducen disposiciones de carácter discriminatorio vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley de los docentes.

¿Dentro de la estructura legislativa del Estado peruano existen normas jurídicas en el sector educación relativas al personal docente que vulneran el derecho a la igualdad ante la ley?

III. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

A. *Objetivo general*

Determinar si dentro de la estructura legislativa del Estado peruano existen normas jurídicas en el sector educación relativas al personal docente que introducen aspectos de carácter discriminatorio vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, sin que exista la posibilidad de que los perjudicados puedan reclamar en vía alguna por la discriminación *de iure* producida.

B. *Objetivos específicos*

- Analizar las normas existentes en el sector educación relativas al personal docente que contienen normas jurídicas discriminatorias.
- Determinar por qué se vulnera el derecho a la igualdad ante la ley.
- Demostrar que no existe ninguna vía que permita a los perjudicados reclamar por la discriminación *de iure*.

IV. JUSTIFICACIÓN

A continuación, los criterios en los que se justifica la presente investigación:

A. *Criterio temporal*

La investigación muestra que en la actualidad, dentro de la estructura normativa del Estado peruano, existen disposiciones de carácter discriminatorio que vulneran el derecho a la igualdad ante la ley, sin que exista la posibilidad de que los perjudicados puedan redamar en vía alguna por la discriminación *de iure* producida. Un Estado que es parte del sistema internacional de protección de los derechos humanos, está obligado a tomar las medidas tendientes a garantizar y proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Mediante la presente investigación se conocerán cuáles son esas normas jurídicas y cómo vulneran los derechos de los docentes de la educación básica.

B. Criterio teórico

A través de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas se reafirma la ley sobre los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, fundamento que sin duda debe ser inspirado de los sistemas jurídicos. Para ello es imprescindible conocer la implicancia del derecho a la igualdad ante la ley, el mismo que está asociado a la prohibición de actos discriminatorios, además de las consecuencias de emitir normas que vulneran el derecho en mención, los que han sido desarrollados ampliamente en el marco teórico.

C. Criterio práctico

Los resultados del presente trabajo muestran que dentro de la estructura normativa del Estado peruano, existen disposiciones de carácter discriminatorio que vulneran el derecho a la igualdad ante la ley, sin que exista la posibilidad de que los perjudicados puedan reclamar en vía alguna por la discriminación *de iure* producida; por tanto, las instancias pertinentes deben introducir las modificatorias que permitan tener normas libres de disposiciones de esta naturaleza.

D. Criterio metodológico

El estudio incorpora un análisis de fuentes primarias partiendo de la exposición de motivos de las normas. Ley 24029 modificada por ley 25212 y su reglamento, D. S. 019-90 ED (Ley de la Carrera del Profesorado), Ley 29062 y su reglamento D. S. 003-2008 ED (Ley de la Carrera Pública Magisterial) y la Ley 29944 (Ley de la Reforma Magisterial).

V. METODOLOGÍA

A continuación, los aspectos metodológicos de la investigación:

Tipo de investigación: cualitativa, porque se han obtenido y analizado datos que no están expresados numéricamente, es decir, el contenido

de las normas jurídicas relativas al personal docente de la educación básica no universitaria¹⁴.

Nivel de investigación: descriptivo y explicativo, porque describe y analiza en forma detallada los artículos que introducen disposiciones discriminatorias referidos al personal docente de la educación básica y superior no universitaria, y explica cómo estas normas jurídicas vulneran el derecho de igualdad ante la ley sin que los perjudicados tengan la posibilidad de reclamar en la vía administrativa o judicial por la discriminación *de iure* producida. A tal efecto, es descriptivo porque describe la variable seleccionada y explicativo porque intenta reflexionar acerca de las causas y efectos de la problemática escogida¹⁵.

Método: el método utilizado en el presente trabajo es el analítico, correspondiente con la investigación socio-jurídica¹⁶, al considerar por separado las partes de un todo, que en este caso son las normas jurídicas inconstitucionales existentes en el sector educación relativas al personal docente.

Unidad de análisis: consta de normas jurídicas discriminatorias por razón de género, condición y régimen laboral, existentes dentro del sector educación que vulneran el derecho a la igualdad ante la ley, las que figuran en la siguiente tabla:

-
- 14 JUAN BÁEZ Y PÉREZ DE TUDELA. “El método cualitativo de investigación desde la perspectiva de marketing: el caso de las universidades públicas de Madrid” (tesis de doctorado), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014, disponible en [<https://eprints.ucm.es/id/eprint/29615/1/T35974.pdf>].
 - 15 MARCO ADRIANO MUÑOZ CARMONA. *Iniciación al trabajo de investigación*, Madrid, Editorial Académica Española, 2019.
 - 16 ANDREA JOHANA AGUILAR BARRETO y YURLEY KARIME HERNÁNDEZ PEÑA (eds.). *La investigación sociojurídica: un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, Barranquilla (Colombia), Universidad Simón Bolívar, 2018, disponible en [<https://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/2274>].

TABLA 1. Normas jurídicas del sector educación relativos al personal docente

CASO	NORMA LEGAL
01	Ley 24029 (Carrera Pública del Profesorado)
02	Ley 24212 modificatoria de la Ley 24029
03	Ley 29062 (Carrera Pública Magisterial)
04	Ley 29944 (Ley de la Reforma Magisterial)
05	D.S. 019-90-ED Reglamento de la Ley 24029
06	D.S. 003-2008-ED Reglamento de la Ley 29062
07	D.S. 018-2006-ED Reglamento para cubrir plaza de directores de las UGEL
08	Ley Universitaria 30220
09	D.S. 0341-2019-EF, que restituye los beneficios sociales de la docencia universitaria

Muestra: de manera intencionada se determina como muestra aquellas normas jurídicas discriminatorias por razón de género, condición y régimen laboral, vinculadas al personal docente que vulneran el derecho a la igualdad ante la ley tal como se desprende de la siguiente tabla:

TABLA 2. Normas jurídicas que vulneran el derecho de igualdad ante la ley del personal docente sector educación

CASO	NORMA LEGAL	TEXTO COMPLETO
01	Ley 24029	<p>Artículo 52 (segundo párrafo)</p> <p>El profesor tiene derecho a percibir dos remuneraciones íntegras al cumplir 20 años de servicios la mujer y 25 años de servicios el varón, y tres remuneraciones íntegras al cumplir 25 años de servicios la mujer y 30 años de servicios los varones.</p>
		<p>Artículo 53 (segundo párrafo)</p> <p>Para desempeñar un cargo de confianza, de los establecidos en el Capítulo IV, Título III del Decreto Legislativo n.º 217, se requiere como mínimo tener título de profesor y haber desempeñado la función docente oficial por un tiempo no menor de 15 años de servicios los varones y 12,5 años las mujeres.</p>
	D.S. 019-90-	<p>Artículo 185. Los profesionales de la educación, con un mínimo de 12,5 años las mujeres y de 15 años los varones, tienen derecho a acumular los años de estudios de formación profesionales hasta cuatro años de estudios regulares, y hasta tres años si son estudios en períodos vacacionales o a distancia.</p>
		<p>Artículo 192. Los profesores en servicio cesan voluntariamente a su solicitud, al cumplir 25 años de servicios las mujeres y 30 años los varones, incluyendo los años de estudios de formación profesional.</p>
		<p>Artículo 213. El profesor tiene derecho a percibir dos remuneraciones íntegras al cumplir 20 años de servicios la mujer y 25 años de servicios el varón; y tres remuneraciones íntegras al cumplir 25 años de servicios la mujer y 30 años de servicios el varón.</p>

		<p>Artículo 215. El profesor tiene derecho a recibir un adelanto del 50% de la compensación por los años de servicios a partir de los 12,5 años para las mujeres y de los 15 años para los varones, prestados al momento de solicitarlos.</p>
		<p>Artículo 244. Para desempeñar un cargo de confianza magisterial, se requiere como mínimo ser profesional de la educación y haber desempeñado la función docente oficial por un tiempo no menor de 15 años de servicios los varones y 12,5 años las mujeres. El nombramiento no está sujeto a ningún otro requisito. Al dejar el cargo de confianza se reintegrará al que tenía en la carrera pública del profesorado.</p>
		<p>Primera. Los profesionales de la educación del área de la docencia y del área de la administración de la educación, por esta única vez serán ubicados en el nivel de carrera que les corresponda en función a su tiempo de servicios docentes oficiales, computados al 21 de mayo de 1990, en la siguiente forma: Para efectos de la presente disposición a los profesionales de la educación 12,5 años de servicios las mujeres y 15 años de servicios los varones, se les computa los años de estudios de formación profesional acumulados de acuerdo a la ley. Están comprendidos en los alcances del presente artículo los profesores con título profesional pedagógico cesantes con pensión nivelable, para lo cual se tomará en cuenta el tiempo de servicios docentes oficiales al cesar.</p>
02	Ley 29062	<p>Artículo 31 inciso r. Recibir un adelanto del 50% de la remuneración compensatoria por años de servicios, a partir de los 12,5 años para las mujeres y de los 15 años para los varones.</p>
03	Ley 29944	<p>Artículo 59. Asignación por tiempo del profesor, tiene derecho a: a) Una asignación equivalente a dos remuneraciones íntegras mensuales –RIM– de su escala magisterial, al cumplir 25 años por tiempo de servicios. b) Una asignación equivalente a dos RIM de su escala magisterial al cumplir 30 años por tiempo de servicios.</p>
04	D.S. 0182006-ED	<p>Artículo 12. Requisitos Mínimos de Postulación b) Haber desempeñado la función docente oficial por un tiempo no menor de 15 años de servicios los varones y 12,5 las mujeres, a la fecha de la presentación del expediente...</p>
05	Ley 30220 Ley Universitaria	<p>En el capítulo VIII referidos a los docentes, se omite regular respecto a las bonificaciones por cumplir 25 y 30 años de servicios, subsidio por luto y gastos de sepelio.</p>
06	D.S. 0341-2019-EF	<p>Restituye los beneficios sociales de la docencia universitaria de manera virtual.</p>

VI. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se identificaron las normas jurídicas existentes dentro del sector educación relativa al personal docente que contienen disposiciones discriminatorias por razón de género, condición y régimen laboral.

Procesamiento de datos: durante el proceso de investigación, se analizaron las normas jurídicas que forman parte de la muestra a fin de determinar si al introducir aspectos discriminatorios por razón de género, condición y régimen laboral, vulneraron el derecho de igualdad ante la ley. De igual forma, se explicó la imposibilidad de reclamar en vía administrativa o judicial por la discriminación de iure producida.

VII. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

Discriminación de facto: se produce como consecuencia de la aplicación de la norma jurídica, sin que los preceptos jurídicos en sí mismos sean necesariamente discriminatorios, en otras palabras, hay discriminación *de facto* cuando la norma jurídica no se aplica imparcialmente a todas las personas que se encuentran en la misma situación, hay aquí, por lo tanto, un enjuiciamiento a la aplicación de la ley¹⁷.

Discriminación de iure: aquella que se produce en el contenido de las normas jurídicas y puede hablarse de discriminación en el contenido de la norma jurídica, vale decir, si los criterios que utiliza la ley para distinguir están justificados y son razonables o no¹⁸.

Estructura legislativa: es el ordenamiento jurídico que sistematiza al conjunto de normas jurídicas, integradas jerárquica y coherentemen-

17 NELLY NATALIA CÁCERES SÁNCHEZ. “El principio de aplicación directa de la constitución y el control concreto de constitucionalidad en el Ecuador” (tesis de maestría), Ambato (Ecuador), Universidad Técnica de Ambato, 2020, disponible en [<https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31334/1/FJCS-POSG-198.pdf>].

18 LUIS PRIETO SANCHIS. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

te por normas o leyes de distinto nivel, todas ellas interconectadas o sistematizadas de modo unitario, en una determinada colectividad¹⁹.

Igualdad ante la ley: constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación de ninguna índole vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias²⁰.

Normas jurídicas: la norma jurídica es una regla de conducta obligatoria dirigida a la ordenación del comportamiento humano prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar a una sanción. Por lo general, impone deberes y confiere derechos. El objeto de la norma jurídica es mantener la convivencia humana para alcanzar el bien común²¹.

Sector educación: dentro del Estado peruano el sector educación es un pliego autónomo, cuya finalidad es establecer los lineamientos generales de la educación y del Sistema Educativo Peruano las atribuciones y obligaciones del Estado y los derechos y responsabilidades de las personas y la sociedad en su función educadora y se encuentra regulada por la Ley 28044 de 2003 (Ley General de Educación). Vía administrativa se desarrolla a través de un procedimiento ante la administración pública en el Perú, todo el procedimiento está establecido la Ley 27444 de 2001 (Ley del Procedimiento Administrativo General). Este procedimiento se inicia de oficio promovida por el órgano competente y a instancia de parte ejercido por el interesado.

19 JHIMMY YAMIR SANTA CRUZ RODRÍGUEZ. “El control constitucional preventivo de las leyes en el sistema jurídico peruano” (tesis de maestría), Lambayeque (Perú), Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2018, disponible en [<https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/7361>].

20 MAYRA LISSET RABINES GÓMEZ. “La prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos de criminalidad organizada y el derecho a la igualdad ante la ley” (tesis de pregrado), Trujillo (Perú), Universidad Privada Antenor Orrego, 2019, disponible en [<https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/4709>].

21 FEDERICO ARCOS RAMÍREZ. *Aproximación a la teoría del derecho*, Almería, Universidad de Almería, 2020.

Vía judicial: se asocia con el acceso a la justicia del interesado, con la finalidad de alcanzar una tutela judicial efectiva cuando ve conculcado sus derechos. La vía judicial está garantizada por la pluralidad de instancias²².

22 PAOLA JULIA TICONIPA GUTIÉRREZ. “La necesidad de flexibilizar la aplicación del principio de subsidiariedad en el procedimiento de la acción de defensa de amparo constitucional” (tesis de maestría), La Paz, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019, disponible en [<http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/handle/54000/1077>].

CAPÍTULO SEGUNDO

Derecho a la igualdad ante la ley como prohibición de la discriminación

I. LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL ÁMBITO INTERNO E INTERNACIONAL. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: UNA MIRADA A INSTRUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Para abordar el tema, es necesario hacer referencia a los derechos humanos, pues están muy ligados a la historia misma de la humanidad, puesto que los hechos que dinamizan las diversas luchas sociales, políticas, económicas, e incluso culturales, están inspiradas en los principios filosóficos y doctrinarios de estos derechos como la búsqueda de la dignidad, la igualdad, la libertad la equidad y el bienestar.

En el año 539 a. C., los ejércitos de CIRO II el Grande, el primer rey de la Persia antigua, conquistaron la ciudad de Babilonia. Pero fueron sus siguientes acciones las que marcaron un avance significativo para el hombre. Liberó a los esclavos, declaró que todas las personas tenían el derecho a escoger su propia religión y estableció la igualdad racial. Estos y otros decretos fueron grabados en un cilindro de barro cocido en lenguaje acadio con escritura cuneiforme conocido hoy como el

Cilindro de Ciro, este documento antiguo ha sido reconocido, en la actualidad, como el primer documento de los derechos humanos en el mundo. Está traducido en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y sus disposiciones son análogas a los primeros cuatro artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³.

En la Edad Antigua o la Edad Media, encontramos que en sistemas como el feudalismo, en el cual los privilegios se concentraban en los señores feudales, se favoreció el surgimiento de una gran masa de campesinos desprovista de derechos. También se aplicaron prácticas violatorias de los derechos humanos, como la inquisición, mediante la cual se perseguía y castigaba a quienes se apartarían de la fe católica.

El anhelo por lograr un mayor respeto por la dignidad humana tuvo un hito en 1215, fecha en la que se promulga la Carta Magna en Inglaterra. Esta reconocía el derecho a la libertad individual frente al poder feudal. Las luchas contra los absolutismos (el poder concentrado en una sola persona) y en especial contra las monarquías, dieron un fuerte impulso al reconocimiento de algunos derechos, en especial aquellos que regulaban la relación del Estado con sus ciudadanos²⁴.

En la llamada Edad Moderna, se comienza a otorgar importancia al individuo como ciudadano y a la necesidad de que el poder de las instituciones sea regulado. En 1628 se promulga la Petición de Derechos en Inglaterra. Constituye el primer intento de regular el poder del rey, y lo obliga a someter a consulta alguna de sus decisiones. Si bien no se logró un inmediato respeto a lo establecido en este documento, si se produjeron, en cambio, diversas situaciones de presión que obligaban a la monarquía a reconocer algunos derechos, como la libertad religiosa. Posteriormente, condujeron a la promulgación de la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) en 1689, documento redactado en Inglaterra que impuso el Parlamento inglés al príncipe GUILLERMO DE ORANGE para poder suceder al rey JACOBO²⁵.

23 YESVI NOEMÍ ÁLVAREZ OBLEA. “Disparidad de criterios de los magistrados de la Corte Suprema en la aplicación del principio del interés superior del niño” (tesis de pregrado), Piura (Perú), Universidad Nacional de Piura, 2017, disponible en [<https://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1324/DER-ALV-OBL-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

24 Ídem.

25 JUAN CARLOS SÁNCHEZ LORA. “El poder constituyente y sus condicionantes en la era de la globalización de los derechos humanos”, (tesis de doctorado), Sevilla, Universidad de Sevilla, 2017, disponible en [<https://idus.us.es/handle/11441/64795>].

El fin de la monarquía da paso a los Estados modernos, en cuyas instituciones se plasman un conjunto de derechos fundamentales, tales como la vida, la libertad y la igualdad. La Declaración de Derechos de Virginia adoptada el 12 de junio de 1776, está considerada la primera declaración de derechos humanos moderna de la historia, aunque tiene un importante antecedente en la Carta de Derechos inglesa (*Bill of Rights*) de 1689. Fue adoptada de manera unánime por la Convención de Delegados de Virginia como parte de la Constitución de Virginia en el marco de la Revolución americana de 1776, en la que las 13 colonias británicas en América obtuvieron su independencia. A través de la Declaración de Derechos de Virginia se animó a las demás colonias a independizarse de Gran Bretaña²⁶.

Es un documento que proclama que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen una serie de derechos inherentes de los cuales no pueden ser privados. Fue el antecedente directo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 realizada por la Revolución francesa y de la Carta de Derechos de los Estados Unidos, que entró en vigencia en 1791 en la firma de diez enmiendas a la Constitución de Estados Unidos.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano redactada en Francia en 1789, establece los principios de la sociedad que serán la base de la nueva legitimidad, acabando con los principios, las instituciones y las prácticas del Antiguo Régimen: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación”. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano considera legítima la revuelta de los diputados en contra de la monarquía absoluta, al declarar como derecho imprescindible del hombre la “resistencia a la opresión”²⁷.

La Declaración tiene un alcance general y orientado hacia el futuro. Los Constituyentes enumeran los “derechos inherentes a la naturaleza humana”, que no son derechos creados por los revolucionarios, sino que son derechos constatados. Es la consecución de la filosofía del Siglo de las Luces. El artículo 2.º enumera los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que son anteriores a los poderes es-

26 Ídem.

27 ELMO MIGUEL CALLATA GUEVARA. “Nueva Constitución Política, Estado y doscientos años de República”, *Disenso. Crítica y Reflexión Latinoamericana*, vol. 4, n.º 1, 2021, pp. 39 a 67, disponible en [<https://barropensativo.com/index.php/DISENSO/article/view/91>].

tablecidos y son considerados como aplicables en cualquier lugar y cualquier época:

1. La libertad
2. La propiedad
3. La seguridad
4. La resistencia a la opresión

Muchos artículos son dedicados a la libertad: Artículo 1.º: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. Los artículos 4.º y 5.º intentan definir y circunscribir la libertad. Es definida como “lo que no perjudica a nadie” y solo la ley le puede poner límites. Los artículos 7.º, 8.º y 9.º, precisan las características de la libertad individual: presunción de inocencia e irretroactividad de la ley. Los artículos 10.º y 11, se refieren a la libertad de opinión, de prensa y de conciencia.

El principio de igualdad es establecido en el artículo 1.º, la igualdad ante la hacienda pública en el artículo 13 (en respuesta a la reivindicación más repetida en los Cuadernos de Quejas), y la igualdad frente a la ley en el artículo 6.º (igualdad para acceder a los cargos públicos solo con base en las capacidades individuales).

La propiedad es un derecho inviolable y sagrado (art. 17). Según este artículo “nadie puede ser privado de ella, excepto cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige con evidencia y con la condición de una indemnización previa y justa”.

Los artículos que definen al ciudadano dentro de la organización del sistema político son menos precisos y son condicionados por el recelo hacia el Antiguo Régimen. El artículo 6.º afirma que la ley es la expresión de la voluntad general, la expresión de la soberanía y la fuente de los poderes públicos. Según el artículo 15, los agentes públicos son responsables de su gestión y la sociedad tiene el derecho de pedirles que rindan cuenta de ella. No se mencionan, sin embargo, los derechos sociales, que proceden de una definición distinta de la palabra “derecho”, la Declaración determina la legitimidad de los actos, mientras que los derechos sociales definen garantías materiales.

El artículo 16 es el precepto en el cual están consagrados los fundamentos de todo Estado que se jacte de tener constitución, el artículo en comento señala que un Estado que no garantice los derechos humanos y no establezca la división de poderes, carece de constitución.

Los miembros de la Asamblea Constituyente manejaban ideas generales y conceptos teóricos, pero no definieron las condiciones concretas en las que se debía de establecer el gobierno del pueblo, dado que se trataba de un preámbulo a una constitución. Plantearon principios trascendentales cuya aplicación concreta quedó definida en la propia constitución. Este texto servirá de base a todos los regímenes que se inscriben dentro de una tradición republicana.

Las declaraciones mencionadas han sido los antecedentes más importantes para el reconocimiento de derechos que fueron incluidos posteriormente en las constituciones de ambos países. En la primera, Estados Unidos proclama su independencia de Inglaterra y establece el derecho de los pueblos a la insurrección frente al sometimiento de gobiernos ajenos y reconoce derechos como la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad y la igualdad política. En la segunda, en el marco de la Revolución francesa, se buscaba garantizar que la nueva constitución incluyera el reconocimiento de derechos, tales como la libertad, la igualdad, la seguridad y la resistencia contra la opresión. Ambas declaraciones ejercieron una influencia importante en otros países del mundo, en especial en América Latina, donde comenzaban los procesos de independencia. Estos hechos establecieron un modelo de ejercicio de gobierno basado en la separación de poderes, la participación política de los ciudadanos, el sufragio universal y la autodeterminación de los pueblos²⁸.

Respecto a la igualdad entre el varón y la mujer, debemos señalar que, sin lugar a dudas, los movimientos de mujeres surgidos durante la época de la Revolución francesa fueron los pioneros en las luchas y reivindicaciones acaecidas encaminadas al establecimiento del derecho a la igualdad, que hoy en día aún marcan notables y negativas diferencias que agudizan y perjudican en todos los ámbitos de la vida del colectivo de las mujeres. Y si bien el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación es una vieja aspiración del ser humano, fue recogida con mayor entusiasmo por el movimiento constitucional del siglo XVIII, que marcó el fin del antiguo régimen francés.

28 VÍCTOR MANUEL OLANO DORADO. “Reconocimiento y aplicación de la felicidad en el sistema jurídico colombiano” (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2019, disponible en [<https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/60f3c6bf-686a-4278-8d95-8ac75b1e3583>].

En efecto, en el ámbito interno de los Estados, una primera dimensión de la igualdad ante la ley tiene sus antecedentes en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos en 1776 y en la Revolución francesa de 1789, siendo asumida luego por el constitucionalismo clásico y contemporáneo, por el cual se reconoce la igual naturaleza y atributos esenciales a todos los seres humanos.

En lo que respecta al Estado peruano, a nivel constitucional se advierte que desde la Constitución de 1823 se hace referencia al derecho a la igualdad ante la ley; específicamente su artículo 193 declara como derecho inviolable la igualdad ante la ley ya premié, ya castigué. Este derecho se mantiene en las constituciones que le siguieron, es decir las de 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933, de manera sucinta. Fue la Constitución de 1979 la que introduce una disposición más amplia.

En efecto, su artículo 2.º reconoce como derecho:

... la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón y la Constitución de 1993 vigente actualmente, por medio del inciso segundo del artículo 2 señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Al respecto, WALTER GUTIÉRREZ: “al hacer comentario sobre el tema señala que la igualdad es un permanente desafío para el Derecho, más aún en un mundo en que las diferencias se reclaman a cada instante”²⁹. Constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia que representa un estándar básico sobre el contenido de la dignidad humana.

La igualdad ocupa un lugar especial en el sistema constitucional de principios. Por tanto, el principio de igualdad como señala ALEXI, además de concentrarse en un derecho general de igualdad, se desplie-

29 WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO y JUAN MANUEL SOSA SACIO. “Igualdad ante la ley”, en WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO (ed.). *La constitución comentada: análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

ga y manifiesta a través de diversos derechos especiales de igualdad, estableciendo situaciones jurídicas singulares o incluso específicos derechos constitucionales. De esta manera, el principio de igualdad se irradia por toda la norma fundamental y reposa especialmente en alguno de sus dispositivos.

Debemos precisar que la igualdad como derecho no solo implica la interdicción de la discriminación, sino la atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento, por tanto los ciudadanos somos sujetos de derecho en la misma proporción, los derechos fundamentales han de ser concebidos como atributos que corresponden a las personas y que encuentran reconocidos y garantizados por las constituciones, los cuales concretizan las exigencias de igualdad, libertad y dignidad de acuerdo a circunstancias históricas.

Así mismo, es importante señalar que el derecho de igualdad se busca en el contenido de la ley y en su aplicación. Respecto al primero, debemos mencionar que este impone un límite constitucional a la actuación del legislador, mientras la segunda está referida a la regla de conocer y reconocer la igualdad de todas las personas. Es decir, no solo se le impone al legislador, sino que vincula a todos los órganos del Estado que crean y aplican el derecho.

El derecho a la no discriminación también constituye una protección constitucional, así encontramos en el artículo de la Carta Magna del Perú, donde se afirma que la discriminación se funda en un prejuicio negativo por el cual se trata a los miembros de un grupo, no como seres diferentes sino inferiores, siendo el motivo de distinción más que razonable odioso y de ningún modo puede aceptarse, porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación.

Además de la regulación a nivel constitucional, se aprecia que este derecho ha sido recogido tanto a nivel universal como regional americano. En efecto, queda estampado en la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁰ (en adelante Declaración Universal) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹ (en adelante PIDCP), la

30 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, 10 de diciembre de 1948, disponible en [<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>].

31 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 23 de marzo de 1976, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>].

igualdad ante la ley se positiva en un derecho humano y se constituye en un principio imperativo de derecho internacional o principio de *ius cogens* a la no discriminación.

De manera específica, en el preámbulo de la Declaración Universal: “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”.

Por otro lado, según lo dispuesto por el artículo 26 del PIDCP:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En lo que respecta al ámbito regional americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos por medio de su artículo 24: “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Además, en su artículo 1.º señala claramente que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De manera complementaria, otros dos instrumentos internacionales precisan la protección del derecho a la igualdad en el caso específico de las mujeres. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas

de Discriminación contra la Mujer³² (en adelante CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer³³ (en adelante la Convención de Belem do Pará).

La CEDAW parte del análisis de la desigualdad histórica de las mujeres. En particular es destacable la definición de discriminación que hace la CEDAW, como analiza la jurista mexicana ALDA FACIO: “establece que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que nos alerta sobre la variedad de los comportamientos discriminatorios que se nos pueden presentar a veces hasta en forma de ‘derechos’ o ‘protección’”.

Determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga “por objeto” o “por resultado” la violación de los derechos humanos de las mujeres. Esto quiere decir que se sancionan no solo aquellos actos que tienen la intención de discriminar, tales como las leyes que establecen que las mujeres casadas no pueden tener propiedades, etc., sino que también se sancionan los actos que, sin tener la intención de discriminar, terminan haciéndolo, como las leyes que “protegen” prohibiéndole solo a las mujeres la realización de trabajos peligrosos, nocturnos, entre otros. Quiere decir, además, que se prohíbe no solo el acto discriminatorio consumado, sino también la tentativa de discriminar.

Precisa que el acto discriminatorio puede tener distintos grados, ya que puede ser parcial “menoscabar” o puede ser total “anular” Así, la CEDAW no solo sanciona la negación total de un derecho, sino que también el que se nieguen ciertos aspectos de un derecho, como por ejemplo, que las mujeres puedan ser nacionales de un país, pero no pasar la nacionalidad a sus hijos(as).

También precisa que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas de la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio. La primera etapa se refiere al momento de crear las leyes que establecen derechos; la segunda, a las necesidades que

32 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>].

33 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, Belém do Pará, 9 de junio de 1994, disponible en [<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>].

se satisfacen con ese derecho; y la tercera, al aspecto activo del derecho, implica que debe haber algún mecanismo donde la titular puede denunciar la violación a su derecho y lograr el resarcimiento por la misma. Esto quiere decir que la CEDAW obliga al Estado a: 1) reconocer los derechos de las mujeres; 2) proveer las condiciones materiales y espirituales para que podamos gozarlos; y 3) crear los mecanismos para que podamos denunciar su violación y lograr un resarcimiento.

Define la discriminación como un acto violatorio del principio de igualdad y a la mujer como sujeto jurídico equivalente al hombre en dignidad humana, estableciendo una concepción de igualdad no androcéntrica, sino basada en la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Prohíbe la discriminación en todas las esferas. La última frase del artículo “o en cualquier otra esfera” claramente incluye la esfera privada o familiar donde se producen violaciones a los derechos humanos de las mujeres.

Precisa que la discriminación se prohíbe “independientemente del estado civil de la mujer” para hacer énfasis en que la convención pretende eliminar todas las discriminaciones contra las mujeres, incluyendo las que se dan en el matrimonio.

Especial mención merece el artículo 4.º de la CEDAW, que refiere las medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer. Este artículo se amplía con la Recomendación General 25 del Comité de la CEDAW.

De acuerdo con esta Recomendación General, la finalidad del párrafo 1.º del artículo 4.º de la CEDAW, es acelerar la mejora de la situación de la mujer para lograr su igualdad sustantiva o *de facto* con el hombre y realizar los cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para corregir las formas y consecuencias pasadas y presentes de la discriminación contra la mujer, así como componerlas. Estas medidas son de carácter temporal.

El párrafo 2.º del mismo artículo, contempla un trato no idéntico de mujeres y hombres basado en diferencias biológicas. Medidas que tienen carácter permanente, por lo menos hasta que los conocimientos científicos y tecnológicos a los que se hace referencia en el párrafo 3.º del artículo 11 obliguen a reconsiderarlas.

Esta recomendación enfatiza tres obligaciones de los Estados parte. En primer lugar, la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discri-

minación –aquellas que puedan cometerlas autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares–, por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación, hace referencia a la mejora de la situación de la mujer mediante la adopción de políticas y programas concretos. En tercer lugar, los Estados parte están obligados a hacer frente a los estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo a través de actos individuales, sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

Por otro lado, la Belém do Pará tutela el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. Los países que la suscribieron muestran así su convencimiento respecto a que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición dispensable para su desarrollo individual y social, como también para conseguir su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida.

Mediante la Belém do Pará, los estados suscribientes se comprometen a tomar las medidas apropiadas, incluyendo las de tipo legislativo, para modificar o abolir aquellas leyes, reglamentos, prácticas jurídicas o consuetudinarias que respaldaran la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer. La Convención obliga a crear los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

El artículo 4.º establece que toda mujer tiene derecho a igual protección ante la ley y de la ley. Reconoce la igualdad en el acceso a las funciones públicas, como a participar en los asuntos públicos y la toma de decisiones. El artículo 6.º reconoce el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia y de toda forma de discriminación, como también el derecho a ser valorada y educada sin patrones culturales que sustenten comportamientos y prácticas sociales basadas en la inferioridad o la subordinación.

Por lo antes mencionado, concordamos con NOGUEIRA ALCALÁ³⁴, quien manifiesta que existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las

34 HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ. “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 10, 2006, pp. 799 a 831, disponible en [<https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2449>].

cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas, u otros criterios prohibidos expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario.

Señala además, que toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad, debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, el cual, en última instancia, debe ser determinado por parte de la jurisdicción constitucional o la corte internacional de derechos humanos competente, en su caso.

En cuanto a sus alcances, se trata de un derecho típicamente relacional, ya que no es posible hablar de una transgresión de la igualdad en abstracto, sino que este caso se presenta en la realidad siempre vinculado con otros derechos. Así, la igualdad se presenta como un derecho de carácter genérico que se proyecta sobre la totalidad de relaciones jurídicas, pero no como un derecho a ser igual que los demás, sino más bien a ser tratado igual en cada relación jurídica. En este sentido, la igualdad, además de ser un atributo subjetivo de la persona, es también un principio rector del ordenamiento jurídico.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL: ACERCÁNDONOS AL CONCEPTO DE IGUALDAD

El término “igualdad”, uno de los tres principios fundantes de la Revolución francesa, es hasta hoy uno de los ideales políticos más importantes, y quizá sea, hoy en día, uno de los más controvertidos³⁵.

Una primera controversia tiene que ver con qué ha de entenderse por “igualdad”; una segunda con la relación entre “la igualdad y la justicia”; y finalmente, un problema más es el de su extensión, esto es, la determinación de “igualdad de qué” e “igualdad entre quiénes”.

35 RAMÓN LUIS SORIANO DÍAZ y SERGIO MARÍN CONEJO (eds.). *El reto de los derechos humanos: cuestiones actuales controvertidas*, Sevilla, Dikynson, 2021.

III. IDENTIDAD Y SEMEJANZA

El término “igualdad” encuentra sus raíces en el griego *isotes*; latin *aequitas, aequalitas*; francés = *égalité*; alemán *gleichheit*, inglés = *equality*. En todos estos casos, el término se refiere a una relación cualitativa. La igualdad significa correspondencia entre un grupo de diferentes objetos, personas, procesos o circunstancias, que tienen las mismas cualidades en por lo menos algún aspecto pero no en todos, es decir, debe considerarse alguna característica en específico.

Así, debiese distinguirse entre igualdad e “identidad”. Esta última significa que un y el mismo objeto corresponde a sí mismo en todas las características. A la vez, debe distinguirse entre “identidad” y “similitud”, dado que este último concepto se refiere a una mera aproximación en algún sentido. A manera de ejemplo, podemos decir que “los hombres son iguales” pero esto no significa que sean “idénticos”.

A diferencia de la igualdad numérica, un juicio sobre la igualdad presume una diferencia entre los objetos de la comparación. En estos términos, hablar de una igualdad completa o absoluta, sería contradictorio. Dos objetos no idénticos nunca son completamente iguales, difieren por lo menos en su ubicación espacio temporal. Si las cosas no difieren por lo menos en algo, no deben llamarse “iguales” sino “idénticas”.

“Igualdad” e “igual” son predicados incompletos que plantean necesariamente la pregunta: ¿igualdad con respecto a qué? La igualdad consiste esencialmente en una relación tripartita entre dos o más objetos, personas y una o varias cualidades. Es decir, dos objetos a y b son iguales porque comparten cierto aspecto. Mediante la igualdad se describe, se instaure o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común. En consecuencia, el juicio de igualdad excluye tanto la identidad como la semejanza.

Se excluye la identidad porque parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto de los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad respecto a una característica común, la identidad se produce cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características³⁶.

36 RAQUEL VICTORIA DOMÍNGUEZ PADILLA. ¿Igualdad para diversos?: problemas de la igualdad material frente a la diversidad”, *Anuario de*

Se distingue también de la semejanza porque, si bien esta implica así mismo que exista algún rasgo común, no obliga a hacer abstracción de los elementos propios o diferenciadores. Por ello, señala la mexicana KARLA PÉREZ PORTILLA³⁷, dado que nunca dos personas o situaciones vitales son iguales en todos los aspectos, los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad, sino que son siempre juicios sobre una igualdad fáctica parcial. Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros; de ello resulta que los juicios fácticos sobre igualdad-desigualdad parcial, no nos dicen todavía nada acerca de si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual. Que los sujetos “A” y “B” desarrollen la misma profesión supone que son parcialmente iguales, pero no que merezcan el mismo tratamiento a todos los efectos; que “C” y “D” tengan profesiones distintas supone que son parcialmente desiguales, pero no impide que merezcan el mismo tratamiento en ciertos aspectos.

La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos en ellos discernibles. Los rasgos de los términos de la comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos, es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan porque toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues solo en relación con determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada, y la fijación de ese *tertium* es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga.

La igualdad es, entonces, un concepto normativo y no descriptivo de ninguna realidad natural o social. Esto significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Hay que afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato, supone valorar una característica común como relevante a efectos de cierta regulación y hacer abstracción, tanto de sus rasgos diferenciadores, como de los demás ámbitos de regulación.

Derecho Constitucional Latinoamericano 2021, 2021, pp. 311 a 331, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/40818/37602>].

37 KARLA PÉREZ PORTILLA. *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, disponible en [<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10505>].

Ambas consideraciones son inescindibles: postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial, no proporciona ningún avance si no añadimos para qué o en función de qué regulación jurídica debe serlo. Según determinados efectos, todos los supuestos de hecho o situaciones personales son absolutamente iguales o absolutamente desiguales entre sí, solo la consecuencia jurídica puede ser diferencial. Del mismo modo, decir que dos sujetos son destinatarios del mismo o de diferente tratamiento jurídico, constituye una mera constatación de la que no cabe derivar ulteriores conclusiones si no decimos en razón de qué circunstancias existe uniformidad o diferencia.

IV. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL ÁMBITO NORMATIVO INTERNACIONAL

Para abordar el tema, es básico hacer un deslinde entre “igualdad” en la ley y ante la ley. La igualdad en la ley es una exigencia que está referida a los contenidos de la ley, en el sentido de que ellos deben satisfacer un determinado estándar de igualdad. Si así no ocurre, podrá considerarse que la ley es contraria al principio de igualdad y podrá reclamarse su inconstitucionalidad cuando esté previsto. Por ello, el principio de igualdad en esta dimensión representa una cláusula que limita el proceder del órgano legislativo.

En cambio, la igualdad ante la ley constituye una exigencia que apunta no a sus contenidos sino a su aplicación, sea por parte de la autoridad administrativa o de cualquier otro agente, en el sentido de que dicha aplicación debe ser igualitaria. Por ello, con frecuencia se alude a esta dimensión.

También como igualdad en la aplicación de la ley. Si la aplicación de preceptos legales no es igualitaria, se podrá reclamar contra el acto específico de aplicación de la ley, no contra la ley. Por ello, la igualdad en este sentido constituye una limitación al proceder de la autoridad o de agentes particulares. Dicho de otro modo, la igualdad en la ley consiste en que los criterios legales sean igualitarios; en cambio, la igualdad ante la ley consiste en que los criterios legales sean aplicados igualitariamente.

Esta distinción ha sido recogida tanto por alguna doctrina española, así como por alguna jurisprudencia de tribunales europeos. Pueden citarse como ejemplos el Tribunal Constitucional Español, el Tribunal Constitucional Italiano y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ANNE BAYEFSKY³⁸ considera que respecto a la definición de igualdad, el derecho internacional se ha centrado especialmente en cuatro áreas de importancia: 1) los métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad; 2) el asunto de si la intención discriminatoria en un elemento necesario de la discriminación; 3) la fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y 4) la coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación. En lo que se refiere a los métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad, la autora en mención considera que existen dos dimensiones estructurales básicas: una autónoma o subordinada y otra abierta o restringida.

Ha colocado en el primer rubro al PIDCP, debido a que del contenido del artículo 26 se desprende que la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantiva reconocido en el pacto en efecto, reiterando lo dispuesto en dicho artículo, tenemos que “los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.

Concordamos, en tal sentido, con la mención que se hace a un Comentario General que el Comité de Derechos Humanos ha emitido respecto de la no discriminación. “El artículo 26 [...] establece en si un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas”. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados parte en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado parte debe velar porque se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. En otras palabras, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.

38 ANNE F. BAYEFSKY. “El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990, pp. 1 a 34, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>].

Respecto a la dimensión abierta o restringida, ha señalado que una disposición de igualdad o no discriminación que es abierta o indeterminada en cuanto a los posibles motivos de la discriminación que afectará el derecho conlleva un resultado interpretativo particularmente significativo. Determinar si una distinción dada viola el principio de no discriminación jamás implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición no discriminatoria. Repárese que el artículo 26 del PIDCP hace referencia a la discriminación por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En relación a la segunda dimensión vinculada a la intención discriminatoria, ha manifestado que el material jurídico internacional sugiere que una intención discriminatoria no es un elemento necesario, ni de la discriminación, ni de una negación de la igualdad. Solo existen cuatro tratados que a nivel internacional definen de manera específica la discriminación.

Así por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial señala:

En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

En cuanto a la fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas, la autora cuya posición venimos considerando, hace referencia a tres aspectos fundamentales: en primer lugar, habla sobre el trato idéntico, respecto al que el derecho internacional propone sugerencias en cuanto a la forma de fijar un límite entre distinciones justificadas e injustificadas. De manera específica del Comentario General sobre no discriminación del Comité de Derechos Humanos se desprende que: “el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”. Es decir, que el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes o

bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente.

En segundo lugar, se refiere a la legitimidad de fines y proporcionalidad entre fines y medios. Tomando una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ilustra de manera clara este aspecto:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad dignidad de la naturaleza humana.

Y en tercer lugar, hace mención a las categorías sospechosas internacionales, señalando que si bien la mayoría de las disposiciones no discriminatorias contempladas en los tratados internacionales son abiertas respecto de los motivos de la discriminación y, por lo tanto, no impiden a ninguna clasificación reclamar un derecho a trato igualitario, existen varias indicaciones en el derecho internacional que señalan que la seriedad con que debieran tratarse esos reclamos debiera variar según el motivo que se invoque para hacer la distinción.

Por último, en lo que se refiere a la coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación, hace alusión a dos aspectos fundamentales. El primero, busca definir las medidas especiales de protección señalando que estas pueden estar orientadas a lograr la igualdad, y mientras no se logre ese objetivo, no implican discriminación. El Comité de Derechos Humanos ha sido claro al señalar en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al pacto. De ahí, que el derecho internacional sugiere una serie de arreglo, pacto,

características necesarias que debe cumplir una medida especial a fin de ser coherente con el principio de igualdad o no discriminación³⁹.

Busca dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿son obligatorias las “medidas especiales” o las acciones positivas del Estado? Para ello se refiere a las medidas especiales, señalando que, en ocasiones, el derecho internacional convencional impone la obligación de adoptar medidas especiales o de crear programas de acción afirmativa, es el caso de la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer. Y además manifiesta que, en otros casos, la jurisprudencia internacional sugiere que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas para lograr la igualdad fuera del contexto de los “programas de acción afirmativa” o trato preferencial. En específico, hay indicaciones del Comité de Derechos Humanos y del CEDAW en cuanto a que la implementación de la igualdad exige en ocasiones medidas positivas del Estado.

En el marco del sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido también en relación a la igualdad y la discriminación. Dicho organismo señala la necesidad de adoptar medidas de compensación para un ejercicio más igualitario de los derechos. En la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, se refiere a aquellos actos que en apariencia no son discriminatorios, pero que sí lo son por sus efectos o por sus impactos, lo que denomina “discriminación indirecta”.

Del mismo modo, en la Opinión Consultiva OC-16/991 de 1.º de octubre de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiesta que la presencia de condiciones de desigualdad real “obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

39 JOHANNA ALEJANDRINA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. “Reflexiones desde el derecho internacional de los derechos humanos sobre la responsabilidad internacional del estado por hechos ilícitos cometidos por agentes no estatales en contextos de conflicto armado” (tesis de pregrado), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, disponible en [<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13925>].

V. EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN CONTEXTO. LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Respecto al derecho a la igualdad ante la ley se ha dicho que constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias⁴⁰.

Es importante tomar en cuenta que las diferencias que corresponden a otros ámbitos ajenos al núcleo duro (condiciones subjetivas de la igualdad) como son las condiciones objetivas, pueden ser reguladas por el legislador, pero estas diferenciaciones de tratamiento de personas o grupos de personas deben estar justificadas racionalmente. La discriminación, la diferencia arbitraria, se encuentra en oposición a la justicia, siendo inconstitucional y contraria a los derechos humanos.

No se debe olvidar que el principio de igualdad no excluye las necesarias distinciones normativas, siempre que estén justificadas y permite un trato específico a las situaciones que presenten rasgos particulares en relación con otras. Por eso, la igualdad jurídica no es necesariamente igualdad de trato, y solo cuando los supuestos a regular respondan a planteamientos idénticos estará justificada esa igualdad de trato.

Queda claro que el correlato principal de la igualdad jurídica no es, en modo alguno, la uniformidad o el igualitarismo, sino la no discriminación. De ahí se desprende que la discriminación es la diferencia arbitraria, es la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable como así mismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes que obligarían a un tratamiento diferenciado.

Y si bien concordamos con la noción de discriminación antes planteada, no podemos dejar de mencionar que no es sencillo instaurar una noción unitaria, sin embargo, existen elementos comunes que se presentan en toda situación discriminatoria, que RODRÍGUEZ PINERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ⁴¹ han sintetizado en lo siguiente:

40 ROBERTO SABA. *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

41 MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO y MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

- La discriminación presupone una diferenciación de trato, entendida en sentido amplio, incluyendo las distinciones, limitaciones, preferencias y exclusiones, frente a la norma estándar que se actúa contra el sujeto discriminado.
- La diferenciación presupone un elemento comparativo que se toma como modelo de referencia.
- La discriminación se traduce en una diferencia de tratamiento jurídico, ya que es un “interés jurídico” lo que está en juego. Quiere decir que, aunque sus causas mediatas son sociales, solo se hace efectiva la discriminación cuando como resultado de la participación de las causas prohibidas se produce una privación del reconocimiento, goce o ejercicio de derechos.
- Se admite tanto las discriminaciones directas como las indirectas, y en todo caso el fundamento de la distinción debe tener como requisito necesario uno de los enumerados en el artículo 14 de la Constitución española.
- Son sujetos activos de la discriminación los poderes públicos, y todas las personas, individuales o en grupo, destinatarios de la diferencia de trato ya sea individualmente o grupo, los sujetos pasivos de la discriminación.
- La diferencia de trato debe tener como resultado específico la creación de una situación discriminatoria objetiva, que anule o menoscabe para el sujeto discriminado el goce de determinados derechos, ventajas o beneficios, que perjudica sus intereses o que agrave las cargas.

VI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Se ha dicho con acierto que el principio de igualdad no se reduce a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento racional. La igualdad ante la ley tiene un carácter relativo y proporcional. En efecto, cuando se establece una diferenciación basada en grupos de personas o una

diferenciación referida a circunstancias que se traduce en tratamiento desigual de personas, se debe desarrollar un análisis atendiendo, además, al principio de proporcionalidad, ya que ese trato desigual puede comprometer otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos.

Y para entender con precisión el rol que desempeña el principio de proporcionalidad, conviene estudiar los tres subprincipios en los que se descompone: adecuación, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

En cuanto al subprincipio de adecuación, se aprecia claramente que exige que el legislador utilice medios idóneos que tiendan al objetivo legítimo y constitucional propuesto por la legislación, siendo coherente el medio con el fin. En el caso del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el escrutinio consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado establecido en el precepto legal por el legislador conduce a la obtención del fin constitucionalmente legítimo. En caso de que no sea idóneo para lograrlo, el medio legislativo empleado será inconstitucional⁴².

Por su parte, el subprincipio de necesidad exige al legislador utilizar aquel medio legislativo de entre los posibles que siendo necesario para el logro de la finalidad perseguida, afecte menos los derechos e intereses de las personas, lo que exige al legislador aplicar aquella medida legislativa más moderada que logre el propósito buscado teniendo la eficacia necesaria del análisis. Resulta que hay, al menos, un medio idóneo que no interviene en la prohibición de discriminación, o que, interviniendo en ella, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, la ley será inconstitucional por infracción del principio de igualdad.

Y por último, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, exige al legislador ponderar en forma adecuada la intensidad del daño o lesión que la medida legislativa causa a los derechos e intereses de las personas, y el beneficio que la medida significa en relación al bien común. La ponderación, en el caso de la igualdad, supone la colisión entre el derecho igualdad y el fin constitucional del trato diferenciado. Así, cuanto mayor sea la intervención o afectación de la

42 ANGÉLICA ARMENTA ARIZA. “El test de proporcionalidad: su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Verba Iuris*, n.º 41, 2019, pp. 121 a 133, disponible en [<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663>].

igualdad, tanto mayor debe ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple la medida legislativa de intervención en la igualdad será constitucional, por el contrario, en el supuesto que la intensidad de la afectación de la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional. El legislador debe evitar los medios legislativos que generen afectación de derechos e intereses desmedidos o 59 excesivamente gravosos.

El principio de proporcionalidad es utilizado por la generalidad de las jurisdicciones constitucionales como parte del parámetro de control de la igualdad ante la ley. Siendo lo idóneo que lo hagan aplicando sucesivamente los tres subprincipios, en el orden antes planteado. El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia n.º 0016-2002-AI, aplicó el test de proporcionalidad, aunque sin seguir dicho orden, pese a ello creemos importante tomarlo como ejemplo.

El Tribunal Constitucional inicia el test señalando de manera clara que:

... tal como aparece planteada la cuestión controvertida, esta puede resolverse bajo el test de proporcionalidad. En efecto, es pertinente preguntarse si el propósito legislativo de nacer del derecho de propiedad un derecho oponible frente a terceros (registrarlo), a través de la reducción de los costos que supone la obligatoria utilización de la escritura pública para la inscripción del mismo, no termina por sacrificar en tal grado el principio constitucional de la seguridad jurídica, que termina resultando desproporcionado aun cuando el fin resulte legítimo. Y es que, si bien es cierto, tal como ha quedado dicho, la inscripción en el registro del derecho de propiedad dota de seguridad jurídica al ejercicio del mismo, también lo es que es importante que la legislación cree las condiciones suficientes para que la seguridad jurídica esté del mismo modo presente en el procedimiento previo a la inscripción, sobre todo si se considera que de lo que se trata es que el contenido de la inscripción sea fiel reflejo de la realidad⁴³.

Luego procede a la aplicación de los tres subprincipios antes desarrollados, pronunciándose, en primer lugar, respecto a la legitimidad constitucional del fin perseguido. Ha dicho de manera específica:

Es bien conocido el grave problema que atraviesa nuestra sociedad en lo que a la inscripción del derecho de propiedad se refiere. Es considerable el número de propietarios, en nuestro territorio, que no poseen un título de propiedad inscrito en registros públicos, lo que supone que no sea posible ejercer a plenitud el derecho constitucionalmente reconocido.

En ese sentido, es reconocible la intención del legislador, quien, a través de la utilización del formulario registral procura crear para los propietarios de escasos recursos una vía menos costosa para inscribir su derecho. El fin perseguido, por lo pronto, aparece como constitucionalmente legítimo, pues se pretende dotar al derecho de propiedad de las garantías suficientes para su pleno desarrollo, a través del registro del mismo.

En segundo lugar, hace referencia a la adecuación del medio utilizado para alcanzar el fin buscado, señalando de manera específica:

De otra parte, se puede concluir razonablemente que la reducción de los costos de transacción en la búsqueda de inscribir el derecho de propiedad, generará que un mayor número de personas puedan acceder a dicha inscripción, razón por la cual se entiende que la medida adoptada es idónea para alcanzar el objetivo que se busca. En efecto, la escritura pública es sin duda más costosa que la utilización de un formulario registral legalizado por Notario Público, por tanto, prever la alternativa de utilización de este último por quienes, encontrándose dentro del supuesto de la norma, así lo deseen, es un medio adecuado a efectos de alcanzar el fin perseguido.

Para finalmente hacer referencia a la necesidad del medio utilizado en los siguientes términos:

Sin embargo, para concluir la proporcionalidad de la disposición cuestionada, no es suficiente la legitimidad del propósito buscado, ni tampoco la adecuación de la medida al fin perseguido. Es imprescindible valorar la necesidad de que sea esa medida la utilizada y no otra la que pueda sacrificar en menor grado el principio constitucional comprometido, en este caso, la seguridad jurídica.

A efectos de determinarse la necesidad o no de la medida adoptada, es del caso preguntarse cuál es el verdadero grado de afectación que sufre el principio de la seguridad jurídica, cuando se propone como alternativa la utilización del formulario registral legalizado por Notario Público, en lugar de la escritura pública.

Si bien el formulario registral legalizado por notario no goza de la solemnidad de una escritura pública, se ha optado por una medida que no termina por desvirtuar la seguridad jurídica, sino que, respetándola dentro de términos todavía razonables, presenta una opción legislativa proporcional frente al fin legítimo que se pretende alcanzar, esto es que un mayor número de ciudadanos tenga la posibilidad de consolidar su derecho de propiedad a través de su inscripción registral.

Se debe tomar en cuenta, además, que el principio de proporcionalidad debe aplicarse con diferentes intensidades. Mientras sea mayor o más intensa la injerencia en el derecho fundamental y más seguras sean las premisas relevantes, debe ser más estricto el escrutinio en base al principio de proporcionalidad⁴⁴.

El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado respecto a este punto en la sentencia N° 0045-2004-AI, señalando que la intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles: intensidad grave, intensidad media e intensidad leve. Ha dicho de manera específica que:

Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos

44 MARTIN BOROWSKI. “Derechos absolutos y proporcionalidad”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 48, 2021, pp. 297 a 339, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6964>].

por la propia Constitución (artículo 2.º, inciso 2 origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.

Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2.º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo⁴⁵.

VII. MODALIDADES DE DISCRIMINACIÓN

Una primera clasificación acerca de las modalidades de discriminación puede basarse en el criterio de discriminaciones *de iure* o discriminación *de facto*.

La discriminación *de iure* se produce en el contenido de las normas jurídicas y puede hablarse de discriminación en el contenido de la norma jurídica, vale decir, si los criterios que utiliza la ley para distinguir están justificados y son razonables o no, aspectos ampliamente abordados en los apartados precedentes⁴⁶.

45 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia n.º 045-2004-PI/TC, 8 de marzo de 2005, disponible en [<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>].

46 MIGUEL ÁNGEL PAREDES MEJÍA. “La constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa sustentadas en categorías prohibidas de discriminación” (tesis de maestría), Huaraz (Perú), Universidad de Castilla-La Mancha, 2017, disponible en [<https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/952194?locale=en>].

Mientras que la discriminación *de facto* se produce como consecuencia de la aplicación de la norma jurídica, sin que los preceptos jurídicos en sí mismos sean necesariamente discriminatorios; en otras palabras, hay discriminación *de facto* cuando la norma jurídica no se aplica de manera imparcial a todas las personas que se encuentran en la misma hipótesis.

Hay aquí, por lo tanto, un enjuiciamiento a la aplicación de la ley. Al respecto, se ha dicho de manera acertada que en el plano de la aplicación la igualdad ante la ley obliga a que esta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas.

Es preciso señalar que la jurisdicción puede resolver, a su vez, casos en apariencia iguales con resultados diferentes, si se justifica la razonabilidad de la decisión en virtud de restablecer una igualdad auténtica o por particularidades de supuestos fácticos que justifiquen resultados diferentes. Así mismo, también puede justificarse la variación de decisiones de los operadores jurisdiccionales en un cambio de perspectiva debidamente motivada, explicando las razones de hecho y de derecho del cambio de criterio B1. El Tribunal Constitucional español en la sentencia 42 de 1982, se refiere a este punto de manera bastante ilustrativa:

La regla general de igualdad ante la ley [...] contempla, en primer lugar la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del Poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable⁴⁷.

47 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 42 de 5 de julio de 1982, *Boletín Oficial del Estado* n.º 185, de 4 de agosto de 1982, disponible en [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/84>].

CAPÍTULO TERCERO

La vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la inconstitucionalidad

I. ASPECTOS PRELIMINARES: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Hasta aquí se ha dicho que el derecho a la igualdad ante la ley implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado, lo que quiere decir, que todo trato diferente está prohibido. HUERTA GUERRERO señala que:

La realidad demuestra que existen una serie de desigualdades en la sociedad, lo que obliga a adoptar medidas orientadas a lograr que el derecho a la igualdad no se agote en su reconocimiento formal (igualdad formal), sino que existan iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos de los derechos fundamentales por parte de todas las personas (igualdad material)⁴⁸.

La discriminación por parte del Estado se manifiesta de diferentes formas. Una de estas se expresa en la expedición de normas jurídicas con un contenido discriminatorio. El derecho a la igualdad ante la ley forma parte del contenido del derecho a la igualdad, hemos señalado que este implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual⁴⁹. La Constitución Política del Perú en el inciso 2.º de su artículo 2.º, señala que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” por ello, se tiene que la Carta Magna reconoce el derecho a la igualdad y prohíbe todo tipo de discriminación, sea por origen, raza, sexo o de cualquier otra índole.

El Tribunal Constitucional ha emitido sentencias en procesos de inconstitucionalidad en las que se ha pronunciado sobre el derecho a la igualdad ante la ley. El razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

Los tratadistas de Derecho Constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el *idus imperio*, actúa como persona de derecho público, y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados actúa como persona de derecho privado. En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley. La persona que acude, en busca de justicia, a la función jurisdiccional, sea quien fuera, recurre pidiendo solución a un conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea éste el Estado quien con mayor obligación debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho, es decir, que ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con la plena confianza de que van a obtener

to Constitucional, vol. 11, n.º 11, 2005, pp. 307 a 334, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/96837>].

49 CCANTU STEFANY OSORIO VELARDE. “El despido laboral discriminatorio basado en la condición de discapacidad del trabajador en el Perú” (tesis de segunda especialidad), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, disponible en [<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12524>].

justicia en forma igualitaria, de tal fuere que no se merma la seguridad jurídica⁵⁰.

De continuar vigente la ley, en cuanto se refiere al inciso primero, daría lugar a que no exista una seguridad jurídica, ya que vano sería accionar contra el Estado, que de ser vencido no se le podría ejecutar la sentencia por existir esta protección a su favor, esto daría lugar para pensar o creer, con fundamento, que la persona que entable demanda al Estado no tiene derecho a una tutela jurisdiccional efectiva; y no habría una igualdad de condiciones, y se presentaría una credibilidad dudosa para el cumplimiento de las sentencias.

¿El fin de un proceso abstracto es lograr la paz social en justicia? ¿No sería así innecesario accionar contra el Estado para que cumpla con una obligación? El Estado si puede accionar contra una persona y de ser vencedor, puede ejecutar la sentencia, lo que no sucede si el Estado es el enjuiciado y vencido. Ello vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues pretende establecer un trato discriminatorio sin ninguna base objetiva y razonable, violándose de ese modo los convenios, pactos, protocolos y tratados de derechos humanos de los que es parte el Estado peruano, en los que se reconoce y garantiza el derecho a la igualdad de las personas ante la ley. De continuar la vigencia del inciso primero, se estaría afectando el desarrollo o resultado del proceso.

Un debido proceso es aquel en que se aplican las leyes sustantivas y adjetivas debidamente, vale decir en forma igual para los litigantes, demandante y demandado; el juez tiene la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir, con esta ley y mediante el inciso primero del artículo 648 del Código Procesal Civil que ahora se examina, no se le deja administrar justicia en forma independiente. ¿Cómo hará el juez para hacer cumplir un fallo si esta ley le prohíbe ejecutarla, en caso de ser el Estado el obligado? ¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia? No sería un debido proceso, pues sería inconcluso hasta que sea atendida con la partida nuevamente presupuestada del sector al que corresponda el organismo estatal enjuiciado. De ser así, sería una sentencia meramente declarativa, pero paradójicamente sí se podría ejecutar de inmediato, de ser el caso, si se tratara de un litigante común y corriente el vencido.

50 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 006-96-I/TC, 30 de enero de 1997, disponible en [<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00006-1996-AI.html>].

SUSANA DEL PILAR NEYRA⁵¹, entiende que el debido proceso es un derecho fundamental con un doble carácter es oponible a todos los poderes del Estado e incluso a las personas jurídicas. Por ello, este es de origen estrictamente judicial y se ha ido extendiendo como debido procedimiento administrativo ante las entidades estatales, tanto las civiles, como las militares.

El Estado es el primero que debe cumplir la ley, así como exige que todos los ciudadanos la cumplan y por ser un derecho fundamental y natural: la igualdad de las personas ante la ley.

Los argumentos del Tribunal en la sentencia que declara inconstitucional la Ley 26599, señala que la norma en cuestión atenta contra la igualdad ante la ley, dejando claro que el trato discriminatorio sin ninguna base objetiva y razonable, constituye trato desigual.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Cualquier intento de conocer la problemática existente en torno al control constitucional de la ley, nos obliga a conceptualizar la constitucionalidad, si bien es cierto la doctrina no ha brindado una respuesta clara al respecto; sin embargo, se puede intentar una definición, en el sentido de que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña tanto en cuanto al fondo como a la forma⁵².

51 SUSANA DEL PILAR NEYRA DÍAZ. “Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre violación de derechos constitucionales al debido proceso, derecho a la igualdad ante la ley, derecho a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y derecho de petición en el expediente N.º 01344-2013-0-JR-CI-04, del distrito judicial del Santa – Chimbote” (tesis de pregrado), Chimbote (Perú), Universidad Católica Los Angeles de Chimbote, 2019, disponible en [<http://repositorio.uladech.edu.pe/handle/20.500.13032/15957?show=full>].

52 ROGER MALCA TORRES. “La constitucionalidad de la limitación de responsabilidad restringida en el Código Penal y la igualdad ante la ley” (tesis de pregrado), Lambayeque (Perú), Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2019, disponible en [<https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/8270>].

Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad, siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico, razón por lo que, el control de la constitucionalidad es absolutamente necesario para que se cumpla el principio de supremacía constitucional, el mismo que establece que las normas y actos infractores contra la Carta Política son inconstitucionales, y es por eso que la doctrina de la supremacía interviene de inmediato a través del control constitucional como mecanismo que confrontando normas y actos con la Constitución, verifica si están o no de acuerdo a ella.

Es de importancia mencionar que la constitucionalidad está ligada a la interpretación constitucional. Sobre el tema, GARCÍA AMADO afirma que:

La interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse con ellos, capta, explica y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido al acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad⁵³.

Lo anterior significa que la interpretación consiste en conocer cabalmente el espíritu, los alcances y el auténtico sentido de cada norma constitucional, pudiendo establecer si la norma reglamentaria ha mantenido su espíritu, sus mismos alcances y su verdadero sentido, o si por el contrario los ha desnaturalizado, si es constitucional o no. De esa manera se logra una interpretación adecuada y, por ende, se puede hablar del control de constitucionalidad de las leyes, que se genera frente a los numerosos casos de dispositivos legales, que, aunque formalmente son aprobados dentro de los propios órdenes constitucionales, desbordaban los alcances de las cartas constitucionales, llegando a incurrir en abierta y flagrante contradicción con sus principios

53 JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. "La interpretación constitucional", *Revisita Jurídica de Castilla y León*, n.º 2, 2004, pp. 37 a 74.

y postulados. Estos hechos fueron formando la doctrina que ha dado base a la denominada “jurisdicción constitucional”, considerada como una rama del derecho constitucional que estudia, entre otros aspectos importantes, los mecanismos de control de la constitucionalidad, pudiendo mencionar dos sistemas o modelos:

El sistema difuso de control constitucional, este sistema de control corresponde a los jueces y magistrados quienes, al resolver casos concretos, observan que existe incompatibilidad entre la norma constitucional y una de menor jerarquía se debe preferir la primera, surtiendo efectos inter partes. Al sistema difuso se le debe la construcción de uno de los principios básicos sobre los que se asienta el orden constitucional, GARCÍA y GÓMEZ⁵⁴, señalan que se encuentra referido a la supremacía constitucional. A través de este principio se reconoce a la Constitución como norma fundamental de un Estado, otorgándole el valor y la ley suprema colocándola por encima de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico⁵⁵.

Es de advertir que dicho principio se desarrolló en la Constitución norteamericana de carácter escrito y rígido, apoyado en la teoría de *judicial review*. El sistema concentrado de constitucionalidad se caracteriza porque se confía a un órgano jurisdiccional especial el control de la constitucionalidad y genera efectos erga omnes.

El sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, como señalan GARCÍA y GÓMEZ⁵⁶, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional, es decir que este sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar.

Por tanto, la esencia del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes es la noción de supremacía de la constitución. Además, debe quedar claro que en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, no necesariamente implicara contar

54 FABIOLA GARCÍA MERINO y FRANCISCO A. GÓMEZ SÁNCHEZ. *Proceso de inconstitucionalidad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009.

55 LUCÍA HIRALDA SANTUR FLORES. “El principio de proporcionalidad como mecanismo de control constitucional en la determinación de las penas en el Perú”, (tesis de pregrado), Piura (Perú), Universidad Nacional de Piura, 2021, disponible en [<https://repositorio.unp.edu.pe/handle/20.500.12676/2895>].

56 GARCÍA MERINO y GÓMEZ SÁNCHEZ. *Proceso de inconstitucionalidad*, cit.

con un tribunal constitucional especial, sino también se puede atribuir dicha responsabilidad y deber a un órgano particular para que actúe como juez constitucional.

Ambos sistemas están considerados en el Estado peruano, por ello conviene desarrollarlos de manera minuciosa en los siguientes capítulos.

III. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A. El sistema americano de control de constitucionalidad

1. Los antecedentes ingleses: la doctrina del juez COKE

DIETZE⁵⁷ ha sintetizado, con cierta clarividencia, el devenir histórico de la jurisdicción constitucional como *judicial review*. Originada en Europa y aceptada como doctrina en los Estados Unidos, retornó a Europa elaborada y expandida por los jueces americanos. En efecto, la idea de atribuir a unos órganos jurisdiccionales la función de “guardián de la Constitución” hunde sus raíces en Europa.

Bástenos al respecto, con recordar la que CAPPELLETTI ha denominado “Batalla de lord EDWARD COKE por la supremacía del *common law*”⁵⁸, COKE esgrimirá su doctrina sobre la autoridad del juez en cuanto árbitro entre el rey y la nación con ocasión de su enfrentamiento con el rey JACOBO I, frente al monarca, que pretendía que los jueces eran meros delegados suyos, lo que, a su juicio, le legitimaba para ejercer personalmente la función judicial, correspondería atribuyendo en exclusiva a los jueces tal función en base a que los magistrado se habían adoctrinado en la difícil ciencia del derecho, y frente al parlamento, COKE subrayaría la tradicional supremacía del *common law* sobre la autoridad del parlamento⁵⁹.

57 GOTTFRIED DIETZE. “America and Europe. Decline and emergence of judicial review”, *Virginia Law Review*, vol. 44, n.º 8, 1958, pp. 1.233 a 1.272.

58 MAURO CAPPELLETTI. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978.

59 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. “Los orígenes de la Judicial Review”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 82, 2011, pp. 9 a 142, disponible en [<https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/369>].

El supuesto hecho que motiva el fallo es bien conocido. En 1606, el doctor THOMAS BONHAM, médico ejerciente en la ciudad de Londres, fue requerido a fin de ser examinado por el *Royal College of Physicians*. Declarado incompetente para el ejercicio de la medicina tras el oportuno examen fue multado por haberla llevado a cabo sin la correspondiente licencia, prohibiéndosele en el futuro el ejercicio de la misma. El doctor BONHAM, que había obtenido su título de medicina por la Universidad de Cambridge, hizo caso omiso de la prohibición, por lo que fue condenado a prisión y privado de su libertad en aplicación de una carta de ENRIQUE VII, posteriormente convertida en ley. El doctor BONHAM recurrió contra el *Royal College* ante la Corte que presidía sir EDWAR COKE.

La sentencia del año 1610 comprendió, en primer término, que la jurisdicción del *Royal College* no abarcaba el caso en cuestión y, en segundo lugar, que si la ley había atribuido al *Royal College* tal competencia, dicha ley debía ser considerada nula, tesis esta última en la que bien puede verse el germen de la *judicial review*.

2. *Judicial review* en Norteamérica

El origen de la *judicial review* en Norteamérica hay que situarlo en la etapa colonial. Es conocido y bien significativo el hecho de que los tribunales coloniales apelasen a los tribunales superiores ingleses frente a determinadas leyes de las asambleas coloniales.

Estas prácticas tuvieron su continuidad en el periodo comprendido entre la independencia y la convención constituyente (bien es cierto que, como afirma OLIVETTI⁶⁰, se puede discutir, a propósito de los “casos” anteriores a 1787, en los cuales se va a ejecutar de mudo efectivo la revisión judicial, pero está fuera de toda duda o discusión que entre 1776 y 1787 se consolidó el principio según el cual “asuntos de constitucionalidad pueden estar basados en litigio”. Con todo, no puede dejar de reconocerse que el principio federal había de ejercer un poderoso impacto sobre la *judicial review*⁶¹.

En la Convención Constitucional de 1787, muchos de los miembros asistentes, directamente relacionados con la redacción de la cons-

60 NINO OLIVETTI RASON. *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, CEDAM, 1984.

61 FERNÁNDEZ SEGADO. “Los orígenes de la Judicial Review”, cit.

titución, fueron conscientes del principio de la *judicial review*, y algunos de ellos se mostraron claramente favorables a ella.

Quizá la *ultima ratio* de esta orientación proclive a la *judicial review* haya que buscarla, a nuestro entender, en una radicalmente nueva concepción de la forma de gobierno, que ya late con fuerza en la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776, y que encuentra su soporte teórico en la que bien podríamos tildar de filosofía política de la libertad.

3. Principio de la *judicial review*

La prueba más patente de que, como antes dijimos, en la Convención se abordó el principio de la *judicial review*, aun cuando finalmente no se formalizará en el articulado constitucional, nos la ofrecen los comentarios a la constitución que, escritos por HAMILTON, MADISON y JAY, se publicaron en tres periódicos de la ciudad de Nueva York, recibiendo el título de *El Federalista*⁶² al publicarse ulteriormente bajo el formato de un libro. HAMILTON, en el artículo LXXVII, primero de los dedicados al poder judicial, completando la constitución y haciendo expreso lo que en ella era simplemente una posibilidad latente, sentaba las bases de la revisión por el poder judicial de los actos y leyes contrarios a la Constitución. Basta con leer algunos de los párrafos del citado artículo para constatar lo inequívoco de este aserto⁶³.

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que la sostiene implicarla la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas.

Planteado en tales términos el problema, HAMILTON procede a sentar la premisa sobre la cual construir una solución al mismo:

No hay proposición –razón– que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autori-

62 ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON y JOHN JAY. “Artículo LXXVIII”, *El Federalista*, Madrid, Ediciones Akal, 2015.

63 FERNÁNDEZ SEGADO. “Los orígenes de la Judicial Review”, cit.

dad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esta equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo...⁶⁴.

Y tras el precedente razonamiento, se aborda el limitado papel que corresponde al legislativo y el perfil funcional con que debe concebirse a los tribunales.

Si se dijese que el cuerpo legislativo por sí sólo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores.

Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad⁶⁵.

En lógica armonía con las precedentes consideraciones, Hamilton atribuirá a los tribunales la trascendental función de interpretar las leyes, prefiriendo la Constitución en el supuesto de que se produjere una discrepancia entre ésta y cualquier ley ordinaria.

La interpretación de las leyes -razona Hamilton- es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que

64 FERNÁNDEZ SEGADO. "Los orígenes de la Judicial Review", cit.

65 Ídem.

provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre los dos hay una discrepancia debe preferirse, como es natural aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores⁶⁶.

La comprensión de la tesis de HAMILTON exige atender no solo el artículo LXXVIII, publicado en mayo de 1788, del que se han extraído los anteriores párrafos, sino también el artículo XXXIII, publicado en enero del mismo año, y en el que puede leerse lo que sigue:

Si el gobierno Federal sobrepasara los justos límites de su autoridad, haciendo un uso tiránico de sus poderes, el pueblo, de quien es criatura, debe invocar la norma que ha establecido y tomar las medidas necesarias para reparar el agravio hecho a la Constitución, como lo sugieran las exigencias del caso y lo justifique la prudencia. La constitucionalidad de una ley tendrá que determinarse en todos los casos según la naturaleza de los poderes en que se funde⁶⁷.

El planteamiento inmediatamente precedente del apartado, de modo notorio del defendido en el artículo LXXVIII, publicado cuatro meses después, y ello nos revela, en buena medida, que HAMILTON manejaría dos tesis diferenciadas en los dos artículos de “El Federalista” citados.

La contradicción entre ambos planteamientos ha sido explicada por CROSSKEY⁶⁸ a partir de una circunstancia que, si bien era coyuntural, revelaba una concepción de fondo del poder judicial diseñado por los constituyentes de Filadelfia bien distinta de la que finalmente se decantaría en el constitucionalismo norteamericano.

En efecto, durante la campaña de ratificación de la Constitución Federal de 1787, los antifederalistas esgrimieron contra el perfil constitucional del poder judicial el argumento de que el mismo estaba concebido como un instrumento de centralización frente a los Estados miembros de la Unión. En tal situación, y a fin de rebatir tal argumento, HAMILTON objetivaba en su artículo LXXVIII la función del Poder Judicial, extendiendo la *judicial review* a las leyes, no solo de las legislaturas de los Estados, sino también a las emanadas del Congreso de la Unión.

66 Ídem.

67 HAMILTON, MADISON y JAY. “Artículo LXXVIII”, *El Federalista*, cit.

68 WILLIAM WINSLOW CROSSKEY. *Politics and the constitution in the history the United States*, Chicago, University of Chicago Press, 1987.

Pese a la inequívoca opción a favor de la *judicial review* que manifiesta el triunvirato, oculto bajo el seudónimo de “Publio”, durante la publicación (entre octubre de 1787 y mayo de 1788) de los 85 ensayos que integran “El Federalista”, así como de los antecedentes descritos en el seno de la convención constituyente, lo cierto es que todo ello no propiciaría la implantación del control de la constitucionalidad de las leyes por los órganos jurisdiccionales, por lo menos de modo inmediato. Es más, LAMBERT llega a significar que, tras la Constitución de 1787, todos se hallaban convencidos de que no existía sobre el continente gobierno alguno superior a los Estados que pudieran legítimamente juzgar en último término acerca de la extensión de los poderes que habían sido conferidos por la Constitución a cada 101 uno de los órganos de gobierno que ella misma consagraba⁶⁹.

4. Aporte de JHON MARSHALL

En 1803, JOHN MARSHALL, *Chief-justice* del Tribunal Supremo, tomando como soporte jurídico-constitucional la llamada “cláusula de supremacía”, proclamaba en su celebérrima sentencia “Marbury versus Madison”: “el principio que es esencial de todas las Constituciones escritas, que una ley contradictoria a la Constitución es nula y aquella Corte tan buena como otro departamento son limitados por aquel instrumento”.

Cuando estaba a punto de finalizar su mandato, el presidente federalista JOHN ADAMS efectuó algunos nombramientos judiciales. Ya se había producido en 1800 el triunfo para el próximo cuatrienio de los republicanos de JEFFERSON. Sin embargo, el Congreso, cuyos poderes expiraban el 4 de marzo de 1801, aprobaba en el mes de febrero dos leyes por las que se creaban determinados cargos judiciales de índole menor, y el presidente cesante se apresuraba a proveerlos con personas que le eran afectas. En concreto, nombraba a WILLIAM MARBURY para el cargo de Juez de Paz en el distrito de Columbia el 2 de marzo de 1801, ratificándose de inmediato por el Senado tal nombramiento y extendiéndose de inmediato la preceptiva credencial, que, sin embargo, no llegaba a ser entregada.

69 DANIEL LÓPEZ RUBIO. “El control de constitucionalidad de la legislación popular”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 7, n.º 5, 2017, pp. 929 a 956, disponible en [<https://opo.iisj.net/index.php/ols/article/view/842>].

Posesionado JEFFERSON en la presidencia, ordenaba a su secretario de Estado MADISON, que no facilitará tales credenciales, a modo de reacción contra la actitud de los federalistas de, hasta el último momento, situar en el poder al mayor número de sus partidarios, al amparo de una de las dos leyes con anterioridad citadas, la “Circuit Court Act”, ulteriormente derogada por la mayoría republicana del Congreso, mediante otra ley de marzo de 1802.

Ante esta situación, MARBURY recurría al Tribunal Supremo en súplica de que expidiera el oportuno mandamiento de comparecencia (*Writ of Mandamus*) a fin de obligar a MADISON a extender la oportuna credencial que diera efectividad a su nombramiento como juez. La demanda se apoyaba en la sección XIII de la *Judicial Act* de 1789, que autorizaba al Tribunal Supremo “a los Escritos de los problemas de *mandamus* en los casos garantizados por los principios y usos de ley a cualquier corte fijada o personas que sostienen la oficina, bajo la autoridad de los Estados Unidos”.

Como recuerda PÉREZ SERRANO, la cuestión que en el fondo se planteaba era la de si una ley votada por el Congreso, pero no acomodada a la Constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar su vigencia una vez comprobada tal anomalía. Y ello era así en cuanto que la citada sección XIII de la ley de 1789 parecía pugnar con lo prevenido en la sección segunda del artículo 30 de la Constitución de 1787⁷⁰.

MARSHALL podía haber rehuído la cuestión sobre la base de entender que las disposiciones supuestamente contrarias a la constitución no afectaban al presidente de los Estados Unidos, sino que se referían tan solo a sus subordinados, pero no solo no lo hizo, sin que en su sentencia en indiscutiblemente supuso una victoria política para los “jeffersonianos”, oponentes políticos del *chief justice*, no se limitó a declarar al margen de la jurisdicción del Tribunal Supremo la petición de la demanda, respetando la antes mencionada ley de *ius republican* de 1802, sino que, yendo mucho más allá, declaró la inconstitucionalidad de la sección XIII de la ley judicial de 1789.

El *chief justice* MARSHALL consideró que las facultades del Congreso están delimitadas por el texto de la Constitución. Ahora bien, de nada serviría que la norma suprema acotara a las diferentes ramas del

70 ARMINDA BALBUENA CISNEROS. “Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México” (tesis de doctorado), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2001, disponible en [<https://eprints.ucm.es/id/eprint/4548/1/T25574.pdf>].

poder, si el Congreso pudiera aprobar leyes contrarias a la Constitución. Ante esta tesitura, MARSHALL se interrogaba acerca de si debían los tribunales acatar y aplicar tales normas. La respuesta había de ser negativa en cuanto la misión de los órganos jurisdiccionales había de consistir precisamente en decir qué cosa es ley y qué cosa no lo es. Y como una ley contraria a la Constitución no es ley, los tribunales no están obligados a cumplirla antes bien, su obligación, entonces, estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso, eso y no otra diría MARSHALL, es la esencia de la función judicial⁷¹.

Como recuerda PRITCHETT MARSHALL explicó su pensamiento citando en su favor el argumento de HAMILTON, contenido en el artículo LXXVIII de “El Federalista”. Y así, partió del principio de que el gobierno de los Estados Unidos, por su naturaleza constitucional, está sujeto a limitaciones, y que “una ley contraria a la Constitución no constituye derecho”. Entonces, ¿cuál es la obligación de un tribunal cuando se le solicita la aplicación de una ley de tal naturaleza? Para el *chief justice* la respuesta era evidente, si una ley resultará contraria a la constitución o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional, que obligue a desestimar una u otra, compete al tribunal determinar cuál es el derecho aplicable ya que esta constituye la esencia de la función jurisdiccional.

En definitiva, desde esa capital sentencia de 1803, la *judicial review*, entendida como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, va a desarrollarse y va a concluir siendo una pieza central del sistema, incluso de la sociedad americana entera. Recordando lo manifestado por FURNISHSEA como fuere el ánimo de MARSHALL, redactor de la sentencia en “Marbury vs. Madison”, su jurisprudencia nos queda hoy en día como un rasgo en pleno siglo XX es indiscutible.

5. Control político de la constitucionalidad de las leyes

La historia constitucional francesa muestra una arraigada tradición antijudicialista que llega hasta nuestros días, pese a las simpatías con que ha contado en este siglo en un caracterizado sector doctrinal la *judicial review*, y no obstante también el generalizado influjo de la versión “racionalizada” de este control, significada por los modernos

tribunales constitucionales iniciados por el constitucionalismo democrático del periodo de entreguerras⁷².

MAURO CAPPELLETI⁷³ ha aducido razones de muy dispar naturaleza para justificar la solución tradicional adoptada en Francia:

- *Razones históricas*. Estas podrían resumirse en la confianza sin límites en la voluntad general y el extremado recelo frente a los jueces, fruto del recuerdo permanente de las graves interferencias que antes de la revolución los jueces perpetraban frente a los restantes poderes de un modo verdaderamente arbitrario.

- *Razones ideológicas*. Basta con pensar en MONTESQUIEU y en su doctrina de la división de poderes, doctrina que en su más rígida formulación se consideró de todo punto inconciliable con la posibilidad de interferencia de los jueces en la esfera del poder legislativo, visto por los demás como la manifestación directa de la soberanía popular. Por otra parte, el carácter democrático-radical y asambleario impreso en las instituciones del periodo revolucionario casa mal con el control judicial.

- *Razones prácticas*. Es un hecho que las instituciones jurídicas tienden a adecuarse a las exigencias mutables de la vida práctica, tal vez con un cierto desfase temporal, de excesivo anticipo o de excesivo retraso respecto al desenvolvimiento de las circunstancias. Y la exigencia práctica que prevalece surtida en la historia francesa de más de un siglo y medio a esta parte, ha sido la de asegurar especialmente a través del Consejo de Estado una tutela contra ilegalidad y los abusos del poder ejecutivo más que contra los excesos del legislativo.

La primera manifestación fundamental del principio de la supremacía de la ley y de su trasunto, el de la soberanía parlamentaria, en el ámbito de las relaciones entre el poder judicial y el poder legislativo respecto de la ley, se concretará como bien dice BLANCO VALDEZ⁷⁴, en la creación del Instituto Jurídico del Refere Legislatif, así denominado porque en virtud se “refería”, es decir, se remitía al poder legislativo la facultad última para interpretar el texto oscuro de una ley. Y así, el artículo 21 del capítulo v (*Du Pouvoir Judiciaire*) del título 3 de la Constitución de 1791 prescribía:

72 Ídem.

73 CAPPELLETI. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit.

74 ROBERTO L. BLANCO VALDÉS. *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal*, Madrid, Alianza, 2006.

Cuando luego de dos casaciones el juicio del Tercer Tribunal será atacado por los mismos medios que los dos primeros, la cuestión no podrá ser agitada en el tribunal de casaciones sin haber sido sometida al fuero legislativo, que llevará un decreto declaratorio de la ley a la cual el tribunal de casación será obligado a conformarse⁷⁵.

La Ley de 1624 de agosto de 1790 determinó en su artículo 10.º que los tribunales no podrían tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir, ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionados por la ley. Esta previsión sería constitucionalizada en 1791. En efecto, el artículo 30 del ya citado capítulo v del título 3 disponía:

Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo o suspender las ejecuciones de las leyes, toda esta prohibición, como advierte BLANCO VALDÉS, haciendo suyas las tesis de DIEZ, no había de entenderse como una prescripción expresa de un eventual control judicial de la constitucionalidad de las leyes. El pensamiento revolucionario no pretendía tanto la interdicción específica de la *judicial review*, cuanto frenar directa o indirectamente de cualquier manera que fuera la aplicación de la ley y es obvio que el control de la constitucionalidad de la ley podía conducir a tal resultado⁷⁶.

6. El *jure constitutionnaire* defendido por SIEYÉS

Aunque no pueda hablarse de que la problemática del control judicial de la constitucionalidad suscitará una acentuada preocupación de los revolucionarios franceses. Lo cierto es que, en un determinado momento, la cuestión si iba a suscitar una cierta controversia. Protagonista destacadísimo de la misma sería EMMANUEL SIEYÉS⁷⁷, quien po-

75 MIGUEL CARBONELL (comp.). *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, D. F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002, disponible en [https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Jur_3.pdf].

76 Ídem.

77 Fréjus, Francia, 3 de mayo de 1748 - París, 20 de junio de 1836.

siblemente, como advierte BLONDEL⁷⁸, consciente de los excesos a que podía conducir la omnipotencia de una asamblea única, y tras los excesos terror, proponía en 1795 (en un primer proyecto) la creación de un *jurie constitutionnaire*, cuya competencia esencial sería “juzgar las reclamaciones contra todo atentado que sería puesto a la Constitución”.

En un segundo proyecto SIEYÉS, tras considerar que la constitución es “un cuerpo de leyes obligatorio o no es nada”, se inclinará por la creación de un nuevo organismo (el *jurie*) al que se atribuirá esta función de velar por la vigencia de la constitución. De modo específico, el abate de FRÉJUS proponía tres funciones específicas a desempeñar por el *jurie*: “que vele con fidelidad en cuidado del depósito constitucional que se ocupe al abrigo de posiciones funestas, de todas las vistas que puedan servir para perfeccionar la Constitución. En fin, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves donde la ley tutelar habrá olvidado su justa garantía”⁷⁹.

En otras palabras, el propio SIEYÉS venía considerando al *jurie constitutionnaire* como un tribunal de casación en el orden constitucional, una suerte de órgano de elaboración de propuestas con vistas a posibles reformas que el tiempo podría exigir en la constitución, finalmente, un suplemento jurisdiccional frente a los posibles vacíos de la jurisdicción positiva.

Al margen de las funciones expuestas, en el proyecto de SIEYÉS existía un artículo clave: el VIII, a su tenor: “los actos declarados inconstitucionales por arresto del jurado constitucional son nulos y como no dados”. La importancia de esta previsión era notoria, pues era la primera vez que con claridad se establecía como sanción de la declaración de inconstitucionalidad, la nulidad del acto inconstitucional.

La necesidad de un tribunal constitucional se justifica sobre la base de una específica concepción de la constitución “una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada”. En consecuencia, si es un código de leyes obligatorias, “resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código”⁸⁰. Y la necesidad de

78 ANDRÉ BLONDEL. “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des Lois. (Étude critique comparative: États-Unis-France)”, Paris, Recueil Sirey, 1928.

79 CARBONELL (comp.). *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, cit.

80 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. “El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, n.º 56, 1999, pp. 11 a 42, disponible en [<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25458redco56009.pdf>].

responder a este interrogante dimana de una consideración tan evidente como simple: “todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, exponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer”.

Sin embargo, será THIBEAUDEAU quien más frontalmente se oponga al proyecto del abate, tratando de mostrar su peligrosidad e inutilidad. En especial impactante para los convencionales debió ser el interrogante que THIBEAUDEAU se planteó en torno a quién habrá de reprimir el traspaso o transgresión por el Tribunal Constitucional de los límites funcionales determinados por la Constitución, cuestión que aún no ha dejado de suscitar, inquietud. No ha de extrañar que a la citada intervención siguiera el rechazo unánime de las propuestas de SIEYÉS.

Con todo bien puede sostenerse con BATTAGLINI, en relación a la aportación revolucionaria francesa al problema del control de la constitucionalidad de las leyes, que al margen ya de la influencia protestante que había dado vida a los intentos norteamericanos de llegar a plasmar tal control, el proyecto de SIEYÉS ha de ser considerado como el primer intento serio de institucionalizar un control de constitucionalidad en Europa.

7. El control político en Francia

La propuesta del abate de FRÉJUS no dejará de ejercer cierto influjo ulterior, que encuentra su manifestación más relevante en la Constitución de 1799, esta Constitución creará un senado conservador integrado por 80 miembros vitalicios e inamovibles, conformándolo como una suerte de órgano titular de la función de control de la constitucionalidad.

El artículo 21 de la Constitución que nos ocupa, atribuía a este *senat conservateur* la facultad de juzgar los actos supuestamente inconstitucionales. A su tenor decía: “El [senado conservador] mantiene o anula todos los actos que le son diferidos como inconstitucionales por el tribunal o por el gobierno, las listas de elegibles están comprendidas entre estos actos”. Sin embargo, desde el punto de vista de sus funciones como instrumento de control de la constitucionalidad de las leyes, los resultados del senado conservador fueron realmente decepcionantes.

La restauración y la monarquía de julio (con las cartas constitucionales de 1814 y 1830), implicarían un radical cambio de perspectiva. Aunque algún sector de la doctrina llega a la conclusión con TOCQUE-

VILLE que la carta era inmutable, lo cierto es que, a la par y de modo un tanto contradictorio, se admitiría que la carta podía ser modificada a través del mutuo acuerdo entre el rey las dos cámaras, esto es, por una ley ordinaria de esta forma carecía ya de todo sentido, la institucionalización de un mecanismo orientado al control de la constitucionalidad de las leyes.

El segundo imperio propiciará, a través de la Constitución 1852, a imitación del Código Constitucional del año VIII, el restablecimiento de un senado al que se le encargará velar por el control de la constitucionalidad de las leyes. El artículo 25 de la citada norma suprema definía al senado como “el guardián del pacto fundamental y de las libertades públicas”, para de inmediato disponer que ninguna ley podía ser promulgada antes de haber sido sometida al Senado. Y el artículo 26 preveía que el Senado se opondría a la promulgación, entre otras de las leyes que fueran contrarias o atentaran contra la constitucionalidad, durante el debate parlamentario de las leyes constitucionales de la Tercera República, se suscitó, una vez más, la posibilidad de establecer el control judicial de la constitucionalidad de las leyes; ello no obstante, que el instituto en cuestión desaparecerá, aunque no falten autores como WALINE⁸¹, que entiendan que ello no significa que Francia carezca de un control, por lo menos parcial, de la constitucionalidad de las leyes, pues ese control ahí era realizado, si se quiere de un modo incompleto, a través de la promulgación de leyes tras la Segunda Guerra Mundial. La Constitución 1946 institucionalizaba un llamado “Comité Constitucional”, que quedaba integrado por el presidente de la República, que lo presidía de oficio, los presidentes de la Asamblea Nacional y del Consejo de la República. La función de este órgano venía definida por el texto constitucional en unos términos realmente: “El Comité Constitucional examina si las leyes redactadas por la Asamblea Nacional suponen una revisión de la Constitución”.

El sentido real del precepto en cuestión debe ser el de que, si una proyectada reforma legislativa fuera declarada contraria a la constitución por el Comité Constitucional, solo podría ser aprobada del modo previsto por la propia constitución para sus modificaciones, con lo que la superioridad del Código Constitucional era salvaguardada. Por su parte, TRUJILLO⁸² constata que incluso cabe pensar que la ocupa-

81 MARCEL WALINE. *Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français*, Paris, M. Giard, 1928.

82 GUMERSINDO TRUJILLO FERNÁNDEZ. “La constitucionalidad de las leyes y

ción de los Constituyentes en 1946 estuvo centrada en la supeditación de la Constitución a la voluntad nacional actuada parlamentaria, más bien que en la constitucionalidad de las leyes.

No queremos finalmente dejar de ocuparnos, siquiera sea de modo bien somero de la Constitución de 1958 y del nuevo sesgo que parece dar, en orden al control de la constitucionalidad con la creación del *Conscil Constitutionnel*, objeto del Título VII de la Constitución de la Quinta República (arts. 56 a 63). Una generalizada preocupación por parte de la cortina ha sido la del encaje del nuevo órgano en el movimiento que se desarrolla en Europa tras la segunda gran guerra a favor de los tribunales constitucionales puede enmarcarse en esa dirección el Consejo Constitucional francés.

FAVOREU⁸³ ha tratado de dar una respuesta a tal interrogante. A su juicio, si en tanto que institución especial, independiente de la organización jurisdiccional ordinaria, el Consejo Constitucional se aproxima mucho más a los tribunales constitucionales que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, difiere de ellos, sin embargo, muy profundamente en la medida en que su creación no responde a los mismos objetivos. Y es que, en efecto, el Consejo Constitucional responde a una misión original que va más allá de la noción clásica del control de constitucionalidad⁸⁴.

La creación del Consejo tan solo se explica en atención al espíritu general de la Constitución 1958: reforzar el Ejecutivo en detrimento del Parlamento y, particularmente, de la Asamblea Nacional. En tal marco general se intuía útil instituir un mecanismo eficaz para obligar al parlamento a permanecer en el marco de sus atribuciones constitucionales. Y a ello responde el Consejo Constitucional.

sus métodos de control”, en *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1970.

83 LOUIS FAVOREU. “Le Conseil constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, vol. 1, n.º especial, 1967.

84 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución”, *Derecho PUCP*, n.º 46, 1992, pp. 303 a 343, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6185>].

8. Kelsen y el modelo austriaco de control autónomo de la constitucionalidad

Entiende Kelsen⁸⁵ que el orden jurídico, en especial aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí que se hallan, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. Su unidad viene dada por el hecho de que la creación de una norma (la de grado más bajo) se encuentra determinada por otra de rango superior, cuya creación es determinada a su vez por otra todavía más alta, la que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o norma básica que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico.

El derecho, a través de la vía que recorre desde la constitución hasta los actos de ejecución material, no deja de concretarse, de tal modo, que cada grado del orden jurídico supone una creación de derecho respecto del grado inferior y una reproducción frente al grado superior. Pues bien, la idea de “regularidad” según el gran jurista austriaco, se aplica a cada grado en la medida en que es creación o reproducción del derecho, pues “la regularidad no es más que la relación de correspondencia de un grado inferior o un grado superior del orden jurídico”. Sin embargo, no solo es a la relación de los actos de ejecución material con las normas individuales (decisiones administrativas y sentencias judiciales), ni tan siquiera a la de estos actos de ejecución con las normas generales, legales o reglamentarias, a la que debe circunscribirse la idea de regularidad y las garantías técnicas encaminadas a asegurarla, sino que ese principio de regularidad debe postularse también respecto de las relaciones del reglamento con la ley y de esta con la constitución. En consecuencia, la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes pueden concebirse como verdaderas garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales⁸⁶.

Tras las reflexiones que preceden, parece obvia la conclusión a la que llega el jurista nacido en Praga en 1881, las garantías de la cons-

85 HANS Kelsen. “Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics*, vol. 4, n.º 2, 1942, pp. 183 a 200.

86 FERNÁNDEZ SEGADO. “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución”, cit.

titución esencialmente son las garantías de la constitucionalidad de las leyes. Garantías de la constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la constitución, es decir, garantías de la constitucionalidad de las leyes y entre las medidas técnicas orientadas a garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional representa la garantía principal y más eficaz de la constitución.

La cuestión subsiguiente que había de plantearse KELSEN⁸⁷, era la de concretar a qué órgano había de corresponder la competencia de, en su caso, decidir la anulación del acto inconstitucional. KELSEN rechazará que esa facultad pudiera atribuirse al parlamento, optando por asignar la tarea de comprobar si una ley es constitucional, anulándola cuando, de acuerdo con la opinión de ese órgano, sea inconstitucional, a un órgano diferenciado del poder legislativo. Puede existir, dirá KELSEN, un órgano especial establecido para este fin; por ejemplo, un tribunal especial, el llamado Tribunal Constitucional; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes puede encomendarse a los tribunales ordinarios y, de modo específico, al tribunal supremo. El rechazo del órgano legislativo para llevar a cabo este control será tajante por parte de KELSEN⁸⁸.

A partir de la doctrina vertida por KELSEN, el Instituto del Control de Constitucionalidad y su atribución a un órgano *ad-hoc* o autónomo, comenzará a expandirse, aceptándose progresivamente de modo general, al menos en amplios sectores doctrinales, bien que su generalización a nivel de derecho constitucional positivo solo tenga lugar tras la segunda gran guerra. TAYLOR COLE ha puesto de relieve que la discusión se circunscribirá al tipo de tribunal, a su organización e integración y al método de selección de sus magistrados⁸⁹.

Sin embargo, la realidad nos muestra que en los años 1920, con el momento de implantación del sistema kelsiano, iba a tener lugar una conocida y muy radical controversia entre Kelsen y Schmitt, polémica que, si bien desde entonces puede estimarse zanjada, al menos como cuestión de principio, revive periódicamente con una asombrosa capacidad de permanencia⁹⁰.

87 KELSEN. "Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American Constitution", cit.

88 Ídem.

89 Ídem.

90 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. "Evolución histórica y modelos de con-

SCHMITT, en uno de sus brillantes y apasionados trabajos, analiza el rol del tribunal constitucional como guardián de la constitución, afirma de modo categórico: “Una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia Constitucional es una contradicción en sus mismos términos”⁹¹.

Entre otros muchos argumentos, SCHMITT parte de que el Estado democrático ha sido designado y aun definido frecuentemente como Estado de partidos. El Estado democrático parlamentario es, en un cierto y especial sentido, Estado de partidos todavía en mayor escala. Así las cosas, ¿cómo puede surgir, en esta situación, la unidad en que queden superados y fundidos los violentos antagonismos de partidos y de intereses? La respuesta de SCHMITT en relación a los órganos judiciales es tajante: resultaría aún menos posible que asentar en las instituciones y métodos propios de un Estado burocrático, buscando en ellas el genuino contrapeso a los efectos disolventes de un Estado de partidos en coalición lábil, el basar el “Estado neutral” que transfiere mediante cualquier subterfugio judicial la adopción de decisiones políticas a tribunales ordinarios o constitucionales integrados por ceses de carrera, sostiene además que el Jefe del Estado, esto es, el presidente del Reich, quien únicamente puede ostentar ese título de “guardián la constitución”⁹².

KELSEN combatirá con dureza los argumentos de SCHMITT. Desde el punto vista del derecho positivo, considerará que la afirmación de SCHMITT, de que jefe del Estado es más idóneo que un tribunal para la defensa de la constitución no encaja en el articulado de la Constitución de Weimar. Niega el mismo jurista la consistencia a la crítica schmittiana de que la acción de un tribunal no es democrática, pues entrega a una aristocracia de la toga de protección de la constitución. Lo que

trol de constitucionalidad”, en DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (coords.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 41 a 94.

91 CARL SCHMITT. *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1996.

92 DONOVAN ADRIÁN HERNÁNDEZ CASTELLANOS. “Idea del Estado en Carl Schmitt: aportes para una genealogía de lo político”, *Argumentos. Estudios Críticos de la Sociedad*, n.º 64, 2010, pp. 107 a 131, disponible en [<https://argumentos.xoc.uam.mx/index.php/argumentos/article/view/322>].

SCHMITT pretende, dice KELSEN, es sobrevalorar la competencia del presidente del Reich e infravalorar la función del parlamento. La consecuencia política de los argumentos de SCHMITT es que el pluralismo del Parlamento pone en peligro la seguridad y el orden público, mientras la unidad del presidente del Reich representa la unidad del pueblo.

Así, dos grandes poderes creados por la Constitución de Weimar parecen como enemigos. El uno quiere destruir su unidad y el otro defenderla, en uno el Parlamento viola la constitución, y el otro la custodia. En el artículo publicado por KELSEN en 1928⁹³, haría referencia a la organización que a su juicio debía tener un órgano jurisdiccional de esa naturaleza. Parte KELSEN de que no se puede proponer al respecto una solución uniforme para todas las constituciones; la organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada constitución. Sin embargo, a renglón seguido, el jurista austriaco efectúa unas consideraciones de alcance y valor generales, que tratamos de comprender: el número de miembros de estos tribunales no ha de ser muy elevado en cuanto deben cumplir una misión puramente jurídica de interpretación de la constitución. Por lo que se refiere al sistema de reclutamiento de los magistrados constitucionales, no se puede propugnar, sin reservas, ni la simple elección parlamentaria, ni el nombramiento exclusivo por el jefe del Estado o el gobierno⁹⁴.

Es de la mayor relevancia la cualificación técnica de los magistrados, que debe conducir a otorgar un lugar adecuado en estos órganos a los juristas de profesión. Es del mayor interés para un tribunal constitucional reforzar su autoridad mediante la incorporación al mismo de especialistas eminentes, exclusión del tribunal de miembros de instancias políticas, rechazo de todo influjo político en la jurisprudencia constitucional y, en su caso, canalización del mismo.

En definitiva, la opción por un órgano *ad-hoc* al que se encargue el control de la constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose en supremo intérprete de la constitución, se justifica ya desde antaño por la especificidad de la hermenéutica constitucional, una actividad, como

93 HANS KELSEN. *La garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle)*, París, Marcel Giard, Laval, 1928.

94 HERNÁNDEZ CASTELLANOS. “Idea del Estado en Carl Schmitt: aportes para una genealogía de lo político”, cit.

dice MAURO CAPPELLETTI⁹⁵, más próxima a la del legislador y a la del hombre del gobierno, que a la de los jueces comunes. Y tal circunstancia hace conveniente atribuir tal función a un órgano diferente de los tribunales ordinarios preexistentes.

IV. OTROS MODELOS DE CONTROL AUTÓNOMO DE LA CONSTITUCIONALIDAD EUROPEA DE ENTREGUERRAS

Checoslovaquia y España son los otros modelos que en la Europa de entreguerras nos ofrecen el diseño de un órgano autónomo de control de la constitucionalidad.

En Checoslovaquia, que había nacido como Estado independiente el 28 de octubre de 1918, una ley de 29 de febrero de 1920 preliminar a la Carta Constitucional, creaba en su artículo 30 un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, dos de ellos jueces del Tribunal Supremo Administrativo y otros dos del Tribunal de Casación, siendo nombrados por el presidente de la República y los dos restantes jueces.

Al Tribunal se le encomendaba (art. 2º de la mencionada ley) apreciar la conformidad de las leyes de la República checoslovaca y de las leyes de la Dieta de Rusia con las disposiciones de la carta constitucionalidad.

Como advierte CRUZ VILLALÓN, Checoslovaquia no solo es el primer Estado que introduce en su ordenamiento el que será “sistema europeo” de control de constitucionalidad, adelantándose unos meses a Austria, sino que además lo hace con el más puro de los modelos: un tribunal *ad-hoc* que conoce de forma exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes⁹⁶.

Sin embargo, el modelo no llegó de hecho a funcionar. La ley del Tribunal se aprobó con rapidez y el órgano en cuestión quedó constituido en noviembre 1921, pero ninguno de los legitimados impugnó la de constitucionalidad de ley alguna o, cuando lo hizo, el tribunal ya no se hallaba constituido. De hecho, el tribunal solo dictó una sentencia (7 de noviembre de 1922), fruto del control preceptivo de una disposición legislativa dictada por la imputación permanente de la Asamblea Nacional.

95 CAPPELLETTI. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit.

96 FERNÁNDEZ SEGADO. “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, cit.

Al agotarse, en 1931, el período de nombramiento de los magistrados, estos no fueron renovados por parte de los órganos llamados hacerlo, por los jueces *de facto*, el Tribunal quedó sin vida. Aunque en 1938 volvió a constituirse, tan solo podría ser testigo impotente del desmantelamiento del régimen constitucional. En la España de la Segunda República, el Título IX de la Constitución de 1931 (relativo a las “garantías y reformas de la Constitución”) era un llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, al que, entre otras competencias, el artículo 121 le atribuía el conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, siendo competente así mismo para conocer de los recursos, de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades⁹⁷.

El Tribunal como se ha dicho, no fue fruto inspirado de un diseño unívoco, sino resultado final de diversos ensayos y tanteos, que a su vez no son sino la consecuencia de una serie de contradicciones subyacentes en el propio proceso constituyente. Y es que, en el fondo, como advierte RUBIO LLORENTE⁹⁸, la jurisdicción constitucional es una institución absolutamente discordante con los presupuestos teóricos que están en la base de toda la obra de los Constituyentes de 1931, la idea de democracia dominante en estas es, muy evidentemente, la de la democracia rousseauniana, la de la democracia radical que no entiende la posibilidad de establecer límites a la acción del legislador y que puede llevar, en último término, a lo que TALMOND ha llamado democracia totalitaria⁹⁹. Por tanto, ¿por qué entonces la creación del Tribunal de Garantías y del correspondiente Instituto del Control de la Constitucionalidad? Varias respuestas pueden apuntarse.

De un lado, por el hecho de que en los ambientes intelectuales y académicos el tema de la admisión de un sistema de justicia constitucional (y de modo específico, de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes) era una petición de principio exigida para la adecuación y modernización, el sistema constitucional español.

De otro lado, por la necesidad de contar con un órgano que pudiera dirimir con facilidad los conflictos del Estado con las regiones y de los de estas entre sí, tal y como se hacía constar en la exposición de

97 Ídem.

98 FRANCISCO RUBIO LLORENTE. *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, España, Ariel, 1995.

99 FERNÁNDEZ SEGADO. “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, cit.

motivos que acompañaba el anteproyecto de Constitución que elevaba al gobierno la Comisión Jurídica Asesora.

La confusión que presidió todo el proceso de construcción jurídica de la institución propiciaría lo que, con razón, se ha llamado un “guardián” de soluciones que afecta en la práctica la totalidad de aspectos que perfilan su modelo concreto de funcionamiento. Ello es visible ya desde el mismo momento de la elaboración del anteproyecto de Constitución por la Comisión Jurídica Asesora. El modelo de justicia constitucional que en este texto se acoge, tendrá poco que ver con adoptado por la Comisión Parlamentaria en el Proyecto de Constitución, y este, a su vez, diferirá notoriamente de la configuración incorporada al código constitucional que, por otra parte, apenas si supone un esbozo de algo que más tarde será desarrollado de modo muy contradictorio. Como consta BASSOLS¹⁰⁰, la configuración definitiva de la jurisdicción constitucional quedará diferida, como consecuencia de un compromiso entre las fuerzas políticas, al proceso postconstituyente, propiciándose un resurgimiento de las corrientes enfrentadas y contrapuestas en el instante del desarrollo normativo de la constitución en esta materia.

En cumplimiento del artículo 124 de la Constitución (que se remitía a una ley orgánica especial, votada por las propias cortes constituyentes, a los efectos de establecer las inmunidades y prerrogativas de los miembros del Tribunal y la extensión y efectos de los recursos a que se refería el artículo 121 de la propia Constitución, se promulgó la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales el 14 de junio de 1933.

Por decreto de 8 de diciembre de ese mismo año, se aprobó el correspondiente Reglamento, que fue sustituido posteriormente por otro de abril de 1935. En todos los casos, los textos citados atravesaron por un innúmero de vicisitudes que culminaron en la declaración de nulidad, por decreto de 7 de junio de 1935, del Capítulo Tercero (“Del recurso de ilegalidad y exceso o desviación de poder”) del Título II del Reglamento de 1935.

100 MARTÍN BASSOLS COMA. *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española: una reflexión*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981.

V. DESARROLLO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN LATINOAMÉRICA

Una de las principales características del constitucionalismo latinoamericano, donde se desarrolló por primera vez el constitucionalismo moderno que surgió de las Revoluciones americana (1776) y francesa de (1789), es el concepto de constitución como realidad normativa, que prevalece en el proceso político, en la vida social y económica de cada país, como ley suprema, real y efectiva, que contiene normas directamente aplicables tanto a los órganos del Estado como a los individuos. Este fue el concepto adoptado en los Estados Unidos de América desde finales del siglo XVIII, y en los países de América Latina desde comienzos del siglo pasado. Fue el concepto adoptado en Europa después de la Revolución francesa y que, abandonado durante el siglo pasado, fue redescubierto en este siglo, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial¹⁰¹.

Por tanto, la situación constitucional en América Latina siempre fue distinta de la situación europea del siglo pasado y de la primera mitad de este siglo. Bajo la inspiración del constitucionalismo norteamericano, el principio de la supremacía constitucional y de la justicia constitucional se ha arraigado en nuestros países, habiendo pasado a configurarse como uno de los principios clásicos del constitucionalismo latinoamericano.

En esta forma, por ejemplo, el sistema constitucional venezolano al concebirse en 1811, se basó en el principio de la supremacía constitucional, siendo la constitución considerada como un cuerpo normativo que no solo organizaba el ejercicio del poder público, sino que también declaraba los derechos fundamentales de los ciudadanos, previendo expresamente la garantía objetiva de la constitución al declarar como nulas y sin ningún valor las leyes y además actos estatales que fuesen contrarios a sus normas y, en particular, a las declarativas de los derechos del hombre.

Este principio de la supremacía de la constitución y de su garantía objetiva, inevitablemente condujo a que en América Latina, desde el siglo pasado, comenzará a desarrollarse un sistema de control judicial

101 PAÚL BERNARDO PÉREZ VÁSQUEZ. "El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador" (tesis de maestría), Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019, disponible en [<https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6616>].

de la constitucionalidad de los actos del Estado, es decir, de justicia constitucional, tanto de carácter difuso como de carácter concentrado.

En efecto, como consecuencia de este principio de la supremacía constitucional, y en forma similar a la deducción pretoriana del caso *Marbury vs. Madison* (1803) de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso *Sojo* de 1887, por motivos de fondo similares, admitió el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que continúa vigente en la actualidad, y que de forma paralela y posterior, fue adoptado además, casi que en todos los países latinoamericanos¹⁰².

En sentido similar y también como consecuencia del principio de la supremacía constitucional, la Constitución venezolana de 1858 consagró en su artículo 113 un método de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes provinciales en relación a la Constitución nacional, mediante acción popular, el cual fue ampliado a partir de 1893, en relación a todas las leyes nacionales y demás actos de ejecución directa de la Constitución. Un método concentrado de control de constitucionalidad a principio de este siglo (1910) fue luego adoptado en Colombia, y en sentido similar, existe en la actualidad en muchos países latinoamericanos ejercido por las cortes supremas, por salas constitucionales de las mismas o por tribunales o cortes constitucionales especialmente creadas en las últimas décadas.

En América Latina, por tanto, desde el siglo pasado se tuvo conciencia que el principio de la supremacía de la constitución, desde el punto de vista jurídico, es imperfecto e inoperante sino se establecen las garantías judiciales que la protejan ante los actos inconstitucionales del Estado o de cualquier “ruptura del ordenamiento constitucional”. Estos sistemas de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, por supuesto, pudieron desarrollarse en los países de América Latina, porque de ellos no se adoptó el criterio europeo extremo de la separación de poderes que consideraba, durante el siglo pasado y de la primera mitad de este siglo, que cualquier sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes era atentatorio contra el principio de la soberanía del parlamento, que se basaba en la preeminencia del legislador sobre los demás poderes del Estado. Esta concepción se apoyaba en la idea de que el parlamento estaba compuesto por representantes del pueblo, quienes, como tales, en el seno de un

régimen democrático representativo, representaban al soberano y lo sustituían¹⁰³.

En este sentido, se consideraba inadmisibile toda intervención de otra instancia constitucional cualquiera con miras a limitar la autonomía del órgano representativo supremo del Estado, razón por la cual el control de la constitucionalidad de las leyes solo podía ser ejercido por ese mismo órgano. En América Latina, en cambio, bajo la influencia de los principios de la Revolución norteamericana, siempre se ha entendido que el control de la constitucionalidad de las leyes en un sistema flexible de separación de poderes debía ser ejercido por los órganos del poder judicial, fuera por todos los tribunales de un país determinado, por la corte suprema de justicia del país, o por un tribunal constitucional especialmente cercado con ese fin.

En efecto, en el primer caso, cuando todos los tribunales de un país determinado tienen la facultad de juzgar la constitucionalidad de las leyes, se está en presencia del denominado método difuso de control de la constitucionalidad, calificado también como “sistema americano” porque se adoptó en los Estados Unidos de América, particularmente después del famoso caso *Marbury vs. Madison* decidido por la Corte Suprema en 1803. Este es el método que se aplica, por ejemplo, en Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú, México y Venezuela.

Pero además del método difuso, América Latina también tiene una larga tradición del método concentrado de justicia constitucional, donde la facultad anulatoria de control de la constitucionalidad de las leyes, de otros métodos del Estado producidos en ejecución directa de la constitución, se atribuye a un solo órgano del Estado que actúe como jurisdicción constitucional, sea la corte suprema de justicia o un tribunal o corte constitucional especialmente creado para ese fin, por lo general formando parte del poder judicial. Este sistema de control también se conoce como el “sistema austriaco” porque en 1920 se adoptó en Austria, o como “modelo europeo”, cuando el poder de control se atribuye a un tribunal o corte constitucional particularmente ubicado fuera del poder judicial. En todo caso, el sistema se denomina concentrado por oposición al sistema difuso, porque la facultad de control de la constitucionalidad de ciertos actos del Estado, particu-

103 PÉREZ VÁSQUEZ. “El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador”, cit.

larmente de las leyes, solo se confiere a un órgano constitucional que puede ser la corte suprema de justicia de un país o a un tribunal constitucional, que puede o no estar integrado dentro de la organización del poder judicial.

Por supuesto, no existe un único sistema de justicia constitucional para garantizar y defender la constitución, así como tampoco puede existir un sistema ideal que pueda aplicarse a todos los países. En el derecho constitucional contemporáneo, cada país ha desarrollado su propio sistema, habiendo sido el método difuso, atribuido a todos los órganos del poder judicial, iniciado en Norteamérica, el que más influencia ha tenido en países antes de la familia jurídica romana como del *common law*. El sistema concentrado, por otra parte, si bien se inició en América Latina desde el siglo pasado, su más importante desarrollo reciente ha sido en Europa después de la Segunda Guerra Mundial¹⁰⁴.

En muchos países, además, se ha adoptado una mezcla de los sistemas antes mencionados, el difuso y el concentrado, con miras a permitir que ambos sean medios de control funcionen al mismo tiempo. Esto es el caso de Bolivia, Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú, México y Venezuela, donde todos los tribunales tienen la facultad de juzgar la constitucionalidad de las leyes, y, por consiguiente, pueden decidir en forma autónoma su inaplicabilidad a un caso concreto; y de forma paralela, la corte suprema de justicia o un tribunal constitucional tienen la atribución exclusiva de declarar la nulidad de las leyes constitucionales, por lo general con efectos *erga omnes*.

VI. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN EL PERÚ: ANTECEDENTES

Como en los países iberoamericanos, en el Perú, los primeros esbozos de control normativo de la constitucionalidad responden a los rasgos propios del control político que buscó en facultar al Congreso para que lleve a cabo la custodia y salvaguardia de la Constitución, modalidad esta de control que arraigaría bien pronto en los nuevos Estados independientes, en gran medida por el influjo ejercido por algunas de las constituciones francesas del periodo revolucionario, y también quizá en menor medida, por la propia Constitución de Cádiz, vigente en determinado tiempo en Perú.

Como señalaba GARCÍA BELAUNDE¹⁰⁵, la Constitución de 1823 tuvo un carácter extremadamente utópico, teñida de un exagerado liberalismo, orientado al fortalecimiento del legislativo encargado del control de las infracciones de la constitución, sin que ello lleve consigo la articulación de un procedimiento específico de control.

Las constituciones que con posterioridad se sancionaron en el Perú (1826, 1828, 1834, 1836, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920), hicieron suya la pauta entada en el primer código constitucional de la República, no contemplando ningún mecanismo procesal que viabilice el control de constitucionalidad, quizá porque, como dice BLUME¹⁰⁶, el andamiaje constitucional se asentaba en una concepción absolutamente dominada por la idea de que el poder legislativo era el primer poder del Estado y, como tal, las normas que dictaba solo podían ser interpretadas, revisadas y modificadas por el mismo. En el fondo, latía y creemos que late en una buena parte de la política peruana, una concepción jacobina del poder. PANIAGUA¹⁰⁷ va mucho más allá en la crítica al significar que la Constitución sigue siendo en el Perú lo que fue en el pasado, un instrumento para aherrojar a los hombres respetuosos de la ley y para permitir su persecución por quienes la atropellan y la menosprecian.

La regla general a que acabamos de aludir convive con algunos intentos de control de la constitucionalidad. Podríamos recordar al respecto que la Constitución de Huancayo de 1839 iba a revitalizar la institución del Consejo de Estado, órgano que además de disponer de un conjunto de atribuciones consultivas en relación con el poder ejecutivo, asumía la competencia de “velar obre la observancia de la Constitución y de las leyes”. Es a partir de tal premisa constitucional como puede explicarse que en el periodo que media entre 1839 y 1855, el Consejo de Estado parece asumir una función de control político de la constitucionalidad, suplantando con ello al propio Congreso de la

105 DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. “Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 4, n.º 4, 1997, pp. 233 a 244, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3304>].

106 ERNESTO BLUME FORTINI. “El tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la constitución”, *Derecho PUCP*, n.º 50, 1996, pp. 125 a 205, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5927>].

107 VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO. “La Constitución peruana de 1993”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol.4, n.º 2, 1995, pp. 9 a 52, disponible en [<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/2232>].

República, que en la práctica no ejercía tal función, y así la praxis revela la existencia de algunos pronunciamientos constitucionales de tal órgano, que propiciarían su consideración en algún documento como el guardián de la constitución.

La Constitución de 1856, de vida fugaz, pues tan sola estuvo vigente cuatro años, acogió un enunciado categórico que luego no se repitió en ninguna obra constitucional y que significó un avance frente a las cartas constitucionales precedentes. En efecto, a tenor de su artículo 10.º, se decía que es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la constitución. Si se trata de escudriñar en la motivación que tuvieron los miembros de la Convención Nacional encargada de elaborar la Constitución de 1856 para plasmar en su texto la norma contenida en el precitado artículo, salvo la propuesta del congresista ESCUDERO, relacionada con la precisión de la convención nacional del sábado 5 de enero de 1856, no existen mayores luces que iluminen el análisis tendiente a descubrir las razones de la inclusión en el texto de la Constitución de 1856 el referido artículo 10.º, cuya primera parte fuera eliminada por el Constituyente en la Carta magna de 1860; sobre esta eliminación, aparecen algunos elementos de juicio que constan en el diario de debates del Congreso reunido en 1860 para reformar la Constitución de 1856.

En dicho diario de debates, en la sesión del 11 de septiembre de 1860, en el que se discutió sobre el texto sustitutorio del nombrado artículo 10.º que eliminaba su primera parte, aparece la intervención del congresista ARENAS, miembro de la comisión encargada de elaborar el proyecto, quien fundamentó las razones de tal eliminación. En la intervención del señor ARENAS, se encuentran algunos elementos importantes a considerar, reveladores de los motivos que en aquel entonces primaban en el criterio de los legisladores constituyentes, como la conceptualización de que las normas constitucionales tienen el carácter de sagradas e inviolables, por lo que las normas de inferior jerarquía que les sean opuestas carecen de legitimidad, en un reconocimiento expreso del principio de la jerarquía y primacía de la Constitución.

La idea que animó a los constituyentes de la Carta de 1856 para aprobar el mencionado artículo 10.º, cuando ARENAS sostiene que quisieron, sin lugar a dudas, impedir los extravíos de los congresos, que realmente pueden dictar leyes opuestas a la Constitución, revelando que existió la preocupación por establecer un freno al poder legislativo, una suerte de control de constitucionalidad, pero sin desarrollar cómo efectuarlo ni a través de quién; y la idea que solo corres-

pondría al Congreso frenar los excesos que pudieran producirse en su propio seno y, por consiguiente, que las leyes contrarias a la Constitución debían cumplirse, hasta que el poder legislativo las dejará sin efecto, como un mecanismo de impedir el caos que, según presumían, se produciría de mantenerse una norma como la del artículo 10.º de la Constitución de 1856.

Después de los antecedentes que se han detallado, como señala BLUME¹⁰⁸ se produce un gran silencio normativo en la temática relacionada con el control de la constitucionalidad hasta 1923, año en el que se lleva a cabo en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil, un interesante debate promovido por uno de sus miembros, el señor ALFREDO SOLF Y MURO, quien en la sesión n.º 20 del 21 de febrero de 1923, propuso la inclusión en el título preliminar del proyecto el siguiente texto “cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera”.

Dicho texto fue debatido en la sesión n.º 21 del miércoles 28 de febrero de 1923, debate del cual pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Que el control, disperso de constitucionalidad, creado a partir de su primer antecedente constituido por el caso *Marbury versus Madison*, planteaba sus primeras raíces en el Perú; y
- Que ya existía conciencia de la importancia y trascendencia del control disperso de constitucionalidad, aunque con cierta reserva, expresada a través de las reflexiones de los señores SOLF y OLAECHEA, tanto es así, que este último sostenía la tesis de reservar ese control solo a la Corte Suprema, por considerar excesivo que el mismo fuera ejercido por jueces inferiores, no obstante lo cual, a la postre, se impuso el criterio de señalar el principio y dejar para una reglamentación posterior la regulación específica del trámite de ejercicio del control en cuestión.

Al final, quedó consagrada la fórmula que 13 años después se recogiera en el artículo XXII del Código Civil de 1936, que a la letra ordenó: “cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera”.

108 BLUME FORTINI. “El tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la constitución”, cit.

VII. ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN VILLARÁN

En 1931 la Junta de Gobierno que presidiera don DAVID SAMANEZ OCAMPO designó, por resolución suprema del 7 de agosto de 1931, ampliada por las resoluciones supremas de 21 de agosto y 22 de septiembre del mismo año, una comisión presidida por el ilustre jurista don MANUEL VICENTE VILLARÁN, e integrada por connotados hombres de derecho, a la cual encargó la elaboración de un anteproyecto de constitución, que sería sometido al Congreso Constituyente convocado precisamente para fines de 1931. Esta comisión elaboró un magnífico anteproyecto, en el cual puso de relieve la anulabilidad de convertir a la Corte Suprema en el guardián de la constitucionalidad, recogiendo el sistema de control disperso. Lamentablemente, la Asamblea Constituyente convocada el 8 de diciembre de 1931 y a tres días de haberse producido la entrega del anteproyecto, lo desechó en un arranque de soberbia política y redactó su propio anteproyecto de constitución de 1931, en el que introdujo muy poco de los artículos propuestos por la Comisión.

En su exposición de motivos se dejaba sentado que, a pesar que las Constituciones de 1860 y de 1920, no reprodujeron el artículo 10.º de la Constitución de 1856, el principio que postula la nulidad de las leyes inconstitucionales o contrarias a la Constitución, estaba inmerso en la teoría y la inspiración de los legisladores constituyentes de aquellas cartas, por cuanto se había normado que quienes ejercían función legislativa, no podían agredir las limitaciones establecidas por la propia Constitución, y que por consiguiente eran nulos aquellos actos perpetrados por quienes usurpaban las relaciones públicas. Se agregaba en forma inédita que “la Constitución como régimen político es la supremacía de la Constitución de la ley”. La constitución es ley para el legislador y no puede confiarse de donde el cuerpo legislativo, por estímulos morales y respeto a la opinión invariable respeto a las prohibiciones que la constitución le impone teóricamente es de toda evidencia la invalidez de las leyes que infringen la constitución.

Al respecto, se dice que no solo se explicitó en aquella exposición de motivos el principio de supremacía de la constitución y la constitucionalidad como consustancial a la validez de las normas jurídicas, sino que se invocó el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales; reprobando la rapidez de las leyes infractoras de la constitución, así como ingresando a la reflexión y al esbozo de lo

que podría denominarse el diseño de la implementación del control disperso de constitucionalidad, sin dejar de lado las consideraciones y preocupaciones, así como recelos que planteaba la propuesta de establecer un sistema que buscaba romper con una tradición y que disentía de las tesis imperantes hasta aquel entonces.

En tal sentido, el aporte de la Comisión Villarán resulta trascendental en el desarrollo del control de constitucionalidad en el Perú. El artículo 142 del anteproyecto de la Comisión Villarán consagraba el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales; establecía la obligación de los jueces de respetarlo en los casos que juzgaban; señalaba que las sentencias que omitían aplicar la ley inconstitucional se elevarían a la Corte Superior, vía apelación o consulta; preceptuaba que las sentencias dictadas en segunda instancia con motivo de las apelaciones o consultas, según el caso, que declaraban que una ley se oponía a la Constitución, debían ser elevadas a la Corte Suprema, vía recursos de nulidad o, en ausencia de este, vía consulta; establecía que las consultas debían ser sometidas a la Corte Suprema en pleno, como también aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que se presentaban a nivel de la propia Corte Suprema en la sala encargada de conocer los casos de competencia ordinaria; exigía para la declaración de “anticonstitucionalidad de una ley” el voto de las dos terceras partes del pleno de la Corte; precisaba que la declaración regía únicamente para el caso materia del litigio; y ordenaba a los jueces no aplicar los decretos y reglamentos que fueron contrarios a la propia Constitución o a las leyes. Nótese que en este último punto también se recogía una cautela al principio de legalidad y un correctivo a su violación, en el caso de normas infra legales.

VIII. ACCIÓN POPULAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1933

Persiguiendo la investigación en la misma línea, se tiene que lamentablemente el proyecto de la Comisión Villarán fue desechado y la Constitución de 1933 vendría a utilizar los esquemas más clásicos del siglo XIX, considerando que era competente para conocer las infracciones a la constitución el Congreso de la República, situación que convierte, en definitiva, intérprete de la constitución.

No obstante, la Carta de 1933 acogió en su artículo 133 el Instituto de la Acción Popular, que parecía romper con esa pauta, pues preveía la atribución del poder judicial de un control de legalidad y,

por lo tanto, de constitucionalidad de las normas infra legales (no de las leyes, sino de los decretos y normas reglamentarias dejando a la ley el establecimiento del procedimiento judicial correspondiente). El artículo en referencia prescribía textualmente “hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros”.

IX. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979

Como en alguna medida se ha adelantado, es recién en la Constitución Política de 1979, en que se produce el avance más notable que registra la historia constitucional del Perú, en cuanto al control de constitucionalidad, en razón que en dicho cuerpo normativo se eleva, por primera vez, a nivel de texto constitucional el control disperso o difuso de constitucionalidad y se inaugura el control concentrado de constitucionalidad, con la creación del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales dando origen a lo que, en un primer momento, diversos constitucionalistas peruanos y algunos extranjeros denominaron un sistema “mixto” y que posteriormente, DOMINGO GARCÍA BELAUNDE llamara “Sistema Dual” o “Paralelo”.

A. Control difuso de constitucionalidad

Como bien conceptúa CÉSAR LANDA¹⁰⁹, la historia constitucional peruana se caracteriza por una suerte de prodigalidad en la producción de textos constitucionales, así como lo que le denomina la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas a despecho de una ausencia de creación de una conciencia sobre la importancia y trascendencia de la constitución y de sus instituciones, a lo que habría que agregar, en una continuación menos marcada y ya debilitada, de los problemas del divorcio entre el Estado nación y la sociedad que se presentan desde la fundación de la República.

109 CÉSAR LANDA ARROYO. “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 2, n.º 2, 1995, pp. 73 a 114, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3378>].

En esta línea, LANDA agrega con acierto:

Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales en la vida social se debe a que la expedición de estas cartas políticas se ha dado al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época: unos más estructurales, como la independencia y el establecimiento de la República y otros más coyunturales, como las guerras civiles, las guerras internacionales y las revoluciones civiles y militares¹¹⁰.

A esta realidad no escapó la Constitución de 1979. Nació en verdad sin haber sido pedida por el pueblo peruano, ni requerida por sector significativo alguno de la colectividad nacional. Fue consecuencia de una condición impuesta por la dictadura instalada en el país desde el 3 de octubre de 1968, para devolver el poder o la civilidad.

El 28 de julio de 1978 se llevó a cabo la ceremonia de instalación de la Asamblea Constituyente, electa para dictar la nueva Constitución, y el 11 de septiembre de 1978 se nombró en sesión plenaria la Comisión Principal de Constitución, con el encargo de preparar un proyecto de Constitución, que, posteriormente, se sometería al pleno, para cuyo efecto se le encomendó recopilar y recoger la información respectiva, así como consolidar el trabajo de las diversas Comisiones Especiales, que fueron 14, y subcomisiones, que tuvieron a su cargo el estudio de las propuestas y la elaboración de los planteamientos puntuales que iban a incorporarse en la nueva Constitución: dicha Comisión Principal de Constitución estuvo presidida por don LUIS ALBERTO SÁNCHEZ.

La Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente que aprobó la Constitución de 1979 tuvo 25 miembros y su conformación fue multipartidaria. En palabras del propio LUIS ALBERTO SÁNCHEZ, contenidas en el prólogo fechado el 12 de septiembre de 1985, a la publicación en el Diario de Debates de la Comisión Multipartidaria que elaboró el proyecto de Constitución de 1979: “la Constitución de 1979 es realmente pluralista y aprobada por consenso, sin que ningún partido pueda jactarse de que sus ideas sean predominantes”. Las combinaciones de votos fueron muy variadas tanto en el seno de la Comisión como en las sesiones plenarias. Puede afirmarse que

imperó una productiva libertad de conciencia para aprobar cada uno de los artículos.

El análisis nos hace notar que los criterios que inspiraron a cada uno de los artículos de la Carta Fundamental de 1979, un estudio riguroso de la racionalidad que llevó a su legislador constituyente a elevar a categoría constitucional el control disperso de constitucionalidad, ya consagrado en el Perú desde 1936 a través del artículo XXII del Código Civil de aquel año, obliga a su revisión, dejando constancia que fueron también sumamente importantes los trabajos de las subcomisiones que apoyaron a la citada Comisión Principal de Constitución para la presentación del proyecto final y la revisión de los artículos que fueron reservados o rechazados inicialmente por el pleno

El arribo a la fórmula final consagrada en su artículo 286, que se transcribe a continuación y que significó elevar a categoría constitucional el control disperso de constitucionalidad, no fue tan lógico y sencillo como podría pensarse, si se tiene en cuenta que la fórmula venía consagrada *in fine* desde el Código Civil de 1936. “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”. Ciertamente, es curioso observar que ni en la ponencia de la Comisión Especial n.º 3 sobre “derechos, deberes fundamentales y garantías”, ni en ponencia de la Comisión Especial n.º 5 sobre “poder del Estado judicial”, así como en las ponencias presentadas por el Partido Aprista Peruano, el Partido Demócrata Cristiano, el Partido Popular Cristiano, ni en los proyectos del Partido Comunista ni del Partido Socialista, ni en la propia Comisión Principal de Constitución en un primer momento, se planteó la fórmula del control disperso de constitucionalidad en los términos que finalmente quedó consagrada en el antes citado artículo 236. La facultad de los jueces de implicar una norma por causal de inconstitucionalidad o ilegalidad, en los casos materia de su juzgamiento, cuando entra el derecho invocado por las partes existe un choque normativo (una incompatibilidad) entre una norma constitucional y una legal ordinaria, o entre una norma legal ordinaria y una norma subalterna, respectivamente.

X. EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD “TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”

Tal como se ha mencionado con anterioridad, en la Constitución de 1979 se dieron dos avances notables en lo que atañe al control de constitucionalidad. El primero, consiste en la elevación constitucional del control disperso de constitucionalidad. El segundo, consiste en la inauguración del concentrado de constitucionalidad, a través de la creación del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales. Este segundo avance fue el más importante y novedoso hasta ese momento.

Como se dijo hasta esta parte, la incorporación del control concentrado de constitucionalidad en la Carta Magna de 1979 fue consecuencia de un proceso lento, complicado y de ardua confrontación, en el cual, en honor a la verdad jugó un papel preponderante el asambleísta JAVIER VALLE RIESTRA, quien se constituyó en el propulsor de esta conquista del derecho constitucional peruano.

XI. CONSTITUCIÓN DE 1993

La Constitución peruana de 1993 ha mantenido el sistema de control de constitucionalidad, consagrando en el segundo párrafo de su artículo 138 una norma casi idéntica a la que contenía el numeral 236 de su predecesora, que reza: “en todo proceso, debe existir incompatibilidad entre una materia constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera, prefieren la norma constitucional sobre toda otra norma de rango superior”.

Así se desprende desde el denominado “Primer Documento” el anteproyecto en estado de elaboración de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, presidida por el jurista CARLOS TORRES Y LARA, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 20 de mayo de 1993 y que constituyó el primer anteproyecto integral y consolidado de los artículos aprobados por la mencionada comisión al 18 del mismo mes, pasando por el llamado “Proyecto Constitucional” elevado al pleno. Dictamen en mayoría que fuera publicado en el *Diario Oficial El Peruano* y que recogió los cambios efectuados entre el 10 de junio y el 1.º de julio de 1993.

En el primero de los citados documentos (el anteproyecto consolidado el de mayo de 1993), en la parte relativa al control constitucional y administrativo se incluyó un artículo exactamente igual al numeral 236 de la Constitución de 1979, cuyo texto era el siguiente: “En caso de incompatibilidad de una norma constitucional y una norma legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma de menor”.

En el tercero de los citados documentos (el Dictamen Constitucional de Comisión de Redacción del 1.º de septiembre de 1993), en la parte relativa al derecho judicial y como segundo párrafo del artículo 148 se encuentra el siguiente texto: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, refieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Como se observa, este fue el texto que, concluidos los reajustes y actuados los recortes, se consagró como segundo párrafo en el numeral 138 que se ha transcrito líneas arriba y que está actualmente vigente.

En el denominado primer documento –anteproyecto en Estado– que hizo publicar la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático en el *Diario Oficial El Peruano*, no aparece contemplada la figura de un ente de control concentrado de constitucionalidad, independiente de los órganos del Estado y con autonomía, como era por lo menos a nivel normativo constitucional. El fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales, lo cual revela que, desde un inicio, la intención del legislador constituyente de la Carta de 1993 fue eliminarlo o, en todo caso, un planteo distinto al consagrado en la Constitución de 1979. Esta hipótesis se reafirma si se tiene en cuenta que en el citado documento, en la relativa a los controles constitucionales y administrativos y numerados en los artículos 2.º y 3.º, se encuentran en los siguientes textos:

Artículo 2º. El Poder Judicial es el órgano de Control de la Constitución. Los procesos de *habeas corpus* y amparo se tramitan en dos instancias contra las resoluciones denegatorias procede recurso de casación por ante la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 3º. Compete al Poder Judicial conocer de la acción popular por reacción a la Constitución o de la ley con-

tra los reglamentos, las resoluciones y decretos de carácter general que expidan el Poder Ejecutivo, los gobiernos nacionales y locales y demás personas de derecho público. El Poder Judicial ejerce el Control Constitucional o legal de cualquier resolución de la Administración Pública que causa el Estado. Para iniciar el proceso respectivo se debe agotar la vía administrativa. La determinan las reglas de competencia.

Como se observa, tanto en la primera parte del citado artículo 2.º como la segunda parte del también citado artículo 3.º, aparece una asignación inequívoca del control de la constitucionalidad (mal denominado control de la constitución) al poder judicial. Por lo demás, esta posición se firma si se tiene en cuenta que en el artículo 220 del proyecto de constitución, elevado al pleno como dictamen en mayoría por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, con los cambios efectuados entre el 10 de junio y el 1.º de julio de 1993, se estableció realmente: “La Sala Constitucional de la Corte Suprema es el órgano de Control de Constitución”. Ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución la administración pública que causa estado para iniciar el proceso respectivo debe agotar la vía administrativa. La ley determina las reglas de competencia.

Se aprecia que, dentro del mismo criterio de asignar el control de constitucionalidad al poder judicial, ya se precisa que sería la denominada constitucional de la Corte Suprema el órgano encargado, en concreto y facultad específica de realizarlo. En este orden, siguiendo a JORGE DANOS¹¹¹ y apelando a las fuentes consultadas, cabe reiterar que en las puestas de la Comisión Constitucional del Congreso Constituyente Democrático, las cuales se difundieron por intermedio del *Diario El Peruano* se contemplaba la existencia de un tribunal constitucional como órgano autónomo al estilo del exTribunal de Garantías Constitucionales, y que recién en el debate del pleno, que se realizó el 12 de agosto de 1992, por insistencia del congresista CARLOS FERRERO, en que se propugnó el mantenimiento de un ente de control concentrado de constitucionalidad, con mismas características del anterior Tribunal de Garantías Constitucionales, que se denominaría

111 JORGE ELÍAS DANOS ORDÓÑEZ. *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994.

Tribunal Constitucional, a pesar de la oposición que encabezó el congresista ENRIQUE CHIRINOS O, quien en reiteradas oportunidades ha formulado duras críticas a este.

Basta agregar también, coincidiendo con JORGE DANOS, que en términos generales la Constitución de 1993 ha mejorado la regulación del tribunal, teniendo algunos errores e incrementando sus atribuciones; toda vez que, muy bien se sabe, el Tribunal Constitucional de la Carta de 1993 es el órgano supremo de interpretación y control sobre acciones de inconstitucionalidad.

XII. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Como afirma GARRORENA¹¹², el constitucionalismo moderno encuentra máxima expresión en el modelo de Estado social de derecho. A los fines ha de desarrollar esta clase de Estado contribuye de manera ineludible la constitución normativa y garantista, que permita a los grupos sociales el cumplimiento de ciertos derechos considerados fundamentales.

Cuando existe una norma jurídica que contraviene a los preceptos constitucionales, existen sistemas de controles. En el caso peruano, tenemos la declaración de inconstitucionalidad, con procedimientos previstos en el Código Procesal Constitucional.

XIII. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad la defensa de la constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Cuando las normas contravienen la constitución en el fondo; es decir, cuando la materia normativa de la ley o norma equivalente contradice la materia normativa regulada por la constitución. Por ejemplo, el artículo 56 de la Constitución peruana establece que los tratados sobre derechos humanos deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República. Si se dictara una ley que

112 ÁNGEL GARRORENA MORALES. *Representación política y constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.

ordene que estos tratados internacionales no requieren aprobación del Congreso, se trataría de una ley inconstitucional porque está normando la misma materia en sentido contrario a la normatividad constitucional (art. 200, inc. 4.º de la Constitución, concordante con lo dispuesto en el art. 77 del CPC) cuando contravengan a la constitución por la forma, es decir, cuando no han sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la constitución.

Para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, el Tribunal debe considerar además de los preceptos constitucionales, que las leyes dentro del marco constitucional se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado.

La inconstitucionalidad puede ser total o parcial. Será total, si todas las posiciones de la norma son inconstitucionales; y será parcial, si solo una o algunas de sus disposiciones son inconstitucionales.

XIV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Los sujetos legitimados de forma activa para promover el proceso de constitucionalidad de las leyes son:

- El presidente de la República con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, designa a uno de sus ministros para que plantee la acción de inconstitucionalidad y lo represente en el proceso. El ministro designado puede delegar su representación en un procurador público.
- El fiscal de la Nación, quien está facultado para interponer la acción directamente y puede actuar en el proceso mediante apoderado.
- El defensor del pueblo, quien está facultado para interponer la acción directamente y puede actuar en el proceso mediante apoderado.
- El 25% del número legal de congresistas. Según el artículo 90 de la Constitución, el número de congresistas es de 120, por consiguiente, 30 pueden interponer acción de inconstitucionalidad. Los congresistas actúan en el proceso mediante apoderado; sin embargo, debe recalcar que la demanda la deben interponer el número de congresistas que soliciten la inconstitucionalidad, y luego de admitida la demanda, podrán hacer uso de la facultad de nombrar apoderado.

- 5.000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda el número de firmas antes señalado, es decir, de 5.000.
- Los presidentes de la región, con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, en materia de su competencia, debe estar patrocinado por letrado y puede intervenir en el proceso por sí o mediante apoderado; y los alcaldes provinciales, con acuerdo de su concejo, en materia de su competencia, están facultados para actuar directamente por sí o mediante apoderado y debe intervenir con patrocinio de letrado.
- Los colegios profesionales en materia de su especialidad, para plantear la acción requieren acuerdo de su junta directiva, deben actuar con el patrocinio de un abogado y conferir su representación al decano del respectivo colegio.

XV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Como antecedente, debemos mencionar el texto original del artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que disponía que la acción de constitucionalidad se interpone dentro del plazo de seis años a partir de la aplicación de la norma, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses¹¹³.

Este texto ha sido modificado por Ley 26618 de 1996, según la cual, la acción de inconstitucionalidad de una norma se interpone dentro del plazo de seis meses contados a partir de su publicación, vencido este plazo, prescribe la acción sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. Hoy el Código Procesal Constitucional asume nuevamente el plazo de seis años y caso de tratados seis meses. Por consiguiente, vencido el plazo

113 MARÍA JOSÉ VAQUERO PINTO. “Historia del caso de la talidomida. Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil: prescripción y amparo constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 31, 2017, pp. 275 a 316, disponible en [<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/38245dpyc3107mariajosevaqueropinto.pdf>].

de prescripción no podrá conseguirse en el Tribunal que declare con efectos generales la inconstitucionalidad, pero cabe la posibilidad de que esta ley sea inaplicada por los órganos administrativos o por el poder judicial.

Por consiguiente, vencido el plazo de prescripción no podrá conseguirse en el Tribunal declare con efectos generales la inconstitucionalidad, pero cabe la posibilidad de que esta ley sea inaplicada por los órganos administrativos o por el Poder Judicial.

CAPÍTULO CUARTO**Estudio de normas jurídicas
discriminatorias relativas al personal
docente que vulneran el derecho a la
igualdad ante la ley y la posibilidad de
reclamar en la vía administrativa o judicial
por la discriminación *de iure* producida****I. LEYES QUE INTRODUCEN NORMAS JURÍDICAS
DISCRIMINATORIAS POR GÉNERO VULNERANDO EL
DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY*****A. Ley 24029 de 1984, de la Carrera Pública del Profesorado***

La Ley 24029 fue promulgada el 14 de diciembre de 1984, y como parte de la investigación hemos acudido a revisar la exposición de motivos, donde le da sustento y se resalta de manera contundente la educación, al hacer mención que la “educación es un derecho de toda persona humana, es deber y una obligación del Estado hacer viable

este derecho empleando recursos a su alcance para posibilitar a todo el disfrute de los fines de la cultura”. En el mismo documento se señala que el modo de vivir tiende en gran medida del modo de enseñar. Por consiguiente, la calidad y la índole de la educación que se imparte, determinan en cierto modo la forma de vivir dentro de la sociedad que las suministra.

En este sentido, el maestro resulta de una responsabilidad social muy grande que le exige competencia profesional y alta sensibilidad ética y moral en el desempeño de sus funciones. En este extremo, da énfasis a la calidad de la educación que se va a impartir dentro del territorio nacional y para ello el papel de maestro es importante porque asume su responsabilidad como profesional y miembro de la efectividad. Creemos de manera acertada, que se resalta la responsabilidad social que asumen los profesores, la misma que exige competencia profesional y alta visibilidad ética y moral en el desempeño de sus funciones.

También advertimos que en la exposición de motivos de la ley materia de análisis:

El maestro por función y por delegación y responsable de la delicada tarea de formar a los peruanos dentro de los principios de la democracia social, brindar estímulo, ayuda y oportunidades para que el educando acreciente su conocimiento de la vida democrática. Le corresponde al mismo proporcionar una educación en el conocimiento de nuestra plural riqueza cultural y potencialidades como país y como nación¹¹⁴.

En este párrafo se reitera sobre la responsabilidad y la función que le toca asumir al magisterio nacional.

En el numeral 2 referido a la descripción del contenido, hace referencia a formación profesional del maestro y la carrera pública del profesorado, donde se establece “la Carrera Pública del Profesorado con un escalafón de ocho niveles y dos áreas para el ejercicio profesional, que son la docencia y administración de la educación”¹¹⁵. Así mismo, hace referencia sobre el ascenso automático del profesor del nivel I al II, declarando que de manera excepcional los docentes que

114 PERÚ. Ley n.º 24029 (Ley del Profesorado), de 14 de diciembre de 1984, disponible en [<http://www.minedu.gob.pe/normatividad/leyes/Ley24029.php>].

115 Ídem.

laboran en zonas de frontera de selva y áreas rurales de mayor altitud tengan ascenso automático.

En el numeral 3 hace referencia a la jornada laboral del docente de aula especificando que la labor del docente implica además toda una tarea de preparación de clase material educativo, evaluación, coordinaciones profesionales internas y solución a los problemas de enseñanza de los educandos. Finalmente, hace referencia al desempeño profesional, asociación y sindicalización, estímulos, régimen del profesorado y profesionalización del docente intitulado. Debemos puntualizar que la exposición de motivos al hacer referencia al régimen del profesorado señala que los derechos del profesorado particular son iguales a los de los docentes que se encuentran al servicio del Estado, esto es a percibir remuneraciones y a tener iguales derechos y obligaciones.

El legislador no hace mención alguna sobre las diferencias que aparecen en el contenido de la ley, diferencias referidas al docente varón y mujer, notamos que en la exposición de motivos de la presente ley se hacen referencias parciales a muchos aspectos, lo que denota que no justifican el proceso discriminatorio.

Estos fundamentos se han mantenido a través del tiempo, que ha sido testigo de las modificaciones que ha sufrido la ley en mención. En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley 25212 existe un pronunciamiento en el siguiente sentido:

El magisterio no es solo un tipo de profesión u ocupación, sino que significa una vocación de vida, una identificación con ideales permanentes de perfeccionamiento que lleven a preparar generaciones de hombres y mujeres entrañados con los valores humanos, el amor al suelo patrio y el anhelo de contribuir al engrandecimiento nacional. El profesional de la educación no compromete simplemente horas de trabajo a la labor educativa, compromete su vida a la formación de una sociedad de hombres y mujeres plenamente realizados, con personalidades integradas y fecundas¹¹⁶.

Las normas jurídicas, pese a reflejar de manera contundente la existencia de aspectos discriminatorios por razón de género, no bastan

116 Perú. Ley n.º 25212 (Ley del Profesorado), de 18 de mayo de 1990, *Diario Oficial El Peruano* n.º 3.573, de 20 de mayo de 1990.

para determinar la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, si tomamos en cuenta que este no se reduce, como ya lo mencionáramos en el capítulo precedente, a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento racional, sino que la igualdad ante la ley tiene un carácter relativo y proporcional.

Es decir, que el establecimiento de una diferenciación basada en grupos de personas o determinadas circunstancias exige un análisis concienzudo que permita determinar dicho trato desigual compromete derechos fundamentales, esto considerando que no todo trato de esta naturaleza es discriminatorio, con este fin opera el principio de proporcionalidad a través de sus tres subprincipios.

En base a lo mencionado, podemos manifestar que en la exposición de motivos de la ley recogida en el cuadro precedente, no existe ninguna explicación lógica que sustente la necesidad de introducir un trato desigual entre hombres y mujeres, por lo que nos corresponde, en mérito al principio de proporcionalidad, explicar por qué afirmamos que la Ley 24029 (modificada por la Ley 25212) y su reglamento, introducen normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley.

Como consta en el capítulo anterior, el derecho a la igualdad no está restringido a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento; esto, tomando en cuenta que la igualdad tiene un carácter relativo, pero además proporcional, y es precisamente este último aspecto el que ha sido obviado en el artículo materia de análisis.

En efecto, al establecerse la diferenciación entre varones y mujeres docentes para solicitar el 50% de la compensación por tiempo de servicios no existe justificación lógica, siendo incoherente el medio y el fin, afectándose, en tal sentido, derechos e intereses, los que a su vez se ven dañados de manera significativa en proporción al bien común que se pretende perseguir.

Al establecerse la diferenciación entre varones y mujeres docentes para acumular los años de estudios de formación profesional al tiempo de servicios, no existe coherencia entre el medio y el fin, y se afectan derechos e intereses, produciéndose un daño significativo a los mismos, en relación al bien común perseguido. El derecho a la igualdad está restringido a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento.

Se debe resaltar que los docentes (varones y mujeres) cumplen la misma función al ejercer el cargo de docente según su nivel y especialidad, lo que implica la obligación de otorgarles los mismos derechos en igualdad de condiciones y oportunidades.

Finalmente, en este acápite, se debe resaltar que los docentes (varones y mujeres) al cumplir determinados años de servicio están igualmente capacitados para cumplir funciones inherentes a la gestión institucional o pedagógica, lo que implica la obligación de otorgarles las mismas oportunidades.

B. Ley 29062 de la Carrera Pública Magisterial

La Ley 29062 introduce modificatorias a la Ley 24029 respecto a la Carrera Pública Magisterial. En la Exposición de Motivos en su párrafo cuarto que le da sustento se resalta de manera contundente:

... como consecuencia de la política de flexibilización laboral, expresión jurídica del neoliberalismo económico para regular las relaciones de trabajo, se ha producido una sistemática conculcación de derechos laborales, no solo de aquellos provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, sino también de los instituidos por normas legales y normas administrativas de menor rango. Por tanto, es conveniente restablecerlos para contribuir al fortalecimiento de la seguridad jurídica, tan necesaria en un estado de derecho¹¹⁷.

Por otro lado, más sorprendente se tiene cuando en el décimo párrafo señala que:

Se destaca que el numeral 2, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que garantiza el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación por ninguna condición, que consagra el principio de a igual razón, igual derecho fundamento que es totalmente contradictoria con el contenido de la ley, toda vez que existen disposiciones discriminatorias por razones de régimen y condición laboral de los docentes del magisterio nacional¹¹⁸.

117 PERÚ. Ley n.º 29062, “Ley que modifica la ley del profesorado en lo referido a la carrera pública magisterial (derogada por Ley 29944)”, *Diario Oficial El Peruano* n.º 9.899, de 12 de julio de 2007, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/118400-29062>].

118 Ídem.

La ley en comentario es sorprendente porque ha introducido normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando, así el derecho a la igualdad ante la ley, pese a estar sustentada en fundamentos tan loables como los antes mencionados. Para resaltar el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación por ninguna condición en el 9.º y 10.º párrafo de su exposición de motivos, aunque esta referencia esté vinculada a la situación de los docentes contratados frente a los nombrados.

Las normas jurídicas reflejan de manera contundente la existencia de aspectos discriminatorios por razón de género, no basta para determinar la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, si tomamos en cuenta que este no se reduce, como se explicó, a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento racional, sino que la igualdad ante la ley tiene un carácter relativo y proporcional.

En base a lo mencionado, podemos manifestar una vez más que en la exposición de motivos de la ley recogida en el cuadro precedente, no existe ninguna explicación lógica que sustente la necesidad de introducir un trato desigual entre hombres y mujeres, por lo que nos corresponde, en mérito al principio de proporcionalidad, explicar por qué afirmamos que la Ley 29062 introduce normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley.

Debiendo resaltar previamente que la ley en análisis reproduce el artículo 13 inciso r contenido en la Ley 24029, y en cierto modo artículo 52 contenido en la Ley 25212, ambos recogidos en el Decreto Supremo 019-90- ED; pese a que dichos artículos introducen normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho de igualdad ante la ley, como se explicó ampliamente en el apartado precedente.

Se debe destacar una vez más que los docentes (varones y mujeres) cumplen la misma función al ejercer el cargo de docente según su nivel y especialidad, lo que implica la obligación de otorgarles los mismos derechos en igualdad de condiciones y oportunidades. Hasta aquí se ha ubicado y analizado los artículos de las Leyes 24029, 25212 y 29062 que vulneran el derecho a la igualdad ante la ley, del estudio se desprende que no existe coherencia contra los fundamentos expuestos en el preámbulo o llamado exposición de motivos de las leyes en mención, es decir, no se ha tomado en cuenta que este constituye la parte expositiva que antecede a la normativa.

Aunque no existe unanimidad al respecto, existe una corriente más o menos mayoritaria que sostiene que el preámbulo no forma parte de la norma ni es obligatorio, pero es de uso habitual y puede ser utilizado para el análisis o interpretación de la norma. La razón de ser del preámbulo o exposición de motivos deriva de la necesidad de evitar la arbitrariedad en la sanción de normas y en la obligación de legislador de exponer las razones que han llevado a su sanción y las finalidades de la misma. Por su naturaleza el preámbulo toma muchas veces la característica de un programa a ser realizado por la norma que le sigue. Una exposición de motivos es la explicación y justificación clara y precisa del por qué y para qué se sanciona la ley. Situación que no ha sido recogida ni plasmada por el legislador.

C. Ley 29944 de la reforma magisterial que deroga las leyes 24029, 25212 y 29062

La ley en mención recoge de manera expresa el objeto y principios de la misma. Según el primero, busca normar las relaciones entre el Estado y los profesores que prestan servicios en las instituciones y programas educativos públicos de educación básica y técnico productivo y en las instancias de gestión educativa descentralizada.

Respecto a los principios, se debe resaltar el vinculado al derecho laboral, pues este precisa que las relaciones individuales y colectivas de trabajo, aseguran la igualdad de oportunidades y la no discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda insalvable.

Sin embargo, su constitucionalidad está cuestionada. En efecto, existe una demanda de inconstitucionalidad signada con el número 20-012 e ingresada el 5 de diciembre de 2012, que sustenta la contravención de diversas normas de la Constitución de 1993, de las que a efecto del presente trabajo nos interesa aquella asociada a los artículos 2.º inciso 2.º y 26 inciso 1.º. Según la demanda, estas dos normas son conculcadas por la cuarta disposición complementaria, transitoria y final de la Ley 29944, la cual expresa lo siguiente: “Los profesores comprendidos en el I, II, III, IV y V nivel magisterial de la Ley 29062

son ubicados respectivamente en la segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta escalas magisteriales de la presente Ley”¹¹⁹.

En relación a la disposición antes considerada, se dice de manera específica:

Lo que esto conlleva es que los profesores de los cinco primeros niveles de la Ley 29062 son ascendidos a una escala, respectivamente, en la Ley 29944. Esto no está mal. Se está respetando el trabajo, la dignidad el estatus de los profesores de la Ley 29062, al estimularlos con un ascenso automático a la escala inmediata superior en la nueva ley. Lo que está mal, es que no se otorgue el mismo trato a los profesores de la Ley 24029, a los que más bien se les maltrata bajándoles, de nivel reduciéndoles la remuneración¹²⁰.

Queda claro que no existe ninguna justificación objetiva que sustente una diferencia atendible. Recordemos lo consignado en el apartado sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 02974-2010-AA/TC:

En el ámbito constitucional el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

En la demanda que venimos comentando, se sustenta la vulneración del derecho de igualdad ante la ley, pues de un modo lesivo a los profesores de la Ley 24029, a pesar de que en el artículo 41 literal a dispo-

119 PERÚ. Ley n.º 29944, “Ley de Reforma Magisterial”, de 24 de noviembre de 2012, disponible en [<https://www.minedu.gob.pe/reforma-magisterial/pdf-ley-reforma-magisterial/ley-29944.pdf>].

120 PERÚ. Ley n.º 29062, “Ley que modifica la ley del profesorado en lo referido a la carrera pública magisterial (derogada por Ley 29944)”, cit.

ne que los profesores tienen derecho a desarrollarse profesionalmente sobre la base del mérito y sin discriminación de cualquier índole.

En lo que concierne a las asignaciones por tiempo de servicios, también se identifican aspectos discriminatorios, que es imprescindible resaltar. El contenido de las normas jurídicas recogidas en el cuadro precedente da cuenta de los cambios significativos que se presentan respecto al otorgamiento de las asignaciones por años de servicio.

Por un lado, la Ley 29944 elimina las normas jurídicas discriminatorias por razón de género; sin embargo, por otro, reduce de manera significativa el número de remuneraciones a percibir según los años de servicio en perjuicio de algunos profesores, e incrementa las remuneraciones en beneficio de otros.

Esta situación se aprecia claramente al observar el artículo 213 del Decreto Supremo 019-90-ED, que hace referencia a la posibilidad de obtener en caso de mujeres dos y tres remuneraciones al cumplir 20 y 25 años de servicios respectivamente; y en el caso de los varones, dos y tres remuneraciones al cumplir 25 y 30 años de servicios respectivamente.

En el caso de la Ley 29062, las mujeres y varones tenían derecho a percibir una remuneración al cumplir 20 y 25 años de servicios respectivamente, y por haber cumplido 25 años de servicio en caso de mujeres y 30 años en caso de varones, dos remuneraciones, respectivamente. De ello se desprende que ahora solo se beneficiarán con dos remuneraciones al cumplir 25 años de servicios las mujeres y dos al cumplir 30 años los varones.

Por otro lado, en el tema de las remuneraciones se aprecia visiblemente la existencia de discriminación asociada al régimen y condición laboral. En efecto, como ya se mencionó, la vulneración del derecho a la igualdad ante ley no se reduce a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento racional, sino que la igualdad ante la ley tiene un carácter relativo y proporcional. Es decir, que al establecerse una diferenciación basada en grupos de personas exige un análisis minucioso que permita determinar si dicho trato desigual compromete derechos fundamentales, esto considerando que no todo trato de esta naturaleza es discriminatorio.

En este caso específico, la Ley 29944 incorpora una diferenciación sin explicación objetiva, entre los profesores contratados y los nombrados, lo que afecta, sin lugar a dudas, el tema de las remuneraciones.

De manera específica, podemos hacer referencia al artículo 78 de la Ley 29944, el mismo que respecto a las remuneraciones del profesor contratado señala:

El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Educación, determina la remuneración del profesor contratado. Esta remuneración puede alcanzar hasta el valor establecido para la primera escala magisterial.

En el caso de los profesores que labore menos de la jornada de trabajo, dicho pago se realiza en forma proporcional a las horas contratadas.

En tal sentido, se debe recordar que antes de la promulgación de la ley que venimos comentando, los profesores contratados tenían los mismos derechos remunerativos que los nombrados. Respecto a las remuneraciones, no se debe perder de vista el fundamento tercero de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29944, pues según el mismo, conforme a la primera y cuarta disposiciones complementarias, transitorias y finales de la Ley 29944, se rebaja el nivel, se reduce la remuneración, y se discrimina a los profesores de la Ley 24029 que constituye el 80% del todo el magisterio.

En los casos mencionados, se tiene que la Ley 29944 no tiene aún un reglamento. Al respecto, teniendo en cuenta los antecedentes, podríamos deducir que este se aprobará varios años después. Además, que en la actualidad, pese a que la ley mencionada ya fue publicada, se siguen aplicando las normas jurídicas contenidas en las Leyes 24029 y 29062, y los respectivos reglamentos.

II. DECRETO SUPREMO QUE INTRODUCE NORMAS JURÍDICAS DISCRIMINATORIAS POR RAZÓN DE GÉNERO VULNERANDO EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Con la finalidad de regular el proceso de concurso público para cubrir los cargos de directores de las Unidades de Gestión Educativa Local en todo el Perú, se ha emitido el Decreto Supremo 018-2006-ED, que introduce normas jurídicas discriminatorias por razón de

género, vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, como figura en la tabla siguiente:

TABLA 3. Decreto Supremo 018-2006-ED

Disposición discriminatoria por razón de género
Decreto Supremo 018-2006-ED
Artículo 12: Requisitos Mínimos de Postulación.
b) Haber desempeñado la función docente oficial por un tiempo no menor de 15 años de servicios los varones y 12,5 las mujeres, a la fecha de la presentación del expediente...

Lo dispuesto en el cuadro precedente da cuenta de la existencia de una norma jurídica discriminatoria por razón de género; lo que nos basta para determinar vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, tomando en cuenta que este, como ya lo mencionáramos, no se reduce a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento racional, sino que la igualdad ante la ley tiene un carácter relativo y proporcional.

Es decir, que el establecimiento de una diferenciación basada en grupos de personas o determinadas circunstancias exige un análisis concienzudo que permita determinar si dicho trato desigual compromete derechos fundamentales, esto considerando que no todo trato de esta naturaleza es discriminatorio, con este fin opera el principio de proporcionalidad a través de sus tres subprincipios.

En base a lo mencionado, podemos manifestar que en el decreto supremo que venimos comentando, no existe justificación que sustente la necesidad de introducir un trato desigual entre varones y mujeres, por lo que nos corresponde, en mérito al principio de proporcionalidad, hacer el análisis correspondiente. El derecho a la igualdad no está restringido a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento; esto tomando en cuenta que la igualdad ante la ley tiene un carácter relativo, pero además proporcional. Y es precisamente este último aspecto que ha sido obviado en el artículo materia de análisis.

En efecto, al establecerse la diferenciación entre varones y mujeres docentes para acceder a un cargo directivo, existe incoherencia entre el medio y el fin afectándose derechos e intereses, lo que implica además en un daño significativo a los mismos, en relación al bien común que se pretende alcanzar.

Se debe resaltar que los docentes (varones y mujeres) al cumplir determinados años de servicio, están capacitados en igualdad de condiciones para cumplir funciones inherentes a un cargo de dirección, lo que implica la obligación de otorgarles las mismas oportunidades.

III. LEY UNIVERSITARIA 30220 Y DECRETO SUPREMO 0341-2019-2019-EF

Promulgada y publicada el 8 de julio de 2014, en el capítulo VIII al referirse sobre los derechos del docente universitario, ha omitido regular sobre los beneficios sociales del docente. Después de cinco años de reclamos y movilizaciones de la docencia universitaria, se emite el Decreto Supremo 0341-2019-EF en 2019 que restituye de manera parcial los beneficios sociales a favor del docente universitario; sin embargo, resulta discriminatorio frente a otros servidores de la administración pública. Además, esta norma no resuelve el problema de los docentes que han cumplido 25 y 30 años de servicios al Estado, así como si han fallecido los propios docentes o familiares directos, no tiene derecho al subsidio por luto y gastos de sepelio por el periodo de julio de 2014 a noviembre de 2019, ya que, si bien restituye parcialmente algunos derechos, no es aplicable bajo la premisa de que las normas no se aplican de manera retroactiva.

IV. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA IMPOSIBILIDAD DE RECLAMAR EN LA VÍA ADMINISTRATIVA O JUDICIAL POR LA DISCRIMINACIÓN DE IURE PRODUCIDA

Como se mencionó a lo largo de este trabajo, existen dos tipos de discriminación asociados a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley: discriminación *de facto* y discriminación *de iure*. La presente investigación gira alrededor de la segunda, situación que claramente imposibilita al docente afectado a reclamar en la vía administrativa o judicial, porque la discriminación estudiada no le permite de manera directa a ejercer medios de defensa.

Si se tienen en cuenta las Leyes 24029, 25212, y 29062, y los respectivos reglamentos, se puede manifestar que en un período superior a 30 años no existe ningún caso en el que los docentes varones hayan

intentado ejercer, por la vía administrativa, los derechos definidos en las leyes en mención; a pesar de que existen los mecanismos pertinentes que tienen sustento constitucional.

Por otro lado, la Ley 29944 denominada Ley de la Reforma Magisterial también contiene disposiciones discriminatorias, si bien ya no por razón de género, sino por el régimen laboral, es decir, frente a los servidores del sector público que laboran bajo los alcances del Decreto Legislativo 276¹²¹.

Relacionado a la educación superior universitaria, en la Ley Universitaria 3020 que deroga a la Ley 23733, el legislador omite normar lo concerniente a los beneficios sociales referidos a la bonificación por haber cumplido 25 y 30 años de servicios al Estado, subsidio por luto, gastos de sepelio y la compensación por tiempo de servicios –CTS–. Recién en noviembre de 2019 se emite el Decreto Supremo 0341-2019-EF, que reconoce parcialmente dichos derechos; sin embargo, sigue latente la discriminación frente a otros servidores públicos, lo más irónico es de que el Poder Legislativo al no haber legislado sobre dichos derechos, pese a que la ley anterior si reconocía, ha generado perjuicios a muchos docentes universitarios que han cumplido 25 o 30 años de servicios al Estado o que hayan perdido a sus familiares directos o el propio docente ha fallecido, no pueden reclamar el pago de dichos derechos porque la norma no reconocía por el periodo de julio de 2014 hasta el 22 de noviembre de 2019, es decir, existe un vacío. Frente a esta situación, la docencia universitaria viene reclamando la reivindicación de dichos derechos.

En efecto, según el artículo 2.º inciso 20 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a: “... formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal...”. De manera específica el texto único ordenado de la Ley 27444, regula el procedimiento administrativo general al que se puede recurrir para ejercer derecho de petición. El artículo 117, numeral 117.2 prescribe textualmente:

121 PERÚ. Decreto Legislativo n.º 276, “Por el que se promulga la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneración del sector público”, 6 de marzo de 1984, *Diario Oficial El Peruano* n.º 1.177, de 24 de marzo de 1984, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/rree/normas-legales/1393-276>].

El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

De haber ocurrido lo contrario, la entidad administrativa (UGEL o Dirección Regional de Educación) respetuosa del principio de legalidad, hubiera tenido que denegar las peticiones, ello considerando que el artículo 118 de la Ley 27444, que señala:

Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

Sin embargo, es preciso resaltar que, en el ámbito judicial, sin desconocer al principio en mención, los jueces tienen la potestad de aplicar al control difuso, el mismo que fue explicado ampliamente en el capítulo tercero. Pues queda claro, según lo manifestado por el Tribunal Constitucional, que:

... el control difuso de constitucionalidad de las normas constituye un poder - deber del juez a quien nuestra Carta Magna ha habilitado para preservar el principio de supremacía constitucional y en general el principio de jerarquía de las normas de acuerdo a lo estipulado en el 188 artículo cincuenta y uno de nuestra Constitución Política.

Cabe advertir que la posibilidad de acceder a la vía judicial a través de un proceso contencioso administrativo está permitida por la ley. Así, el artículo 4.º del Texto Único Ordenado que regula el proceso contencioso administrativo (en adelante TUO) aprobado por Decreto Supremo 013 2008-JUS, dice expresamente: “conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada

en ejercicio de potestades administrativas”¹²². De manera específica, el TJO señala que son impugnables entre otras las siguientes actuaciones administrativas:

- Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
- El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
- La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
- La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
- Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

Mientras que en el artículo 5.º del TJO se prevén las pretensiones que pueden ser planteadas para obtener lo siguiente:

- La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
- El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
- La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
- Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

122 PERÚ. Decreto Supremo n.º 013-2008-JUS, “Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificada por el D. Leg. N.º 1067”, 29 de agosto de 2018, *Diario Oficial El Peruano* n.º 10.342, de 29 de agosto de 2008, disponible en [<https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Ley%2oque%2oRegula%2oel%2oProceso%2oContencioso%2oAdministrativo.pdf>].

- La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 251 del TUO de la Ley 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.

En tal sentido, queda el control concentrado de constitucionalidad, explicado ampliamente en el capítulo tercero, como la posibilidad de eliminar del sistema las normas inconstitucionales a las que venimos haciendo referencia. Pese ello, los docentes perjudicados no emplearon este mecanismo.

TABLA 4. Normas jurídicas discriminatorias asociadas al género introducidas por las Leyes 24029, 25212, 29062, 29944 y sus reglamentos (caso de docentes de educación básica regular)

Ley 24029 (modificada por la Ley 25212 y su reglamento Decreto Supremo 019-890-ed)	Ley 29062 (Ley Carrera Pública Magisterial)	Ley 29944 (Reforma Magisterial)
<p><i>Artículo 13 inciso r concordante con el artículo 215 del D.S. 019-90-ED</i></p> <p>Recibir un adelanto del cincuenta por ciento de la remuneración compensatoria por los años de servicios, a partir de los doce y medio (12.5) para las mujeres y de los quince (15) años para los varones, prestados al momento de solicitarlo.</p>	<p><i>Artículo 31 inciso r</i></p> <p>Recibir un adelanto del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración compensatoria por años de servicios, a partir de los doce y medio (12.5) años para las mujeres y de los quince (15) años para los varones.</p>	<p>No menciona</p>

<p><i>Artículo 43 concordante con el artículo 185 del D.S. 019-90-ED</i></p> <p>- “El ascenso del primer al segundo nivel de la carrera es automático al cumplir el tiempo mínimo de permanencia establecido para ese nivel. Los ascensos entre el segundo y el quinto nivel se realicen mediante evaluación, al haber cumplido el tiempo mínimo de permanencia real y efectivo establecido para cada nivel. Para los Profesores o Licenciados en Educación, los años de estudios de formación profesional son acumulados al tiempo de servicios a partir de los doce y medio (12.5) años de servicios para las mujeres y de los quince (15) años para los varones”.</p>	<p>No menciona</p>	<p>No menciona</p>
<p><i>Artículo 52 concordante con el artículo 213 del D.S. 019-90-ED</i></p> <p>“... el profesor tiene derecho a percibir dos remuneraciones íntegras al cumplir 20 años de servicios, la mujer, y 25 años de servicios, el varón; y tres remuneraciones íntegras, al cumplir 25 años de servicios, la mujer, y 30 años de servicios, los varones”.</p>	<p><i>Artículo 51</i></p> <p>El profesor tiene derecho a percibir una remuneración íntegra al cumplir veinte (20) años de servicios la mujer; y veinticinco (25) años de servicio el varón; asimismo, dos (2) remuneraciones íntegras, al cumplir veinticinco (25) años de servicio la mujer y treinta (30) años de servicio el varón.</p>	<p><i>Artículo 59</i></p> <p>El profesor tiene derecho a:</p> <p>a) Una asignación equivalente a dos (2) RIM de su escala magisterial, al cumplir veinticinco (25) años por tiempo de servicios.</p> <p>b) Una asignación equivalente a dos (2) RIM de su escala magisterial al cumplir treinta (30) años por tiempo de servicios.</p>

<p><i>Artículo 53 concordante con el artículo 244 del D.S. 019.90-ED</i></p>	No menciona	No menciona
<p>“... para desempeñar un cargo de confianza, de los establecidos en el Capítulo IV, Título III, del Decreto Legislativo n.º 217, se requiere como mínimo tener título de profesor y haber desempeñado la función docente oficial por un tiempo no menor de 15 años de servicios los varones y 12,5 años las mujeres. El nombramiento no está sujeto a ningún otro requisito. Al dejar el cargo de confianza se reintegrará al que tenía en la Carrera Pública del Profesorado”.</p>	<p><i>Artículo 12 del Decreto Supremo 018-2006-ED</i></p> <p>“Requisitos Mínimos de Postulación [...]”</p> <p>b) Haber desempeñado la función docente oficial por un tiempo no menor de 15 años de servicios los varones y 12,5 las mujeres, a la fecha de la presentación del expediente...”</p>	

Las normas jurídicas recogidas en la tabla precedente reflejan de manera con contundencia la existencia de aspectos discriminatorios por razón de género. Queda en evidencia, la intención del legislador que los docentes puedan solicitar el 50% de su compensación por tiempo de servicios, en tal caso las mujeres podrán acceder a dicho beneficio al cumplir los 12,5 años de servicios, mientras que los varones requieren el cumplimiento de 15 años.

En el segundo caso, las mujeres podían ascender con antelación al cuarto nivel al cumplir 12,5 años de servicio para acumular cuatro o tres años al mismo gracias a su formación profesional; sin que exista ninguna justificación que avale el hecho de que los varones deban cumplir 15 años de servicios para que se produzca la acumulación respectiva.

En el tercer supuesto, las docentes mujeres podrán acceder a la bonificación equivalente a dos remuneraciones totales íntegras al cumplir 20 años de servicios y tres remuneraciones totales al cumplir 25 años de servicios. Este mismo derecho le es asignado a los docentes varones con la diferencia de lo podrán hacer efectivo al cumplir 25 y 30 años, respectivamente.

En el cuarto caso, las docentes mujeres podían acceder a cargos administrativos al haber desempeñado la función docente por un tiempo no menor de 12,5 años, en relación a la exigencia de 15 años en el caso de docentes varones. Si bien este punto no ha sido considerado en las Leyes 29062 y 29944; el artículo 12 del Decreto Supremo 018-2006-ED, sí consideró en los requisitos para postular a una plaza de director de una UGEL el haber desempeñado la función docente oficial

por un tiempo no menor de 15 años de servicios los varones y 12,5 las mujeres, a la fecha de la presentación del expediente.

En la exposición de motivos de las normas legales estudiadas, no existe ninguna explicación lógica que sustente la necesidad de introducir un trato desigual entre hombres y mujeres. Si bien el objetivo general es legítimo y constitucional, sin embargo, no existe coherencia al momento de beneficiar con las normas citadas a las mujeres frente a los varones.

TABLA 5. Normas jurídicas discriminatorias asociadas al régimen laboral introducidas por la Ley 29944 frente a otros servidores públicos regulados por el Decreto Legislativo 276 y su reglamento (caso de docentes de educación básica regular)

Ley 29944 (Reforma Magisterial)	Decreto Legislativo 276 y su reglamento
<p>Artículo 59</p> <p>Asignación por tiempo de</p> <p>El profesor tiene derecho a:</p> <p>a) Una asignación equivalente a dos (2) RIM de su escala magisterial, al cumplir veinticinco (25) años por tiempo de servicios.</p> <p>b) Una asignación equivalente a dos (2) RIM de su escala magisterial al cumplir treinta (30) años por tiempo de servicios.</p>	<p>Artículo 54. Son beneficios de los funcionarios y servidores públicos: a) Asignación por cumplir 25 o 30 años de servicios: se otorga por un monto equivalente a dos remuneraciones mensuales totales, al cumplir 25 años de servicios, y tres remuneraciones mensuales al cumplir 30 años de servicios. Se otorga por única vez en cada caso.</p>
<p><i>Decreto Supremo 004-2013-ED Reglamento de La Ley 29944</i></p> <p>Artículo 135 Subsidio por luto – sepelio. El subsidio por luto - sepelio consiste en un solo beneficio que se otorga, a petición de parte, en los siguientes casos...</p>	<p>Artículo 144. El subsidio por fallecimiento del servidor se otorga a los deudos del mismo por un monto de tres remuneraciones totales, en el siguiente orden excluyente: cónyuge, hijos, padres o hermanos. En el caso de fallecimiento de familiar directo del servidor: cónyuge, hijos o padres, dicho subsidio será de dos remuneraciones totales.</p> <p>Artículo 145. El subsidio por gastos de sepelio será de dos (2) remuneraciones totales, en tanto se dé cumplimiento a lo señalado en la parte final del inciso j) del artículo 142, y se otorga a quien haya corrido con los gastos pertinentes.</p>

En la tabla anterior se expresa un primer caso, donde los servidores públicos de cualquier sector tienen derecho a una asignación por cumplir 25 o 30 años de servicios equivalente a dos remuneraciones mensuales totales al cumplir 25 años de servicios y tres remuneraciones mensuales al cumplir 30 años de servicios. En cambio, el personal docente regulado por la Ley 29944 que en realidad es todo el magisterio, tiene derecho a una asignación equivalente a dos remuneraciones integrales mensuales al cumplir 25 años de servicios y una asignación equivalente a dos RIM al cumplir 30 años de servicios. De la comparación, se tiene que un servidor público recibe entre 25 y 30 años de servicios en total cinco remuneraciones totales mensuales; en cambio, la docencia por los mismos años de servicios, cuatro RIM. Hecho el estudio de la exposición de motivos de la Ley 29944, no expresa las razones del por qué al docente le conceden dos RIM al cumplir 30 años de servicios.

En el segundo supuesto está referido al subsidio por luto y gastos de sepelio. Aquí todo servidor público al momento de su fallecimiento se otorga a los deudos del mismo por un monto de tres remuneraciones totales y en caso de fallecimiento de familiar directo del servidor (cónyuge, hijos o padres), dicho subsidio será de dos remuneraciones totales. Respecto al subsidio por gastos de sepelio, será de dos remuneraciones totales, en total cinco remuneraciones totales mensuales. En cambio, para el docente tanto por luto y sepelio, consiste en un solo beneficio de 3.000 soles. Caso totalmente desproporcional.

TABLA 6. Normas jurídicas discriminatorias asociadas régimen laboral introducidas en el Decreto Supremo 341-2019-EF frente a otros servidores públicos regulados por el Decreto Legislativo 276 y su reglamento (caso de docentes de la educación superior universitaria)

<p><i>Decreto Supremo 341-2019-EF</i></p> <p>Artículo 3.1. Fijese en S/ 3. 000,00 (tres mil y 00/100 soles) el monto de la bonificación por sepelio y luto, esta bonificación es otorgada por fallecimiento del docente ordinario o de su familiar, sea su cónyuge o conviviente reconocido por ley, sus padres o hijos...</p>	<p><i>Decreto Legislativo 276 y su reglamento</i></p> <p>Artículo 144. El subsidio por fallecimiento del servidor se otorga a los deudos del mismo por un monto de tres remuneraciones totales, en el siguiente orden excluyente: cónyuge, hijos, padres o hermanos. En el caso de fallecimiento de familiar directo del servidor: cónyuge, hijos o padres, dicho subsidio será de dos remuneraciones totales.</p> <p>Artículo 145. El subsidio por gastos de sepelio será de dos (2) remuneraciones totales, en tanto se dé cumplimiento a lo señalado en la parte final del inciso j) del artículo 142, y se otorga a quien haya corrido con los gastos pertinentes.</p>
--	--

En la tabla que precede, se expresan los derechos que tienen los servidores públicos referido al subsidio por luto y gastos de sepelio, aquí, todo servidor público al momento de su fallecimiento se otorga a los deudos del mismo por un monto de tres remuneraciones totales y en caso de fallecimiento de familiar directo del servidor: cónyuge, hijos o padres, dicho subsidio será de dos remuneraciones totales. Respecto al subsidio por gastos de sepelio será de dos remuneraciones totales, en total cinco remuneraciones totales mensuales. En cambio, para el docente universitario tanto por luto y sepelio otorgan un solo beneficio de 3.000 soles. El Ejecutivo al momento de emitir el D.S. 341-2019-EF publicado el 22 de noviembre de 2019 olvida de que este derecho bajo la vigencia de la Ley Universitaria 23733 se otorgaba tan igual a los otros servidores públicos; lo que resulta también siendo no proporcional y afectando los derechos de la docencia universitaria.

CAPÍTULO QUINTO**Discusión de resultados**

Es evidente que las normas jurídicas materia de estudio, es decir, aquellas vinculadas al sector educación relativas al personal docente, son inconstitucionales por introducir aspectos discriminatorios por razón de género, condición y régimen laboral. Los que sin embargo, no son suficientes para determinar la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, pues este tiene un carácter relativo y proporcional que se traduce en la necesidad de determinar si realmente se presenta un trato desigual comprometiendo derechos fundamentales. Lo que en efecto se realizó en la presente investigación, utilizando, en lo pertinente, el principio de proporcionalidad a través de sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En efecto, luego de analizar minuciosamente las normas jurídicas vinculadas al sector educación relativas al personal docente, se identificaron normas discriminatorias por razón de género, pues se evidencia la inexistencia de una justificación lógica, además de la incoherencia entre el medio y el fin, provocando la afectación de derechos de manera significativa en proporción bien común que se persigue. Se tiene de manera específica: el artículo 13 inciso 1 de la Ley 24029 modificada por la Ley 25212, y el artículo 215 de su respectivo reglamento, que introducen una diferenciación entre varones y mujeres

docentes para solicitar el 50% de la compensación por tiempo de servicios, si se toma en cuenta que las mujeres deben alcanzar 12,5 años de servicios, mientras que los varones 15 años.

En este caso, al verificar la exposición de motivos de la ley, se advierte que no existe justificación alguna para expresar la diferenciación entre el personal docente varón y mujer respecto a la acumulación de años de servicios para solicitar el derecho de compensación de tiempo de servicios, en consecuencia, esta discriminación por razón de género no tiene sentido; sin embargo, ha sido aceptado por los docentes varones, porque nunca han hecho reclamo alguno de ello lo que significa, en cierta forma hubo y hay aceptación y consentimiento por parte de los docentes en tal hecho.

El artículo 43 de la Ley 24029 modificada por la Ley 25212, y el artículo 185 del Decreto Supremo 019-90-ED que viene a ser su respectivo reglamento, determinan que las docentes mujeres pueden acumular los años de estudios de formación profesional al tiempo de servicios a partir de los 12,5 de servicios, mientras que los varones a los 15 años.

En este caso, igualmente no existe justificación por parte del legislador de la diferenciación entre docente mujer y varón del derecho que tienen para solicitar el reconocimiento de los años de estudios con fines de acumular dicho tiempo que duró. En este caso, a la par no existe justificación por parte del legislador de la diferenciación entre docente mujer y varón del derecho que tienen para solicitar el reconocimiento de los años de los estudios con fines de acumular dicho tiempo que duro los estudios superiores, como parte de los años de servicios.

Del estudio de las normas materia de investigación, se tiene que no existe razón ni lógica del porqué, los docentes varones tengan que solicitar el reconocimiento de los años de estudios profesionales para acumular como parte de los años de servicios después de dos años y medio más que las docentes mujeres, hecho que atenta directamente el derecho de igualdad ante la ley, es más, los docentes varones y mujeres asumen las mismas responsabilidades laborales y los mismos derechos, por tanto, esta diferenciación rompe toda relación de equidad e igualdad. Situación que tampoco ha sido reparada, ni reclamada por los docentes varones ya sea a nivel administrativo o judicial, lo que indica que también existe consentimiento.

El artículo 52 de la Ley 24029 modificada por la Ley 25212, y el artículo 213 del Decreto Supremo 019-90-ED, prescriben que la docente mujer tiene derecho a percibir dos remuneraciones íntegras al

cumplir 20 años de servicio y tres remuneraciones al cumplir 25 años, mientras que el varón, pese a cumplir la misma función al ejercer el cargo de docente según su nivel y especialidad, requiere cumplir 25 y 30 años de servicios, respectivamente.

Aquí se profundiza más la diferenciación o la llamada discriminación *de iure*, toda vez que el legislador no justifica las razones suficientes para que las docentes puedan tener derecho a percibir la bonificación especial por haber cumplido años de servicios antes que los docentes varones, es decir, con diferencia de cinco años menos; esto constituye una aberración legal contenida en la normatividad que regula la función docente.

El artículo 53 de la Ley 24029 modificada por la Ley 25212 y el artículo 244 del Decreto Supremo 019-90-ED, exigen la acumulación de años de servicio para acceder a un cargo de confianza dentro de la gestión educativa, introduciendo una diferencia entre docentes y mujeres. Los primeros deben acreditar el varón cumplimiento de 15 años de servicios, mientras que las docentes mujeres solo 12,5 años. De este modo, se desconoce que los docentes están igualmente capacitados para asumir funciones inherentes a la gestión institucional o pedagógica.

La Ley General de Educación 28044, la Ley del Profesorado, la Ley de la Carrera Pública Magisterial, así como la Ley 29944 llamada Ley de la Reforma Magisterial, han introducido que los docentes dentro de la función pública, además de cumplir funciones técnico-pedagógicas a nivel de aula, entre otros, también pueden cumplir funciones inherentes a la gestión educativa como especialista de educación o como directores de Unidades de Gestión Educativa Local o de la Dirección Regional de Educación; sin embargo, no existe justificación alguna para que las docentes mujeres tengan dicho derecho cuando hayan acumulado 12 años y medio, en cambio los docentes varones recién a los 15 años de servicios. En este caso existe una diferenciación muy marcada donde no se aplica la ley con criterio equitativo.

Según el artículo 31 inciso r de la Ley 29062, las mujeres docentes requieren alcanzar los 12,5 años de servicio y los varones 15 años para ejercer su derecho a recibir un adelanto del 50% de la remuneración compensatoria por años de servicios.

Percibir la compensación por tiempo de servicios es un derecho de todo docente, en este caso la norma materia de comentario dispone percibir como adelanto de la compensación, pero no existe justificación cuando la norma hace diferenciación del docente varón y mu-

jer, como son los casos anteriores, el docente varón para solicitar tal derecho deb tener dos años y medio más que las docentes mujeres. Igualmente, en la exposición de motivos de la ley, no está justificada la decisión del legislador.

Según el artículo 51 de la Ley 29062, las docentes mujeres tienen derecho a percibir una remuneración íntegra al cumplir 20 años de servicios y dos remuneraciones al cumplir 25 años; en el caso de los docentes varones, se requiere cumplir 25 y 30 años respectivamente. Es importante resaltar que esta norma rige solo para los docentes que han sido incorporados a la carrera pública magisterial, los que tendrán un beneficio económico inferior en relación a los docentes vinculados a la Ley 24029.

La presente ley, al igual que la 24029 modificada por Ley 25212, contiene una disposición diferenciadora entre docente varón y mujer para percibir la asignación especial por haber cumplido años de servicios, en este caso, la diferencia es de cinco años, situación que tampoco está sustentada en la exposición de motivos, por tanto, se desconoce el propósito del legislador.

El artículo 12 del Decreto Supremo 018-2006-ED, exige para postular al cargo de director de la Unidad de Gestión Educativa Local, haber desempeñado función docente oficial por 12,5 años a las mujeres y 15 años a los varones.

Por otro lado, respecto a la educación superior, la nueva Ley Universitaria 3020 que deroga a la Ley 23733, omite normar lo referido a los derechos sociales, en concreto los beneficios sociales referidos a la bonificación por haber cumplido 25 y 30 años de servicios al Estado, subsidio por luto, gastos de sepelio y la compensación por tiempo de servicios -CTS-. Años después, en noviembre de 2019 se emite el Decreto Supremo 0341-2019-EF, que reconoce parcialmente dichos derechos generando discriminación frente a otros servidores públicos, inclusive dejando sin este derecho a buen número de docentes de las universidades públicas que han cumplido 25 o 30 años de servicios al Estado o que hayan perdido a sus familiares directos o el propio docente ha fallecido, en este caso, sus familiares directos en el periodo de julio de 2014 hasta el 22 de noviembre de 2019, no pueden reclamar el pago de dichos derechos porque la norma no la reconocía.

Hasta aquí, se tiene que las pautas materia de estudio de manera contundente vulneran principios fundamentales, expresados en las normas como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Constitución Política en su inciso 2.º de su artículo 2.º que garantiza

el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación, así como la Ley 28983 que ha sido promulgada con la finalidad de establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida pública y privada, propendiendo a la plena igualdad.

La misma norma señala que la ley se basa en los principios fundamentales de igualdad, respeto por la libertad, dignidad, seguridad y vida humana, así como el reconocimiento del carácter pluricultural de la nación peruana. El Estado impulsa la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, considerando básicamente el reconocimiento de la equidad de género, desterrando prácticas, concepciones y lenguajes que justifiquen la superioridad de alguno de los sexos, así como todo tipo de discriminación y exclusión sexual o social, señala, además, la prevalencia de los derechos humanos, en su concepción integral, resaltando los derechos de las mujeres a lo largo de su ciclo de vida. Sin embargo, es evidente la trasgresión de derechos fundamentales del personal docente expresados en las normas que regula la función docente.

En este punto, es preciso reflexionar respecto a la promulgación de la Ley 29944, la misma que deroga las Leyes 24029, 25212, 29062, y los respectivos reglamentos.

En primer lugar, se debe resaltar la intención del legislador de suprimir los términos varón y mujer, que en efecto permitían la existencia de normas discriminatorias. Sin embargo, no consideraron que estos posibilitaron la adquisición de derechos, los que de manera arbitraria han sido eliminados. Como ejemplo ilustrativo de este último punto, se puede considerar a las mujeres docentes que a la fecha han cumplido 20 años de servicios exigidos para percibir dos remuneraciones integras, y a los docentes varones que han cumplido 25 años. Quienes en efecto no podrán ejercer su derecho, pues se pretende una aplicación retroactiva de la norma.

Además, como se mencionó en el tercer capítulo, la Ley 29944 es materia de una acción de inconstitucionalidad por introducir entre otras cosas normas discriminatorias, que a la fecha no ha sido resuelta. Existiendo al mismo tiempo una situación *sui generis* traducida en el hecho de que las leyes derogadas y los respectivos reglamentos siguen siendo aplicados, la nueva ley todavía no entra en vigencia, pues su reglamentación está prevista para el mes de febrero de 2013.

Respecto al reglamento, queda la duda, como ya fue mencionado, de si en efecto se cumplirá lo dispuesto en la xv Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, que prevé 90 días calendario para su emisión; pues lo frecuente dentro de nuestro sistema es el incumplimiento de las exigencias normativas.

La acción de inconstitucionalidad mencionada fue inaplicada para cuestionar las normas contenidas en las Leyes 24029, 25212, 29062, y los respectivos reglamentos, por introducir aspectos discriminatorios por razón de género. Pese a ser el único mecanismo posible para cuestionar la discriminación *de iure* presentada, pues el control difuso queda inactivo debido a que los docentes varones perjudicados no recurrieron a la vía administrativa ni judicial para ejercer sus derechos.

Ahora bien, bajo estos resultados surgen interrogantes que a través de futuros trabajos de investigación se deben profundizar sobre la función de los poderes legislativo y ejecutivo referido a la producción normativa, donde al respecto surgen interrogantes como: ¿qué grado de responsabilidad asumen los congresistas cuando incurren en omisión legislativa que afectan derechos fundamentales de los servidores públicos?, ¿cómo restituir los derechos fundamentales a los servidores públicos como consecuencia de la omisión legislativa?, ¿de qué manera se vulneran los derechos fundamentales de la docencia con normas discriminatorias por razón de régimen y condición laboral?, ¿resulta aplicativa la retroactividad de la ley cuando se trata de derechos fundamentales del servidor público?

CONCLUSIONES

Dentro de la estructura legislativa del Estado peruano existen normas jurídicas relativas al personal docente de educación básica regular y educación superior que vulneran el derecho a la igualdad ante la ley, introducir aspectos discriminatorios por razón de género, condición y régimen laboral; sin mediar justificación lógica, coherencia entre el medio y el fin, ni considerar la intensidad del daño que la medida legislativa puede causar a los derechos de las personas y el beneficio en relación al bien común.

La Ley 24029 modificada por la Ley 25212 (Ley de la Carrera del Profesorado), y la Ley 29062 (Ley de la Carrera Pública Magisterial), junto a sus respectivos reglamentos, han sido normas jurídicas discriminatorias por razón de género y régimen laboral, vulnerando el de-

recho a la igualdad ante la ley, al introducir diferencias entre varones y mujeres, si se toma en cuenta que a las docentes se exige 12,5 años de servicios y a los docentes 15 años para solicitar el 50% de la compensación por tiempo de servicios.

La Ley 24029 modificada por la Ley 25212 (Ley de la Carrera del Profesorado) y su respectivo reglamento, resultaron siendo normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante ley, pues exigen el cumplimiento de 20 años de servicios a las docentes mujeres y 25 años de servicios a los docentes varones para percibir dos remuneraciones integrales; y 25 años de servicios a las docentes mujeres, y 30 años de servicios a los docentes varones para percibir tres remuneraciones integrales; Lo mismo ocurre con la Ley 29062 (Ley de la Carrera Pública Ministerial).

Respecto a la bonificación por tiempo de servicios, la Ley 24029 modificada por la Ley 25212, asignaba en total cinco remuneraciones integrales tanto a los docentes varones, como a las docentes mujeres al cumplir los años de servicios exigidos por normatividad; mientras que la Ley 29062 otorga solo tres remuneraciones en las mismas condiciones, generando una situación discriminatoria en relación a la condición y régimen laboral, situación que mantiene la Ley 29944.

La Ley 24029 modificada por la Ley 25212 (Ley de la Carrera del Profesorado) y su respectivo reglamento, han sido normas jurídicas discriminatorias por razón de género vulnerando el derecho a la igualdad ante ley, al introducir diferencias entre varones y mujeres, ya que las docentes deben acumular los años de estudios de formación profesional al tiempo de servicios a partir de los 12,5 años, mientras que los docentes varones a los 15 años.

El Decreto Supremo 018-2006-ED resultó siendo una norma jurídica discriminatoria por razón de género, vulnerando el derecho a la igualdad ante y al exigir a las docentes mujeres acumular 12,5 años de servicios, y a los docentes varones 15 años para postular al cargo de director de la Unidad de Gestión Educativa Local.

La Ley 29944 introduce disposiciones discriminatorias por condición y régimen laboral, vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley al no otorgar el mismo derecho contenido en la Ley 24029, pues se les baja el nivel magisterial reduciendo sus remuneraciones, en relación a los docentes de la Ley 29062, como discrimina a los docentes respecto a los demás servidores públicos o referente al otorgamiento de la asignación por cumplir 25 y 30 años de servicios se reduce a cuatro

remuneraciones, cuando en el Decreto Legislativo 276 y su reglamento consideran en total cinco remuneraciones integrales.

La Ley Universitaria 30220 vulnera los derechos fundamentales del docente universitario al haber omitido regular sobre los beneficios sociales referidos a las bonificaciones por haber cumplido 25 y 30 años de servicios al Estado, subsidio por luto y gastos de sepelio, generando discriminación frente a otro servidor público.

El Decreto Supremo 0341-2019-EF es discriminatorio en perjuicio del docente universitario, al reconocer el pago por subsidio por luto y gastos de sepelio la suma única de 3.000 soles frente a otros servidores públicos que perciben el equivalente a dos remuneraciones integrales mensuales en cada caso.

La investigación da cuenta de la existencia de discriminación *de iure*, motivo que impide al personal docente reclamar en la vía administrativa o judicial por perjuicio causado. Quedando solo como alternativa el control centrado de constitucionalidad, mecanismo que no ha sido empleado por docentes del Magisterio Nacional ni los docentes universitarios durante la vigencia de las normas estudiadas.

RECOMENDACIONES

El Estado peruano debe promover la revisión de las normas jurídicas relativas al personal docente para derogar y/o modificar aquellas disposiciones que eran el derecho a la igualdad ante la ley.

El Magisterio Nacional y la docencia universitaria deben utilizar los mecanismos legales para reivindicar derechos sin discriminación alguna frente a las normas legales que regula el sector educación referido al personal docente.

Los dirigentes del Sindicato Único de Docentes y la Federación Nacional de Docentes Universitarios, deben reaccionar para defender a sus agremiados de disposiciones discriminatorias, es decir de aquellas que están contenidas en la norma.

En este orden de ideas, se abre un abanico de posibilidades para analizar los progresos que se han ido tendiendo a nivel nacional e internacional en relación con el derecho a la igualdad en el campo de la educación, principio fundamental que guía a las sociedades democráticas del momento; de allí se sugiere la continuación de futuros estudios sobre este campo de conocimiento.

REFERENCIAS

- AGUILAR BARRETO, ANDREA JOHANA y YURLEY KARIME HERNÁNDEZ PEÑA (eds.). *La investigación sociojurídica: un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el derecho*, Barranquilla (Colombia), Universidad Simón Bolívar, 2018, disponible en [<https://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/2274>].
- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. “La evolución del derecho a la jurisdicción constitucional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 4, 1981.
- ÁLVAREZ OBLEA, YESVI NOEMÍ. “Disparidad de criterios de los magistrados de la Corte Suprema en la aplicación del principio del interés superior del niño” (tesis de pregrado), Piura (Perú), Universidad Nacional de Piura, 2017, disponible en [<https://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1324/DER-ALV-OBL-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].
- ARANZAMENDI NINACONDOR, LINO. *Investigación jurídica: diseño del proyecto de investigación, estructura y redacción de la tesis*, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2010.
- ARCOS RAMÍREZ, FEDERICO. *Aproximación a la teoría del derecho*, Almería, Universidad de Almería, 2020.
- ARMENTA ARIZA, ANGÉLICA. “El test de proporcionalidad: su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Verba Iuris*, n.º 41, 2019, pp. 121 a 133, disponible en [<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663>].
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE FRANCESA. *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789*, disponible en [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf].

- BÁEZ Y PÉREZ DE TUDELA, JUAN. “El método cualitativo de investigación desde la perspectiva de marketing: el caso de las universidades públicas de Madrid” (tesis de doctorado), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014, disponible en [<https://eprints.ucm.es/id/eprint/29615/1/T35974.pdf>].
- BALBUENA CISNEROS, ARMINDA. “Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México” (tesis de doctorado), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2001, disponible en [<https://eprints.ucm.es/id/eprint/4548/1/T25574.pdf>].
- BASSOLS COMA, MARTÍN. *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española: una reflexión*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981.
- BAYEFSKY, ANNE F. “El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n.º 1-2, 1990, pp. 1 a 34, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>].
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA Y FERNANDO REY MARTÍNEZ. “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española”, en MIGUEL CARBONELL (comp.). *El principio constitucional de igualdad: lecturas de introducción*, México, D. F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003, pp. 105 a 202, disponible en [https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Jur_2.pdf].
- BLANCO VALDÉS, ROBERTO L. *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal*, Madrid, Alianza, 2006.
- BLONDEL, ANDRÉ. “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des Lois. (Étude critique comparative: États-Unis-France)”, París, Recueil Sirey, 1928.
- BLUME FORTINI, ERNESTO. “El tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la constitución”, *Derecho PUCP*, n.º 50, 1996, pp. 125 a 205, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5927>].

- BOROWSKI, MARTIN. “Derechos absolutos y proporcionalidad”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 48, 2021, pp. 297 a 339, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6964>].
- BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH. “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (coords.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- CÁCERES SÁNCHEZ, NELLY NATALIA. “El principio de aplicación directa de la constitución y el control concreto de constitucionalidad en el Ecuador” (tesis de maestría), Ambato (Ecuador), Universidad Técnica de Ambato, 2020, disponible en [<https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31334/1/FJCS-POSG-198.pdf>].
- CALLATA GUEVARA, ELMO MIGUEL. “Nueva Constitución Política, Estado y doscientos años de República”, *Disenso. Crítica y Reflexión Latinoamericana*, vol. 4, n.º 1, 2021, pp. 39 a 67, disponible en [<https://barropensativo.com/index.php/DISENSO/article/view/91>].
- CAPPELLETTI, MAURO. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978.
- CARBONELL, MIGUEL (comp.). *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, D. F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002, disponible en [https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Jur_3.pdf].
- COMISIÓN JURÍDICA ASESORA. *Anteproyecto de Constitución de la República que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1931.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica*, 19 de enero de 1984, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf].

- CROSSKEY, WILLIAM WINSLOW. *Politics and the constitution in the history of the United States*, Chicago, University of Chicago Press, 1987.
- DANOS ORDÓÑEZ, JORGE ELÍAS. *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994.
- DIETZE, GOTTFRIED. “America and Europe. Decline and emergence of judicial review”, *Virginia Law Review*, vol. 44, n.º 8, 1958, pp. 1.233 a 1.272.
- DOMÍNGUEZ PADILLA, RAQUEL VICTORIA. ¿Igualdad para diversos?: problemas de la igualdad material frente a la diversidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2021*, 2021, pp. 311 a 331, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/40818/37602>].
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *Estudios constitucionales*, Lima, ARA Editores, 2005.
- FACIO, ALDA. *La Carta Magna de todas las mujeres. Módulo sobre la CEDAW*, Costa Rica, ILANUD, 2007.
- FAVOREU, LOUIS. “Le Conseil constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, vol. 1, n.º especial, 1967.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución”, *Derecho PUCP*, n.º 46, 1992, pp. 303 a 343, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6185>].
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (coords.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 41 a 94.

- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, n.º 56, 1999, pp. 11 a 42, disponible en [<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25458redco56009.pdf>].
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “Los orígenes de la Judicial Review”, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 82, 2011, pp. 9 a 142, disponible en [<https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/369>].
- FIGUEROA G., RODOLFO. “Igualdad y discriminación”, en FELIPE GONZÁLEZ y FELIPE RIVEROS (eds.). *Cuadernos de Análisis Jurídico*, n.º 10, 2000, pp. 9 a 64.
- FURNISH, DALE BECK. “La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos”, *THEMIS Revista de Derecho*, año 5, n.º 7, 1990, pp. 12 a 38, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12675>].
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. “La interpretación constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 2, 2004, pp. 37 a 74.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. “Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 4, n.º 4, 1997, pp. 233 a 244, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3304>].
- GARCÍA MERINO, FABIOLA y FRANCISCO A. GÓMEZ SÁNCHEZ. *Proceso de inconstitucionalidad*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009.
- GARRORENA MORALES, ÁNGEL. *Representación política y constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.
- GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA. “El principio de igualdad y los sistemas de protección y garantías en la Constitución española de 1978: especial referencia a la situación jurídica de la mujer”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXIV, n.º 102, 2001, pp. 789 a 810, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710204>].

- GUTIÉRREZ CAMACHO, WALTER y JUAN MANUEL SOSA SACIO. “Igualdad ante la ley”, en WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO (ed.). *La constitución comentada: análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.
- HAMILTON, ALEXANDER; JAMES MADISON y JOHN JAY. “Artículo LXXVIII”, *El Federalista*, Madrid, Ediciones Akal, 2015.
- HERNÁNDEZ CASTELLANOS, DONOVAN ADRIÁN. “Idea del Estado en Carl Schmitt: aportes para una genealogía de lo político”, *Argumentos. Estudios Críticos de la Sociedad*, n.º 64, 2010, pp. 107 a 131, disponible en [<https://argumentos.xoc.uam.mx/index.php/argumentos/article/view/322>].
- HUERTA GUERRERO, LUIS ALBERTO. “El derecho a la igualdad”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 11, n.º 11, 2005, pp. 307 a 334, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/96837>].
- KELSEN, HANS. *La garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle)*, París, Marcel Giard, Laval, 1928.
- KELSEN, HANS. “Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics*, vol. 4, n.º 2, 1942, pp. 183 a 200.
- KELSEN, HANS. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, D. F., Imprenta Universitaria, 1949.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 2, n.º 2, 1995, pp. 73 a 114, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3378>].
- LÓPEZ RUBIO, DANIEL. “El control de constitucionalidad de la ‘legislación popular’”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 7, n.º 5, 2017, pp. 929 a 956, disponible en [<https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/842>].

- LUHMANN, NIKLAS. *El derecho de la sociedad*, México, Herder, 2005.
- MALCA TORRES, ROGER. “La constitucionalidad de la limitación de responsabilidad restringida en el Código Penal y la igualdad ante la ley” (tesis de pregrado), Lambayeque (Perú), Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2019, disponible en [<https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/8270>].
- MASON, JAMES y THOMAS LUDWELL LEE. *Declaración de derechos de Virginia*, 12 de junio de 1776, disponible en [<https://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>].
- MESÍA RAMÍREZ, CARLOS. *Derechos de la persona: dogmática constitucional*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004.
- MORALES GÓMEZ, SILVIA MARÍA. “Exégesis del artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, vol. 8, n.º 15, 2020, pp. 83 a 110, disponible en [<https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/3902>].
- MORESO MATEOS, JOSÉ JUAN. “Sobre normas inconstitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, n.º 38, 1993, pp. 81 a 115, disponible en [<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25123redco38081.pdf>].
- MUÑOZ CARMONA, MARCO ADRIANO. *Iniciación al trabajo de investigación*, Madrid, Editorial Académica Española, 2019.
- MUÑOZ QUESADA, HUGO ALFONSO y ENRIQUE PEDRO HABBA. *Elementos de la técnica legislativa*, San José (Costa Rica), Asamblea Legislativa: Centro para la Democracia, 1996, disponible en [http://www.asamblea.go.cr/sd/Publicaciones_T_C/Elementos%20de%20la%20t%C3%A9cnica%20legislativa.pdf].

- NEYRA DÍAZ, SUSANA DEL PILAR. “Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre violación de derechos constitucionales al debido proceso, derecho a la igualdad ante la ley, derecho a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y derecho de petición en el expediente N.º 01344-2013-0-JR-CI-04, del distrito judicial del Santa – Chimbote” (tesis de pregrado), Chimbote (Perú), Universidad Católica Los Angeles de Chimbote, 2019, disponible en [<http://repositorio.uladech.edu.pe/handle/20.500.13032/15957?show=full>].
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, *Ius et Praxis*, vol. 2, n.º 2, 1997, pp. 235 a 259, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/197/19720216.pdf>].
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 10, 2006, pp. 799 a 831, disponible en [<https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2449>].
- OLANO DORADO, VÍCTOR MANUEL. “Reconocimiento y aplicación de la felicidad en el sistema jurídico colombiano” (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2019, disponible en [<https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/60f3c6bf-686a-4278-8d95-8ac75b1e3583>].
- OLIVETTI RASON, NINO. *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d’America*, Padova, CEDAM, 1984.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, 10 de diciembre de 1948, disponible en [<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>].
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 23 de marzo de 1976, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>].

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>].
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, Belém do Pará, 9 de junio de 1994, disponible en [<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>].
- ORUNESU, CLAUDINA; JORGE L. RODRÍGUEZ y GERMÁN SUCAR. “Inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, n.º 2, 2001, pp. 11 a 58, disponible en [<https://www.cervantesvirtual.com/obra/inconstitucionalidad-y-derogacion/>].
- OSORIO VELARDE, CCANTU STEFANY. “El despido laboral discriminatorio basado en la condición de discapacidad del trabajador en el Perú” (tesis de segunda especialidad), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, disponible en [<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12524>].
- PANDO VÍLCHEZ, JORGE M. “La administración frente a la norma inconstitucional: ¿control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?”, *Revista Peruana de Derecho Público*, año 3, n.º 5, 2002, pp. 107 a 113, disponible en [[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/\\$FILE/ctrl_legal_administrativo.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/$FILE/ctrl_legal_administrativo.pdf)].

- PANIAGUA CORAZAO, VALENTÍN. “La Constitución peruana de 1993”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol.4, n.º 2, 1995, pp. 9 a 52, disponible en [<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/2232>].
- PAREDES MEJÍA, MIGUEL ÁNGEL. “La constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa sustentadas en categorías prohibidas de discriminación” (tesis de maestría), Huaraz (Perú), Universidad de Castilla-La Mancha, 2017, disponible en [<https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/952194?locale=en>].
- PÉREZ PORTILLA, KARLA. *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, disponible en [<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10505>].
- PÉREZ SERRANO JÁUREGUI, NICOLÁS. “La noble obra política de un gran juez: Juan Marshall” en *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.
- PÉREZ VÁSQUEZ, PAÚL BERNARDO. “El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador” (tesis de maestría), Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019, disponible en [<https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6616>].
- PERÚ. COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL. *Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código Civil peruano, creada por Supremo decreto de 26 de agosto de 1922*, Lima, Imprenta “El progreso editorial”, 1923.
- PERÚ. Decreto Legislativo n.º 276, “Por el que se promulga la ley de bases de la carrera administrativa y de remuneración del sector público”, 6 de marzo de 1984, *Diario Oficial El Peruano* n.º 1.177, de 24 de marzo de 1984, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/rree/normas-legales/1393-276>].
- PERÚ. Ley n.º 24029 (Ley del Profesorado), de 14 de diciembre de 1984, disponible en [<http://www.minedu.gob.pe/normatividad/leyes/Ley24029.php>].

- PERÚ. Ley n.º 25212 (Ley del Profesorado), de 18 de mayo de 1990, *Diario Oficial El Peruano* n.º 3.573, de 20 de mayo de 1990.
- PERÚ. Decreto Supremo n.º 19-90-ED, “Por el que aprueban reglamento de la ley del profesorado”, *Diario Oficial El Peruano* n.º 3.645, de 29 de julio de 1990, disponible en [<http://www.minedu.gob.pe/normatividad/decretos/DS-019-1990-ED.php>].
- PERÚ. Decreto Supremo n.º 003-2008-ED, “Aprueban el reglamento de la Ley n.º 29062, ley que modifica la ley del profesorado en lo referido a la carrera pública magisterial”, de 10 de enero de 2008, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/118175-003-2008-ed>].
- PERÚ. Ley n.º 29062, “Ley que modifica la ley del profesorado en lo referido a la carrera pública magisterial (derogada por Ley 29944)”, *Diario Oficial El Peruano* n.º 9.899, de 12 de julio de 2007, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/118400-29062>].
- PERÚ. Decreto Supremo n.º 013-2008-JUS, “Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificada por el D. Leg. N.º 1067”, de 29 de agosto de 2018, *Diario Oficial El Peruano* n.º 10.342, de 29 de agosto de 2008, disponible en [<https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Ley%2oque%20Regula%20el%20Proceso%20Contencioso%20Administrativo.pdf>].
- PERÚ. Ley n.º 29944, “Ley de Reforma Magisterial”, de 24 de noviembre de 2012, disponible en [<https://www.minedu.gob.pe/reforma-magisterial/pdf-ley-reforma-magisterial/ley-29944.pdf>].
- PERÚ. Decreto Supremo n.º 004-2013-ED “Aprueban reglamento de la Ley n.º 29944, Ley de Reforma Magisterial”, de 3 de mayo de 2013, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/118268-004-2013-ed>].

- PERÚ. Ley n.º 30220 “Ley Universitaria”, *Diario Oficial El Peruano* n.º 12.914, de 9 de julio de 2014, disponible en [<https://www.sunedu.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-universitaria-30220.pdf>].
- PERÚ. Decreto Supremo n.º 341-2019-EF “Establecen fórmulas de cálculo de la Compensación por Tiempo de Servicios, de la asignación económica y monto de la bonificación por sepelio y luto para los docentes ordinarios de las Universidades Públicas”, *Diario Oficial El Peruano* n.º 15.163, de 22 de noviembre de 2019, disponible en [<https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/357031-341-2019-ef>].
- PERÚ. Decreto Supremo n.º 018-2006-jus. “Aprueban reglamento de la Ley N.º 27693, ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. UIF – Perú”, *Diario Oficial El Peruano*, de 25 de julio de 2006, disponible en [https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/norm_gen_laft/Decreto%20Supremo%20N%C2%Bo%20018-2006-JUS.pdf].
- PRIETO SANCHIS, LUIS. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- PRITCHETT, C. HERMAN. *La Constitución Americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965.
- RABINES GÓMEZ, MAYRA LISSET. “La prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos de criminalidad organizada y el derecho a la igualdad ante la ley” (tesis de pregrado), Trujillo (Perú), Universidad Privada Antenor Orrego, 2019, disponible en [<https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/4709>].
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, ELVITO A. *Derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 1997.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, MIGUEL y MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOHANNA ALEJANDRINA. “Reflexiones desde el derecho internacional de los derechos humanos sobre la responsabilidad internacional del estado por hechos ilícitos cometidos por agentes no estatales en contextos de conflicto armado” (tesis de pregrado), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, disponible en [<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13925>].
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, JESÚS. “Definición y concepto de la no discriminación”, *El Cotidiano*, n.º 134, 2005, pp. 23 a 29, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/325/32513404.pdf>].
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n.º 16, 1982-1983, pp. 27 a 38, disponible en [<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1982-1983-16-A1CE9FF0&dsID=PDF>].
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, España, Ariel, 1995.
- SABA, ROBERTO. *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- SÁNCHEZ LORA, JUAN CARLOS. “El poder constituyente y sus condicionantes en la era de la globalización de los derechos humanos”, (tesis de doctorado), Sevilla, Universidad de Sevilla, 2017, disponible en [<https://idus.us.es/handle/11441/64795>].
- SANTA CRUZ RODRÍGUEZ, JHIMMY YAMIR. “El control constitucional preventivo de las leyes en el sistema jurídico peruano” (tesis de maestría), Lambayeque (Perú), Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2018, disponible en [<https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/7361>].

- SANTUR FLORES, LUCÍA HIRALDA. “El principio de proporcionalidad como mecanismo de control constitucional en la determinación de las penas en el Perú”, (tesis de pregrado), Piura (Perú), Universidad Nacional de Piura, 2021, disponible en [<https://repositorio.unp.edu.pe/handle/20.500.12676/2895>].
- SCHMITT, CARL. *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1996.
- SHAPIAMA CERNA, ALEXANDRA. “La vulneración de los derechos del consumidor por su identidad de género, como consecuencia de la incorrecta aplicación de la Ley N° 29571 en casos de discriminación” (tesis de pregrado), Trujillo (Perú), Universidad César Vallejo, 2019, disponible en [<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/63718>].
- SHELTON, DINAH. “Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, 2008, pp. 15 a 39, disponible en [<https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13488>].
- SORIANO DÍAZ, RAMÓN LUIS y SERGIO MARÍN CONEJO (eds.). *El reto de los derechos humanos: cuestiones actuales controvertidas*, Sevilla, Dikynson, 2021.
- SORIANO TORRES, MARTA TERESA. “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre el Estado español y las confesiones religiosas: especial referencia al régimen jurídico-tributario” (tesis de doctorado), La Laguna (España), Universidad de la Laguna, 1998, disponible en [<https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/10020>].
- SUAY RINCÓN, JOSÉ. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- TICONIPA GUTIÉRREZ, PAOLA JULIA. “La necesidad de flexibilizar la aplicación del principio de subsidiariedad en el procedimiento de la acción de defensa de amparo constitucional” (tesis de maestría), La Paz, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019, disponible en [<http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/handle/54000/1077>].

- TOJO, LILIANA y CLAUDIA M. MARTÍNEZ (comps.). *Sumarios de Jurisprudencia / Igualdad y No Discriminación*, Buenos Aires, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, 2009, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/27373.pdf>].
- TORRES Y TORRES LARA, CARLOS. *La nueva Constitución del Perú 1993: antecedentes, fundamentos e historia documentada*, Lima, Desarrollo y Paz, 1993.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 42 de 5 de julio de 1982, *Boletín Oficial del Estado* n.º 185, de 4 de agosto de 1982, disponible en [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/84>].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 006-96-I/TC, 30 de enero de 1997, disponible en [<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00006-1996-AI.html>].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 0016-2002-AI/TC, 30 de abril de 2003, disponible en [<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia n.º 045-2004-PI/TC, 8 de marzo de 2005, disponible en [<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>].
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Exposición de motivos del anteproyecto de Constitución del Estado 1931*, Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2017, disponible en [<https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Anteproyecto-Villar%C3%A1n-CEC.pdf>].
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, GUMERSINDO. “La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control”, en *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1970.

VAQUERO PINTO, MARÍA JOSÉ. “Historia del caso de la talidomida. Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil: prescripción y amparo constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 31, 2017, pp. 275 a 316, disponible en [<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/38245dpyc3107mariajosevaqueropinto.pdf>].

WALINE, MARCEL. *Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français*, París, M. Giard, 1928.

ZAVALETA CARRUITERO, WILVELDER. *Derecho procesal constitucional: leyes: 26435, 24968, 26301, 23506, 25398 y 25433 sumilladas, concordadas, comentadas, con jurisprudencia, diccionario jurídico*, Lima, Manuel Chahu, 1997.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en agosto de 2023

Se compuso en caracteres Minion Pro de 11 y 9 pts.

Bogotá, Colombia