

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Lima, seis de marzo
dos mil dieciocho..-

**EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS WONG ABAD Y
BUSTAMENTE ZEGARRA, ES COMO SIGUE: -----**

PRIMERO: Son materia de resolución por esta Sala Suprema las apelaciones concedidas a los demandantes y al Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución número treinta, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil seiscientos setenta y tres que declara fundada en parte la demanda de Acción Popular interpuesta por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, mediante escrito que corre de fojas trescientos sesenta y tres a trescientos noventa y dos; por tanto, se declara nula la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de Educación Básica (de ahora en adelante en forma indistinta: Currículo o CNEB) para el año 2017, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II- Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso, en la parte en que se consigna: “*Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación; exhortándose al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo, específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la Sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación; con costos del proceso.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

SEGUNDO: La demanda de acción popular se ha interpuesto contra la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, publicada el tres de junio de dos mil dieciséis, mediante la cual se aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, “*para que declarándola constitucional e ilegal, la deje sin efecto y la derogue, así como todos los documentos (guías, manuales, folletos, etc.) que se sustenten en aquellos; y se apliquen criterios educativos vigentes que no incluyan disposiciones sobre la sexualidad no acordes con lo que los padres de familia no hayan consensuado*”.

TERCERO: Los demandantes consideran que la norma que impugnan vulnera los siguientes derechos constitucionales y legales:

- a) El derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos en función a sus propias convicciones, regulado en el artículo 12 numeral 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y en el artículo 26 numeral 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- b) El derecho - deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, regulado en la Constitución Política del Perú, en su artículo 6.
- c) El derecho - deber constitucional de los padres de familia de educar a sus hijos y de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo, regulado en la Constitución Política del Perú, en su artículo 13.
- d) El derecho a la libertad de empresa regulado en la Constitución Política, artículo 59.
- e) El derecho a la libertad de pensamiento, regulado en la Constitución Política, artículo 2 numeral 2.4.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

- f) El derecho de los padres de familia y de la sociedad en general a participar en el proceso de diseño de la política pública en educación, regulado en la Ley General de Educación, Ley N° 280 44, en sus artículos 7 y 22 (Proyecto Educativo Nacional).
- g) El derecho del sector empresarial, dedicado a la labor de educación, de participar en el proceso de diseño de la política pública en educación, regulado en la Ley General de Educación, Ley N°280 44, en su artículo 24.
- h) El derecho del sector empresarial que participa en el sector educación, a poder realizar su labor con una axiología o ideario, que guíe los lineamientos de su educación diferenciada, regulado en la Ley General de Educación, Ley N°28044, en su artículo 68.
- i) El derecho de los padres a dirigir el proceso educativo de los hijos, como manifestación de la patria potestad que ejercen, regulado en el Código Civil (Decreto Legislativo N° 295), en el numeral 2 del artículo 423.
- j) El derecho de los padres a dirigir el proceso educativo de los hijos, como manifestación de la patria potestad que ejercen, regulado en el literal "c" del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°27337).
- k) El derecho de la sociedad de participar organizadamente en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local, regulado en el Decreto Supremo N° 011-2012-ED, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley N° 28044 , Ley General de Educación, en su artículo 15.

CUARTO: Los demandantes diferencian dos formas en las que se habría producido la lesión de sus derechos constitucionales: los aspectos procedimentales y los aspectos materiales de la vulneración.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

En cuanto, a los que denominan “Aspectos esenciales procedimentales de la vulneración”, en sustento de su demanda, los actores afirman que el artículo 13 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 7 de la Ley General de Educación, Ley N° 28044, han sido trasgredidos “porque el consenso, la participación de la sociedad y de los padres de familia no ha ocurrido. **La sociedad no ha participado en la confección de este currículo, como parte de la política en educación del Perú**” (apartado 6 de la demanda).

QUINTO: Del mismo modo consideran que se ha incumplido con el artículo 22 de la Ley General de Educación, el cual prevé que es función de la sociedad participar en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local, pues:

“*En ningún momento se ha discutido abiertamente las nuevas directrices sexuales del currículo de educación básica, porque todo el proceso de incorporación de la nueva formación en sexualidad tiene esta estrategia subrepticia en el Perú. No existe una discusión abierta al respecto*” (apartado 7 de la demanda).

También, el artículo 24 de la Ley General de Educación, “prevé que **las empresas**, es decir, el **sector privado**, sobre todo los involucrados directamente en la gestión educativa de centros de enseñanza básica, **puedan participar en el diseño de políticas educativas, y esto tampoco ha ocurrido**” (apartado 8 de la demanda).

En la misma línea, se vulneraría “(...) lo regulado en el **artículo 68 de la Ley General de Educación, Ley N° 28044**, pues ya **no importaría la línea axiológica que tengan los centros educativos privados o particulares**, pues no han podido participar en una política educativa que respete este derecho constitucional y legal. Y lo que es aún más grave, a través de esta

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

norma, prácticamente se les estaría obligando a renunciar a sus idearios y hasta tendrían que cambiar sus estatutos, al recortar abiertamente la libertad de empresa y la libertad de pensamiento (regulados en la Constitución Política, artículos 2 numeral 2.4 y 59). Se quiere imponer un pensamiento único y que las empresas hagan lo que el Estado quiere que hagan. Cercena la libertad de educación imponiendo un pensamiento totalitario (como en el antiguo marxismo o comunismo)” (apartado 9 de la demanda).

Igualmente, el artículo 15 del Reglamento de la Ley N° 28044, según los demandantes, confirman sus argumentos pues “*los mecanismos de participación de la sociedad, de los padres de familia, que represente debidamente a la mayoría, no existen, no se han estructurado y es una deficiencia en los procedimientos del Ministerio de Educación. Sin procedimientos de consulta establecidos el MINEDU ha emitido una política sin consenso, una política apócrifa, apoyada solo en lo que unos cuantos han opinado, y que obviamente están a favor de una reconfiguración de la sexualidad humana”* (apartado 10 de la demanda).

Del mismo modo, el numeral 2 del artículo 423 del Código Civil y el literal c) del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes señalan que son derechos y deberes de los padres que ejercen la patria potestad dirigir el proceso educativo de sus hijos, los cuales han sido trasgredidos porque “*el MINEDU ha evitado directamente esto, al no hacer participar en el proceso de elaboración del currículo a la sociedad”* (apartado 11 de la demanda).

Sostiene, igualmente, que:

“*Sobre la consulta a la sociedad: el único dato referido a cómo, cuándo y dónde se le ha consultado a las familias, a los padres de familia, es el que se puede visualizar en la página de la red social denominada “Facebook”, a nombre del Ministerio de Educación: “producto de un proceso de consulta*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

amplia con la comunidad educativa, las organizaciones sociales y comunales, otros agentes del Estado y la sociedad", sin embargo solo se indica que se ha consultado a 50,000 (cincuenta mil) personas, y no todos han sido padres de familia sino también profesores o expertos. Queda claro, por las protestas públicas, que los medios de prensa silencian, que la mayoría de padres de familia en contra no han sido consultados; y que no se ha consultado a expertos desde otros puntos de vista de la sexualidad. La muestra estadística utilizada por el MINEDU no sirve. En la web oficial del MINEDU no se han colgado las pruebas al respecto. Falta transparencia en el MINEDU y su labor de confección del currículo de educación básica para para el año 2017" (apartado 12 de la demanda).

SEXTO: Luego de identificar dos normas nuevas que inspirarían el Currículo, el Plan Nacional de Igualdad de Género N° 2012-2017 y el Decreto Supremo. 017-2012-ED, los demandantes afirman que:

"De estas dos normas surge, o debe surgir, las novedades del currículo referidas a la sexualidad o al "enfoque de género". Este enfoque es el que debe someterse a consideración de los padres de familia, para ser incorporado o no en el Currículo de 2017, y es que se cuestiona como el enfoque que distorsiona la enseñanza de la sexualidad en los niños desde los cuatro años de edad. Pero no por la visión del enfoque en cuanto busca disminuir las brechas que distingue injustamente a varones y mujeres, para el ámbito laboral, de funciones o roles en el hogar (debidamente repartidas en una conversación de pareja), su intervención en política, etc., lo que viene a denominarse "equidad de género", que tiene un (sic) nueva visión de la sexualidad que va más allá de los géneros-sexos varón y mujer" (apartado 16 de la demanda).

SÉPTIMO: En cuanto a los aspectos esenciales materiales de la vulneración, los demandantes afirman que:

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

“Mediante Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU, publicada el tres de junio, el Ministerio de Educación aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, que contiene, en diversas partes, una frase que hace referencia a una comprensión de la sexualidad que distingue géneros sexuales más allá del masculino y del femenino: ‘identidad de género’. Por tanto, se entiende que el currículo además de formar en ‘equidad de género’ (disminución de brechas entre varones y mujeres, producto de una visión machista de los roles sociales), formará en ‘identidad de género’: nueva visión de la sexualidad de las personas humanas.

En resumen, se refiere a que el sexo no está relacionado directa y únicamente con lo biológico, sino sobre todo con lo psicológico, con cómo se sienta la persona sobre su sexualidad, siendo que además plantea que no existen dos manifestaciones sexuales sino muchos más. Y este contenido, como parte de la política en educación del Estado, no ha sido consensuado con la sociedad y vulnera la libertad de pensamiento de los padres y el derecho a guiar el proceso de formación educativa de los hijos, por esto es que dicha resolución ministerial vulnera la constitución y las leyes vigentes” (apartado 19 de la demanda).

Los demandantes siguen explicando que:

“La palabra “género”, en el contexto de las manifestaciones sexuales, solo es utilizada por quienes de alguna manera defienden la distinción no de sexos sino de géneros, entre los seres humanos, por tanto que existen varias formas de manifestación de la sexualidad humana. Está claro que en varios organismos del Estado, desde el gobierno pasado, existen personas, servidores públicos, que han ido introduciendo esta nueva visión, hasta lograr configurar un nuevo ‘enfoque de género’: que guíe los estudios o cualquier plan o estrategia del Estado (todo el ‘Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables’ del

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, está imbuido de esta forma de pensamiento). Una vez instalada la palabra "género" en nuestro sistema jurídico, solo basta un cambio de contenido y podrá significar algo más que varón y mujer. Y todas las normas aspiran a esto, según los que comparten esta visión de la sexualidad" (apartado 21 de la demanda).

OCTAVO: Entre las ideas contenidas en el Currículo de Educación Básica del 2017 que los demandantes consideran que no han sido consensuadas para ser enseñados a los niños en edad escolar del nivel básico, y que, por tanto, vulnerarían los derechos que han enumerado porque introducen una nueva visión de la sexualidad se encontrarían:

"a) '[El niño] Asume la interculturalidad, la equidad de género y la inclusión como formas de convivencia para un enriquecimiento y aprendizaje mutuo (página 8)" (apartado 23 de la demanda).

"b) 'ENFOQUE DE IGUALDAD DE GÉNERO. Todas las personas, independientemente de su identidad de género, tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente...Si bien aquello que consideramos "femenino" o "masculino" se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones.

Si bien las relaciones de género históricamente han perjudicado en mayor medida a las mujeres, también existen dimensiones donde perjudican a los varones. En general, como país, si tenemos desigualdades de género, no podemos hablar de un desarrollo sostenible y democrático pleno' (página 16)" (apartado 23 de la demanda)".

Todas estas afirmaciones del currículo, y las demás que se encuentran en la demanda, constituirían:

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

*“La defensa estatal de esta nueva **política en educación** se ampara en una noción bastante inexacta, poco científica, de la realidad sexual del ser humano. No negamos que existan los homosexuales o los transexuales o todas las demás manifestaciones de la denominada ‘disforia de género’, pero **discrepamos respecto de que esta deba imponerse como una verdad que se desentiende de la realidad sexual natural y científica**, y mucho menos imponerse en la educación de los niños peruanos que no tienen aún suficiente criterio, ni madurez, para discernir lo que les distorsiona su realidad natural, respecto del sexo; **que en todo caso, y es lo más grave, no se ha consensuado con los padres de familia, como representantes de la sociedad interesada en estos asuntos en el marco educativo, tanto para que se les enseñe sexualidad en las escuelas como para que lo que se les enseñe sobre sexualidad en las escuelas tenga como contenido la idea de ‘identidad de género’”** (apartado 24 de la demanda).*

NOVENO: La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, declaró fundada en parte la demanda, esto tras considerar lo siguiente:

- a) El Currículo Nacional de Educación Básica consigna como Enfoques transversales para el desarrollo del perfil de egreso, los siguientes: Enfoque de derechos, Enfoque inclusivo, Enfoque de atención a la diversidad, Enfoque intercultural, Enfoque de igualdad de Género, Enfoque ambiental y Enfoque de orientación al bien común y búsqueda de la excelencia, los cuales responden a los principios educativos declarados en la Ley General de Educación y aportan concepciones importantes sobre las personas, su relación con los demás, con el entorno y con el espacio común y se traducen en formas específicas de actuar que constituyen valores y actitudes que tanto **Estudiantes**,

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Maestros y Autoridades deben esforzarse por demostrar en la dinámica diaria de la escuela.

- b)** De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política del Perú, y el artículo 79 de la Ley General de Educación, el Estado o en todo caso el Gobierno, considerando la función social de la educación y su condición de servicio público, tienen injerencia en la formulación de las políticas.
- c)** Asumiendo los lineamientos generales y programáticos sobre la doctrina pedagógica de un país, en la que se fijan sus objetivos y los procedimientos para alcanzarlo, se vislumbra que la Sociedad también tiene un interés en participar en las mismas, y con mayor razón la Familia, ya que constituye su elemento natural y fundamental (núcleo básico), donde los padres, tienen el deber – derecho constitucional de intervenir en el proyecto educativo de sus hijos y por tanto, también es de su interés lo que se proyecta o elabora sobre la educación de ellos.
- d)** Entonces, la participación de la Sociedad y por ende de los padres de familia, es una categoría indisociable, por cuanto fortalece el sistema y le otorga funcionalidad, y procura que la educación mejore en su cobertura y calidad; por tanto, debe dejarse de lado, la tradicional concepción de identificar a lo público y la política pública como dominio exclusivo del Estado; debiendo la Sociedad y los padres de familia participar en la implementación de las políticas educativas.
- e)** Resulta indiscutible que el Currículo Nacional de Educación Básica y el dispositivo que lo aprueba, forman parte de la implementación de una política pública en educación y que los órganos de gobierno también participan en su formulación, ejecución, evaluación y control; sin

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

embargo, esto no excluye que deban encontrarse dentro del marco de la Constitución y la Ley, ya sea por la forma o el contenido.

- f) El Enfoque de Igualdad de Género contenido en el capítulo II – Enfoques Transversales para el Desarrollo de Perfil del Egreso del Currículo Nacional de Educación Básica, proyecta una visión y concepto de sexualidad que va más allá de la concepción natural que lo “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica sexual; entonces, si el Currículo Nacional de Educación Básica se impregna en las competencias que se busca que los estudiantes desarrollen y orienta en todo momento el trabajo pedagógico en la educación básica, debió ser formulado o elaborado con la participación de la Sociedad y los padres de familia, sobre todo cuando la educación básica, es la etapa del sistema educativo destinada a la formación integral de la persona para el logro de su identidad personal social y comprende, entre otros, los niveles de educación inicial y primaria.

- g) Con el Oficio N° 032-2016-MINEDU/DM-CNE de fecha veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, remitido al Vice Ministro de Gestión Pedagógica del Ministerio de Educación, en el que recomienda que se incluya un enfoque transversal de igualdad de género en el Currículo Nacional de Educación Básica, se demuestra que no hubo discusión o deliberación sobre el tema, menos que la Sociedad y los padres de familia hayan participado en la propuesta y elaboración del Curricular Nacional de LA Educacion Básica -CNEB en el extremo cuestionado, ello atendiendo a que la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU fue emitida el dos de junio de dos mil dieciséis. En consecuencia, la acotada Resolución, en el extremo cuestionado, vulnera los artículos 7 y 22 de la Ley N°28044.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

- h) Por otro lado, no se advierte vulneración alguna a los artículos 12 numeral 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y 26 numeral 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por cuanto estos dispositivos supranacionales se encuentran destinados a salvaguardar el derecho de los padres de familia a escoger la educación para sus hijos, mientras que lo cuestionado en el presente proceso, versa sobre esa falta de participación de la Sociedad y de los padres de familia en la formulación del Curricular Nacional de LA Educacion Básica - CNEB, en el extremo cuestionado.
- i) En cuanto a los artículos 6, 13 y 59 de la Constitución Política del Estado, tampoco se advierte vulneración alguna, por cuanto los mismos se encuentran referidos a temas ajenos a lo cuestionado en el presente proceso, que versa sobre esa falta de participación de la Sociedad y de los padres de familia en la formulación del Curricular Nacional de La Educacion Básica -CNEB, en el extremo cuestionado.

DÉCIMO: Contra la referida sentencia, Francisco Javier Pacheco Manga, Hernán Canales Uzátegui, Rodolfo Martín Cotrina Barrantes, José Francisco Estrada Cotrina, Ninoska Violeta Valladares Peña y Giuliana Calambrogio Correa de Balmaceda, mediante escrito que corre a fojas mil quinientos noventa y tres, formulan recurso de apelación, sustentando sus agravios en los siguientes:

1. Respecto a la primera pretensión impugnatoria los recurrentes señalan lo siguiente:

1.1.- La sentencia debe ser anulada parcialmente toda vez que vulnera el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

y el derecho a participar en la política pública educativa, por cuanto si no se consultó nada a los padres y existe la obligación de hacerlo, se concluye que todo el Currículo es nulo; siendo que de no haberse querido anular, se debió argumentar el por qué.

1.2.- La sentencia incurre en un defecto de motivación interna al contener su decisión una conclusión imposible, puesto que en el expediente se encuentra demostrado que los padres no fueron consultados para tratar el tema del enfoque de género ni ningún otro aspecto del currículo; por lo tanto, la anulación parcial del currículo es incoherente con lo probado y argumentado; debiéndose anular la totalidad de dicho documento, hasta que, como manda la Constitución y la Ley General de Educación (y según el petitorio de la demanda), se pueda respetar el derecho de los padres a participar en la confección de los instrumentos de la política educativa.

1.3.- La primera instancia decidió que no se pronunciaría sobre la anulación de todo el currículo, sino solo sobre el enfoque de género -y sobre este en una parte- sin expresar mayor sustento que el interpretar que era lo solicitado por los demandantes. Esta circunstancia constituye una vulneración al derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al contener la sentencia una motivación sustancialmente incongruente, no solo por porque sí se solicitó la anulación de todo el currículo, sino porque además, abunda la prueba en el expediente de que ningún extremo del currículo se consultó a la sociedad civil representada por los padres de familia.

1.4.- La Sala Superior razona correcta y abundantemente sobre que sí es constitucional y legal que los padres de familia participen en la política educativa y; sin embargo, decide no hacer un control de constitucionalidad, tornándose incongruente el fallo de la sentencia impugnada. En ese sentido, el hecho que no participaran implica que el currículo cuestionado afecta sus

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

derechos constitucionales, razón por la cual se solicita que en vía de integración de la sentencia se declare la nulidad total de la Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU al ser inconstitucional.

1.5.- De acuerdo con lo decidido por el Constituyente de mil novecientos noventa y tres, la política educativa es la única política pública que se confecciona en coordinación con la sociedad civil, en este caso con los padres de familia, lo cual ha sido desarrollado expresamente por la Ley General de Educación en sus artículos 7, 22 y 37; por consiguiente, decidir lo contrario sería desobedecer la ley y prevaricar.

Todo el éxito de la política educativa depende de que el mecanismo de consulta y trabajo con los padres sea el más adecuado, ello para que dichas políticas no se entrampen; pero además, porque cuando, como en el presente caso, el gobierno de turno pretende imponer una visión uniformizante de la sexualidad, interfiriendo en criterios morales y convicciones personales y familiares de los padres de familia, son estos quienes tienen la facultad natural de poder controlar los fines y medios de los instrumentos de educación con los cuales se quiera formar a los ciudadanos peruanos; siendo que de lo contrario, se anularía la patria potestad de los padres para controlar el proceso educativo de sus hijos.

Si bien es cierto que los currículos anteriores no fueron consultados a los padres de familia, ello no es reprochable a estos, puesto que el encargado de convocar (el Ministerio de Educación) nunca lo hizo; además, dichos currículos anteriores han sido siempre muy científicos y no han querido arrogarse potestades de los padres, adecuándose por ello a la Constitución y a la ley. En efecto, el currículo previo del año dos mil nueve, en el tema científico de la sexualidad regulaba simplemente que los niños y adolescentes “*reafirmarían su identidad*”, sin embargo, ahora ocurre un

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

cambio significativo y acorde con las nuevas tendencias sexuales constructivistas, ya que el currículo cuestionado señala “*construye su identidad*”; es decir, se deja de lado lo científico para dar paso a lo ideológico; aspecto sobre el cual los padres sí quieren ser consultados y tienen derecho a ello.

1.6.- Los padres no cuestionan en la presente demanda lo que se encuentre relacionado con las ciencias, pero tratándose de ideologías que buscarían cambios que tienen que ver con criterios morales que competen a los padres, estos sí pueden cuestionar y hasta bloquear esos criterios. En el presente caso, al decirse que lo masculino y femenino se construye poco a poco y que no consiste en lo científico la formación de los niños y adolescentes en cuanto a su sexualidad, sino en una idea del “género” como concepto cultural y psicológico, se adolece de científicidad y se abunda en subjetivismos; y si ello es así, si debe prevalecer algún criterio subjetivo en dicha formación, deben primar los criterios y convicciones de los padres de familia.

2. Respecto a la segunda pretensión impugnatoria los recurrentes señalan lo siguiente:

2.1.- La sentencia de vista debe ser anulada parcialmente debido a que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (por motivación incongruente) e infringe el derecho a elegir el colegio que mejor convenga según las convicciones personales de los padres, en tanto que la Sala Superior decidió no pronunciarse sobre lo demandado. En efecto, no se ha tenido en cuenta la plenitud de lo demandado, lo cual se encontró referido a la nulidad, por inconstitucionalidad, de todo el currículo del dos mil diecisiete por afectación a dos derechos, uno, el participar en la política educativa y, el otro, el negarle a los padres la libertad de elegir el colegio que mejor les parezca,

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

esto por el hecho que el nuevo enfoque transversal de igualdad de género uniformiza la educación en un aspecto no científico.

2.2.- La sentencia no se pronuncia ni emite valoración alguna respecto a los argumentos demandados concernientes a que los padres de familia deben tener la libertad de poder elegir el colegio que les convenga, no solo por criterios económicos o científicos o deportivos, sino también, cuando el ideario del colegio redunda en una formación moral que los padres comparten.

La finalidad es compartida por todos, la igualdad ante la ley entre mujer y varón, el problema es el medio, el cual se presenta como el único y por eso uniformizante, lo que impide ejercer la libertad de elección.

En ese sentido, si se uniformiza la visión de la sexualidad, no basada en criterios científicos (artículo 14 de la Constitución) sino en criterios culturales o psicológicos, ya no importaría la línea axiológica que tengan los centros educativos privados o particulares (los que tampoco han podido participar en la confección del currículo del año dos mil diecisiete); lo cual es grave porque prácticamente se les estaría obligando a renunciar a sus idearios y hasta tendrían que cambiar sus estatutos, recortándose abiertamente su libertad de empresa y pensamiento (regulados en los artículos 2 numeral 2.4 y 59 de la Constitución).

2.3.- La Resolución Ministerial N° 281-2006-MINEDU, que aprobó el Currículo Nacional de Educación Básica para el año 2017, contiene, en diversas partes, una frase que hace referencia a una comprensión de la sexualidad que distingue géneros sexuales más allá del masculino y femenino, la llamada “*identidad de género*”. Por lo tanto, el currículo, además de formar en “equidad de género” (disminución de brechas entre hombres y

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

mujeres producto de la visión machista), formará en “*identidad de género*” (referida a que el sexo no está relacionado directa y únicamente con lo biológico, sino sobre todo con lo psicológico), lo cual representa una nueva visión de la sexualidad de las personas humanas.

Sobre el particular, la sentencia solo indica que no se consultó a los padres, pero no analiza que el Currículo vulnera el derecho de estos a elegir libremente un colegio de acuerdo a sus convicciones.

2.4.- Con el solo razonamiento del Currículo de que lo biológico no es determinante para configurar la sexualidad, sino que lo masculino y lo femenino se construye, se evidencia que la sexualidad adquiere un contenido ideológico. El enfoque de igualdad de género, como parte de la política en educación del Estado, aunque sea consultado con la sociedad vulneraría la libertad de pensamiento de los padres y el derecho a guiar el proceso de formación educativa de los hijos.

2.5.- Existen instrumentos normativos internacionales que resguardan los derechos de los padres de familia respecto a la educación de sus hijos, los cuales sí son vinculantes y tienen rango constitucional. Así, tenemos el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2.6.- Lo señalado en la página dieciséis del Currículo de Educación Básica, modificado por Resolución Ministerial N° 159-2017-M INEDU, expresa de manera directa las diferencias que existen respecto de la división sexual entre varón y mujer y el resto de manifestaciones sexuales. Además manifiesta, sin sustento científico alguno, que la diferencia entre varón y mujer es un constructo social que va más allá de la base biológica - sexual, tesis que desconoce la biología elemental del ser humano.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

2.7.- La redacción de la página treinta del Currículo de Educación Básica esconde en la enumeración todas las identidades que se deben reconocer, pero si se lee cada una de esas identidades, se llega a la “*idad de género*”, idea que de manera directa expone el entendimiento diferenciado que se tiene de lo sexual y del género. En ese sentido, el sexo se entiende como diferente de las manifestaciones del género, yendo más allá de la división biológica - sexual entre varón y mujer, introduciéndose otras manifestaciones de la sexualidad, todo esto, sin un sustento científico, pretendiendo enseñar que eso depende de la cultura actual y no de la estructura de la naturaleza humana.

2.8.- En la página treinta y uno del Currículo se expone de manera directa o expresa el entendimiento diferenciado que se tiene del género, de la orientación sexual y del sexo, pudiendo tener el primero un sin número de manifestaciones. Con la intrínseca consecuencia basada en que lo psicológico es mutable constantemente, todas las manifestaciones de la sexualidad que no dependan de lo físico - biológico sino de lo psicológico, podrán cambiarse a gusto de cada persona. Circunstancia que también se defiende en algunas visiones de la sexualidad en las que se indica que se puede cambiar de manifestación de la sexualidad según la voluntad del individuo, pretendiendo enseñarlo como algo normal.

2.9.- En la página sesenta del Currículo ya no se enumera la discriminación por sexo, que es la bandera de las primigenias luchas por la disminución de las diferencias entre varón y mujer. Así, la idea es desparecer el sexo a fin de que se impongan otras manifestaciones de la sexualidad contenidas en el “*género*”.

2.10.- La defensa de esta política en educación se ampara, según la misma justificación del Currículo impugnado, en el Plan Nacional de Igualdad de

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Género 2012-2017, elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el cual impulsó la idea del “enfoque de género” desde el período 2011-2016. Sin embargo, dicho Plan Nacional en todo momento, aunque use la denominación “género”, hace en referencia a “varón y mujer” y no a las “nuevas manifestaciones de sexualidad”.

El Currículo falta a la verdad al señalar que en el Plan Nacional 2012-2017 se habla de “*identidad de género*”, toda vez que en ninguna parte de ese documento se hace alusión a tal concepto, por cuanto varios sectores del gobierno observaron esas denominaciones, razón por la cual se aclaró que toda referencia a “género” debía ser entendida como a la “mujer”.

2.11.- El derecho a la igualdad de oportunidades entre la mujer y el varón no se verá afectado por la anulación del enfoque de igualdad de género, toda vez que esta finalidad está contemplada para ser protegida en otros tres enfoques transversales del mismo Currículo de la manera más científica y aceptable posible: el enfoque de derecho, el enfoque inclusivo o de atención a la diversidad y el enfoque intercultural.

DÉCIMO PRIMERO: Por su parte, el Procurador Público del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, mediante escrito que corre a fojas mil seiscientos veinte formula apelación contra la sentencia, expresando los siguientes agravios:

1. La demanda de acción popular debió ser declarada improcedente, en tanto se cuestiona el texto de un documento que forma parte de la política del Estado en materia de educación (CNEB), que no puede ser considerado como una norma administrativa de carácter general; ya que, el proceso de acción popular se inicia contra decretos supremos, resoluciones, directivas u otras normas jurídicas de alcance general,

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

que establecen cómo debe llevarse a cabo la función administrativa del Estado y no instrumentos o documentos de gestión de políticas estatales.

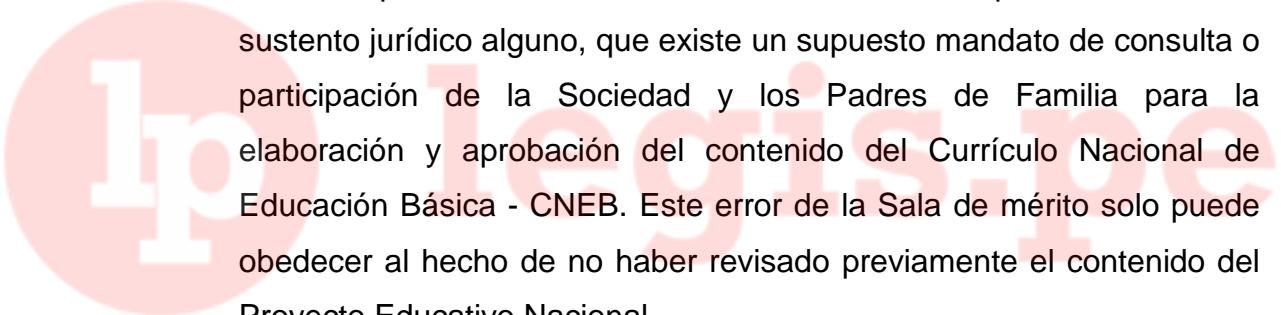
2. Señala el apelante que el punto de partida del razonamiento erróneo de la Sala es que la inclusión en el Currículo Nacional de Educación Básica para el año 2017 -CNEB del extremo cuestionado que consigna lo siguiente: “***Si bien que aquello [sic] que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones***”, implica una nueva visión de la sexualidad humana, por lo que la Sociedad y los Padres de Familia debieron participar en el proceso que dio lugar a dicha inclusión; sin embargo, la manera en que la Sala de mérito ha entendido dicho extremo es completamente errado, pues, a través del mismo no se busca dar a conocer una nueva visión o forma de la sexualidad humana, sino explicar, junto con todo el texto que se usa en el Currículo de Educación Básica para definir el Enfoque de Igualdad de Género, las relaciones que en nuestra sociedad existen entre hombres y mujeres a fin de identificar y eliminar los estereotipos que limiten el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones. Sobre el término Género y su relación con el Derecho existe amplia doctrina y jurisprudencia. En el caso del Currículo Nacional de Educación Básica para el año 2017 - CNEB, contiene definiciones al respecto bastante claras que no han sido declaradas ilegales por la Sala de mérito, y que evidencian que no se orienta a promover una nueva forma de la sexualidad humana.
3. Afirma el impugnante, que la sentencia resulta contraria al artículo 1 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, que señala que “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*” Esta es la razón principal por la que debe ser revocada por la Corte Suprema, sin perjuicio de

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

observar que de confirmarse el sentido del fallo se iría en contra de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos previstas en los tratados sobre la materia, tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Para). En ese sentido, el Enfoque de la Igualdad de Género planteado en el Currículo de Educación Básica es conforme con la normativa constitucional y supranacional sobre igualdad de oportunidades, dado que es en el ámbito educativo en donde resulta esencial llevar acciones para cambiar los patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres que originan una situación de desigualdad, por lo que pretender que este enfoque sea retirado, o limitarlo en cuanto a sus alcances, implicaría ir en contra de una obligación internacional asumida por el Estado peruano.

4. Señala el apelante que la demanda fue declarada fundada en parte, pero no por haberse identificado una contravención a la Constitución, a normas supranacionales o a todas las normas legales invocadas por la parte demandante, sino solo por haberse considerado como afectadas dos normas legales: artículos 7 y 22 de la Ley General de Educación, que son normas diferentes a las mencionadas en los fundamentos que sirven para sustentar su posición respecto a la participación de la Sociedad y los Padres de Familia en la implementación de las políticas en educación. Solo cabe entender que estas últimas fueron mencionadas por la Sala de mérito, no como parámetro de control, por cuanto no son consideradas como afectadas y tampoco fueron invocadas por la parte demandante, sino solo para sustentar la posición de la instancia sobre lo que entiende por la mencionada participación de la Sociedad y los Padres de Familia en el proceso educativo.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

- 
5. Señala el recurrente que la Sala de mérito ha cometido un grave error jurídico al determinar como parámetro de control del Currículo de Educación Básica una norma legal, el artículo 7 de la Ley General de Educación, que se relaciona con otro instrumento de gestión de la educación en el país, como lo es el Proyecto Educativo Nacional, el cual fue aprobado hace más de diez años y con proyección al 2021. Es más, de los argumentos de la Sala se advierte que no solo desconoce los alcances del artículo 7 de la Ley General de Educación, al confundir el Proyecto Educativo Nacional con el CNEB, sino que además, realiza una interpretación forzada sobre su contenido para concluir sin sustento jurídico alguno, que existe un supuesto mandato de consulta o participación de la Sociedad y los Padres de Familia para la elaboración y aprobación del contenido del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB. Este error de la Sala de mérito solo puede obedecer al hecho de no haber revisado previamente el contenido del Proyecto Educativo Nacional.
 6. Además afirma el impugnante, que la Sala consideró que se afectó el artículo 22 de la Ley General de Educación, que está referido a la función de la sociedad en torno a la calidad y equidad de la educación, y a la definición y desarrollo de políticas educativas en los diferentes niveles de gobierno (nacional, regional y local); sin embargo, si bien el mencionado artículo hace referencia a que la participación se relaciona con la contribución a la calidad y equidad de la educación, tal contribución debe ser entendida como los aportes, comentarios o sugerencias que puedan brindarse en torno a la calidad y equidad de la educación, mas no como un mandato para garantizar una participación a un nivel de decisión en la formulación de las políticas educativas.
 7. Es más, señala el apelante que la participación de la Sociedad y los Padres de Familia en el proceso de formulación del Currículo de Educación Básica, se concreta mediante el proceso de consulta al que

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

hace referencia el Reglamento de la Ley General de Educación en su artículo 27, que no se restringe únicamente a los Padres de Familia. Además, aparte de la referencia general a un proceso de consulta, la norma no brinda mayores detalles sobre el procedimiento a seguir, lo que implica reconocer a las autoridades administrativas la facultad de identificar las vías que permitan dar cumplimiento a lo estipulado en la norma reglamentaria. De modo que si la parte demandante discrepa de la opción asumida por el Reglamento de la Ley General de Educación (del año 2012), que establece que la participación en la formulación del CNEB se concreta a través de un proceso de consulta, debió haber iniciado en su oportunidad un proceso de acción popular, en donde tendría que haber argumentado la inconstitucionalidad o ilegalidad de dicha opción, pero ello no ha ocurrido.

8. En ese sentido, alega el recurrente que en el proceso de formulación del Currículo de Educación Básica, se abrieron diversos espacios de diálogo y consulta con la Sociedad, para garantizar la participación de los Padres de Familia y demás actores sociales; sin embargo, la Sala los descalificó al considerar que en los mismos no habría habido una referencia específica a la “*nueva visión de la sexualidad humana*” que contiene el extremo cuestionado. Asimismo, la Sala se pronuncia de manera subjetiva en contra de los procedimientos de consulta, tal como se advierte de la nota a pie de la página número veinte, donde señala que las consultas por correo electrónico no tienen la seriedad del caso; sin embargo, no explica por qué las consultas realizadas virtualmente carecen de valor. Tampoco señala cuál es el sustento normativo para afirmar que estos actores tienen un “*rol protagónico*” por encima de otros entes sociales y estatales.
9. En relación a la exhortación relacionada con la participación de la Sociedad y los Padres de Familia en materia educativa, señala el apelante que esta no es vinculante y solo debe ser entendida como una

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

recomendación; pues, no cumple con los supuestos fijados por el Tribunal Constitucional para las sentencias exhortativas vinculantes. Asimismo, que esta resulta innecesaria, debido a que la modalidad de participación ha sido definida en el Reglamento respectivo. Respecto al procedimiento para concretar la consulta, este es definido por el Ministerio de Educación en atención a las experiencias previas y las nuevas iniciativas que puedan surgir al respecto, como es el uso de las nuevas tecnologías de la información o las redes sociales, lo que garantiza un proceso flexible de participación que permite que el Currículo de Educación Básica, como lo indica el artículo 34 de la Ley General de Educación, se enriquezca permanentemente y se respete la pluralidad metodológica.

10. Finalmente, en relación con el pago de costos del proceso, sostiene el recurrente que la Sala no desarrolla un solo argumento sobre el articulado legal que fundamenta la condena de costos, por lo que este extremo de la sentencia incurre en un vicio por motivación inexistente. En ese sentido, la Sala ha ignorado jurisprudencia de la Corte Suprema que señala que se podrá eximir del pago de costos si se acredita complejidad en la materia y la ausencia de manifiesta temeridad, supuestos que se cumplen en el caso de autos.

DÉCIMO SEGUNDO: El Currículo Nacional de Educación Básica como norma.- Antes de ingresar al análisis de las apelaciones interpuestas, es necesario determinar si el Currículo Nacional de la Educación Básica y la resolución ministerial que lo aprueba pueden ser consideradas normas de alcance general, pues, el Procurador especializado en materia constitucional, ha sostenido que:

“(...) la demanda fue presentada contra la inclusión del término ‘género’ en el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, ante lo cual se reitera que este documento no puede ser considerado como una norma de alcance

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

general, cuyo contenido -parcial o total- pueda de ser cuestionado a través del proceso de acción popular, dado que estos procesos se inician contra decretos supremos, resoluciones, directivas u otras disposiciones de alcance general, que establecen cómo debe llevarse a cabo la función administrativa del Estado, en aspectos relacionados con los ciudadanos en su calidad de administrados” (apartado 36 del escrito de apelación).

Sin embargo, estos razonamientos no advierten que el Currículo de Educación Básica es un instrumento a través del cual se implementa políticas públicas dirigidas a la consecución de fines socialmente valiosos y que, de manera inevitable, afectarán a toda nuestra sociedad.

Desde este punto de vista, el Currículo Nacional de la Educación Básica, y los enfoques que contiene, pueden ser considerados normas de mandato de carácter programático, que, si bien están dirigidos al personal educativo, tienen un definitivo impacto en los intereses ciudadanos.

En efecto, ya nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que:

“Lo político y lo jurídico no son lo mismo, pero en un Estado Constitucional lo político, lo social o lo económico no pueden manejarse al margen de lo dispuesto en los diferentes preceptos constitucionales y de lo que se infiere de ellos”¹.

En esta perspectiva, el máximo intérprete de la Constitución señala que es necesario reclamar:

“(…) que los jueces y juezas constitucionales no solamente controlen, sino que incluso pasen a hacer sugerencias y tener iniciativas frente a la

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N°0014-2014-P1/TC, N°0016-2014-PI/TC, 0019- 2014-P1/TC y N°0007-2015-PI/TC, Caso Ley Universitaria, fundamento 14.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

configuración de políticas públicas, para así asegurar la constitucionalidad de las mismas (...)"².

Por consiguiente, el enjuiciamiento constitucional y legal del contenido del Currículo Nacional de la Educación Básica puede realizarse a través del proceso de acción popular cuando, como aquí sucede, se implementan a través de normas de jerarquía inferior a la Ley.

DÉCIMO TERCERO: Es necesario, también, establecer algunas premisas con el fin de facilitar el análisis de los argumentos de la apelación de los demandantes.

Derechos a la Dignidad, Libertad e Identidad Personal.-

Nuestra Constitución, como señala su artículo primero, reconoce que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

Este reconocimiento obliga al respeto de la dignidad de todos los seres humanos, sin importar las diferencias que puedan existir entre ellos, pues la simple humanidad permite exigir un trato igualitario a todas las formas que esa humanidad puede adoptar.

Esto es así, porque la dignidad del ser humano obliga a reconocerlo también como un ser libre que puede, por tanto, desarrollarse según las decisiones que adopta a lo largo de su vida y, mientras esas decisiones no causen un daño injusto a los demás seres humanos, la Sociedad y el Estado deberán no solo aceptarlas, sino, además, protegerlas.

² Ibidem, fundamento 16.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Esto quiere decir que las diferencias que pueden existir entre las personas, sean biológicas o genéticas, es decir, ya sea que estas diferencias vengan al mundo con cada uno de nosotros; o sean, sociales, culturales o individualmente creadas, no pueden justificar en modo alguno el sufrimiento de ningún tipo de discriminación o trato desigualitario³.

DÉCIMO CUARTO: En tal sentido, aunque resulte obvio afirmarlo, el respeto a la dignidad de las personas no solo debe brindarse cuando los otros seres humanos tienen creencias similares a las nuestras. El respeto a los demás seres humanos se prueba, sobre todo, cuando estos, sostienen ideas, siguen valores o adoptan formas de humanidad que podemos no solo no compartir, sino que, incluso, pueden parecernos repugnantes.

Lo único que puede impedir que un comportamiento no sea tolerado es que se encuentre prohibido por la ley.

Si sostenemos este punto de vista podría surgir la legítima pregunta de hasta dónde debe llegar el respeto que deben la Sociedad y el Estado a las creencias de las personas en el ámbito público; la respuesta a esta interrogante solo la puede dar, en sociedades jurídicamente seculares como la nuestra, la Constitución Política del Estado.

Esto quiere decir que, en nuestro fuero interno o, incluso, en ejercicio de nuestra libertad de expresión, los ciudadanos podemos declarar, por ejemplo, que mantenemos valores contrarios a la Constitución; sin embargo, la sociedad y el Estado no pueden respaldar estas ideas y, mucho menos, promoverlas; muy por el contrario, es deber del Estado erradicar los valores

³ Nuestra Constitución reconoce este derecho y otros derechos conexos en el numeral 1 de su artículo 2, al señalar que toda persona tiene derecho:
“A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...”).

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

contrarios a la Constitución educando a los futuros ciudadanos en el respeto irrestricto a los derechos de todas las personas.

En resumen, debemos señalar que la dignidad de todos los seres humanos reconoce la libertad de estos para construir su propia identidad, sin embargo, el reconocimiento formal de la libertad de las personas no se tornará efectivo, si las decisiones que los seres humanos adoptan sobre su propia vida no son respetadas por los demás.

DÉCIMO QUINTO: Educación y Constitución.-

La constatación de la distancia existente entre la situación de intolerancia que vive nuestra sociedad y el respeto a la libertad e identidad personales que pretende garantizar nuestra Constitución, obliga a reconocer que la educación de los futuros ciudadanos en los valores constitucionales será la mejor herramienta para acercar nuestra realidad a los estándares que exige el respeto irrestricto a los mencionados derechos de la persona.

Desde este punto de vista, la sola represión de las conductas violentas o de falta de respeto hacia la mujer y otros grupos vulnerables se manifiesta claramente insuficiente, pues no ataca las causas del problema. Efectivamente, si se educa a un niño para considerar que la mujer tiene un rol determinado (generalmente, de sometimiento) al cual debe ajustarse, es evidente que la asunción de una conducta distinta por parte de aquella generará un desajuste que muchas veces se saldará con la violencia.

Por consiguiente, solo la educación en los valores constitucionales puede librarnos de considerar que los demás deben constreñirse a nuestras particulares creencias o valores y que, por consiguiente, quien se aparta de ellos debe ser castigado o repudiado de alguna forma.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

La importancia del rol de la educación en la erradicación de la violencia contra la mujer ha sido, también, reconocido por el Tribunal Constitucional: “(...) *la educación es un derecho fundamental intrínseco y un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales*, y permite a las personas participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades. Cabe acotar que *la educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico*. Es a través de este derecho que *se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento*, para gozar de una existencia plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social”⁴.

Finalmente, la libertad de enseñanza o la iniciativa privada de las empresas dedicadas a la prestación del servicio educativo no puede constituirse en un derecho sin limitaciones, máxime, si el artículo 3 de la propia Ley de Centros Educativos Privados prevé que “Corresponde a la persona natural o jurídica, propietaria de un centro educativo, establecer la línea axiológica que regirá su centro, *dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución...*”.

DÉCIMO SEXTO: El denominado Enfoque de Género.

Nuestra Constitución señala que hombres y mujeres somos iguales ante la ley, y que tenemos las mismas oportunidades en todo ámbito de la vida social. Sin embargo, es claro que esto, en los hechos, no es cierto; las distancias, por ejemplo, salariales entre hombres y mujeres por el desempeño de la misma labor son un problema generalizado que pone en

⁴ STC 01423-2013-PA/TC, de fecha 09 diciembre de 2015. Fundamento 29, resaltado nuestro.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

evidencia que la Constitución es todavía un programa por cumplir en muchos aspectos.

Por este motivo, nuestro país ha incorporado a sus políticas públicas un Plan Nacional de Igualdad de Género que reconoce:

“...que la igualdad no sólo se orienta al acceso a oportunidades, sino también al goce efectivo de los derechos humanos. El desarrollo con igualdad de género implica desmontar la cultura, los valores y los roles tradicionales de género que reproducen y mantienen la subordinación de las mujeres”⁵.

En tal sentido, ese “desmontaje cultural” hace indispensable que esta política pública se aplique en el ámbito educativo desde la más tierna edad, a fin de que los niños sean formados en una visión compatible con los valores constitucionales de igualdad y no discriminación.

Al respecto, el Currículo de Educación Básica para el año 2017; sostiene:

“Todas las personas tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente. La Igualdad de Género se refiere a la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones. En una situación de igualdad real, los derechos, deberes y oportunidades de las personas no dependen de su identidad de género y, por lo tanto, todos tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos, así como para ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, contribuyendo al desarrollo social y beneficiándose de sus resultados.

Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones. Desde que nacemos,

⁵ Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, p. 18.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

y a lo largo de nuestras vidas, la sociedad nos comunica constantemente qué actitudes y roles se esperan de nosotros como hombres y como mujeres. Algunos de estos roles asignados, sin embargo, se traducen en desigualdades que afectan los derechos de las personas como por ejemplo cuando el cuidado doméstico asociado principalmente a las mujeres se transforma en una razón para que una estudiante deje la escuela” (resaltado nuestro).

DÉCIMO SÉTIMO: La sentencia de la Sala Superior

Ante la impugnación de los demandantes la Sala Superior ha considerado que este enfoque educativo, en la parte que afirma que: “*Si bien aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, sería ilegal por, supuestamente, infringir los artículos 7 y 22 de la Ley N°28044.

En sustento de su posición la Sala afirma:

“...lo anterior, objetivamente proyecta una visión y concepto de la sexualidad que va más allá de la concepción natural que lo “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica sexual; entonces, el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB se impregna en las competencias que se busca que los estudiantes desarrollen y orienta en todo momento el trabajo pedagógico en la educación básica, este Colegiado considera, independientemente del juicio de valor o apreciación que se tenga en específico sobre esa visión y sobre cuyo contenido no realiza control de constitucionalidad o legalidad en este proceso, por no corresponder a la controversia fijada, debió ser formulado o elaborado con la participación de la Sociedad y los Padres de Familia, en los términos explicados líneas arriba, sobre todo cuando aquella (la educación básica), entre otras, es la etapa del sistema educativo destinada a la formación

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

integral de la persona para el logro de su identidad personal social y comprende, entre otros, el nivel de educación inicial (niños menores de seis años) y nivel de educación primaria (tiene como finalidad educar integralmente a los niños)” (fundamento décimo séptimo, resaltado nuestro).

DÉCIMO OCTAVO: Así, para la Sala Superior existiría una “concepción natural” de lo “femenino” o “masculino” que tiene como sustento “una diferencia biológica sexual” y que, por tanto, sostener que, además, las nociones de “femenino” y “masculino” se van “construyendo día a día, en nuestras interacciones”, sería, como lógica consecuencia, a-natural o antinatural.

Como podemos apreciar, la Sala Superior no comprende que afirmar que las nociones de “femenino” o “masculino” se van construyendo día a día, en nuestras interacciones sociales significa, desde una perspectiva constitucional, que no podemos asignar roles a mujeres u hombres tan solo a partir de las evidentes diferencias biológico sexuales.

La Sala Superior no entiende que, por ejemplo, no existe nada “natural” en la idea generalizada en nuestra sociedad de que las labores del hogar o el cuidado de los hijos son tareas “femeninas” o que, por otro lado, corresponde al varón la provisión de los recursos del hogar; todas estas creencias son, por supuesto, socialmente aprendidas, y han sido incorporadas al comportamiento de las personas a través de la educación formal o informal.

Resulta evidente, entonces, que el órgano jurisdiccional de primer grado, ha sido víctima de los mismos prejuicios que el currículo de educación pretende superar⁶, pues, no advierte que los patrones culturales que se encuentran

⁶ Es por eso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ordenado en el Caso Atala Riff que el Estado infractor continúe: “implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: I) derechos

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

detrás de los roles que atribuimos a lo “femenino” o a lo “masculino” en nuestra sociedad han sido construidos, como no puede ser de otro modo, a través de las interacciones sociales que realizamos cada día.

DÉCIMO NOVENO: En tal sentido, lo que el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB pretende, leyéndolo desde una perspectiva constitucional, es reafirmar la libertad de las mujeres- y también de los hombres- para escapar de los roles que les han sido tradicionalmente asignados y que, como lamentablemente podemos comprobar, perpetúan la situación de desigualdad de las mujeres en nuestra sociedad.

La veracidad de estas afirmaciones es reconocida por el propio demandante cuando afirma que:

“La identidad no se construye se tiene. Está en el ADN, están (sic) en las tradiciones familiares y culturales, y según la nación donde se crece. Lo que está fuera de esto puede construirse, siempre que no vulnere la naturaleza humana” (página 13 de la demanda).

Es decir, el demandante cuestiona afirmaciones del currículo que el mismo considera ciertas pues, como es evidente, aseverar que la identidad se encuentra “en las tradiciones familiares y culturales”, significa que la identidad (el demandante no diferencia entre sus facetas) se forma a través de las interacciones sociales.

VIGÉSIMO: Debemos concluir, en consecuencia, que la afirmación que la Sala considera a-natural o antinatural, constituye la simple comprobación de que lo que consideramos roles femeninos o masculinos, como cualquier otro

humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LG BTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigido a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial” (apartado 271).

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

patrón cultural, se forma en las interacciones sociales que realizamos día a día⁷.

Como señala la doctrina constitucional, la identidad no ofrece:

“...como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no solo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos”⁸.

VIGÉSIMO PRIMERO: La falta de consulta.-

Como hemos visto, la Sala Superior ha considerado que la específica afirmación a la que nos hemos referido contenida en el Currículo Nacional de la Educación Básica ha violado los artículos 7 y 22 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, cuyos textos son los siguientes:

Artículo 7.- Proyecto Educativo Nacional

⁷ Esta comprobación, por lo demás, resulta pacífica en la mejor doctrina nacional. Así, el maestro sanmarquino FERNÁNDEZ SESSAREGO afirma:

“...el sexo es, de suyo, un asunto complejo dentro de la rica e impredecible personalidad humana, el mismo que, consiguientemente, no se agota dentro de un simple y unilateral tratamiento del problema. El sexo, o más precisamente el género, se presenta como un hecho en el cual se integran e interactúan diversos elementos estrechamente vinculados en un delicado engranaje, del que aún queda mucho por descifrar. Es así que, en síntesis, al lado del factor representado por lo biológico deben tenerse en consideración otros elementos como son aquellos constituidos por la vertiente sicológica y por el perfil jurídico-social” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990; p. 205).

En un sentido similar ESPINOZA ESPINOZA señala:

“Podemos encontrar dos aspectos al sexo, vale decir, uno estático (determinado por la morfología externa, cromosomas, gónadas) junto al cual se encuentra otro dinámico (manifestaciones psicológicas, sociales, en suma, el rol o la identidad sexual). De sólito el sexo estático corresponde a aquel dinámico, pero hay veces que ocurren desarmonías y, por consiguiente, nos encontramos con una diversa gama de tipos sexuales...” (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*, tercera edición, Huallaga Editorial, Lima, 2001; p. 172).

⁸ RUBIO CORREA, Marcial; EGUILUREN PRAELI, Francisco; y BERNALES, Enrique. *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*, PUCP Fondo Editorial, Lima, 2017; p. 102.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

El Proyecto Educativo Nacional es el conjunto de políticas que dan el marco estratégico a las decisiones que conducen al desarrollo de la educación. Se construye y desarrolla en el actuar conjunto del Estado y de la sociedad, a través del diálogo nacional, del consenso y de la concertación política, a efectos de garantizar su vigencia. Su formulación responde a la diversidad del país.

Artículo 22.- Función de la sociedad

La sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad y equidad de la educación. Ejerce plenamente este derecho y se convierte en sociedad educadora al desarrollar la cultura y los valores democráticos. A la sociedad, le corresponde:

- a) Participar en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local.
- b) Colaborar en la prestación del servicio educativo y en el desarrollo de programas y proyectos que contribuyan al logro de los fines de la educación peruana.
- c) Promover la creación de un entorno social favorable al aprendizaje y cuidado de sus miembros, desarrollando una cultura de responsabilidad y vigilancia ciudadana que garantice la calidad educativa y la ética pública.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Asimismo, la Sala Superior ha exhortado al Ministerio de Educación “*para que promueva y/o implemente un mecanismo, específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la Sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas de educación*”.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Nosotros, sin embargo, no encontramos de qué forma la afirmación: “*Si bien aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, pueda considerarse violatoria de los artículos mencionados, pues, como ya hemos puesto de manifiesto, tal vez la única forma de asegurar el cambio de la situación de discriminación que sufre la mujer en nuestra sociedad pasa por aceptar que los roles de lo “femenino” y de lo “masculino” son social y culturalmente construidos.

Esto quiere decir, que la Sala Superior, al declarar ilegal el texto mencionado impide, en la práctica, la erradicación de un comportamiento discriminatorio vedado por la Constitución.

VIGÉSIMO TERCERO: Debe recordarse, que la misma ley señala que la sociedad, en tanto educadora, se encuentra obligada al desarrollo de la cultura y los valores democráticos, lo cual, como resulta evidente, no es más que uno de los desarrollos legales de lo que señala el artículo 1 de nuestra Constitución, pues también la sociedad tiene como deberes la defensa y el respeto de la dignidad de la persona humana.

Desde este punto de vista, la necesaria participación de la Sociedad en la formulación de las políticas públicas en educación, en forma alguna puede poner en riesgo los derechos de la persona humana, es decir, la implementación de los enfoques educativos necesarios para la formación de los niños en los valores democráticos no está sujeta a deliberación, pues los derechos fundamentales no son derechos que la Sociedad concede, sino que solo reconoce y debe, como está ordenado por la Norma Fundamental, defender y respetar.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

VIGÉSIMO CUARTO: En tal sentido, cuando los demandantes, arguyen lo siguiente:

“Los Enfoques del Currículo, en comparación con el currículo anterior, ahora aumentan en dos: enfoque de derechos y enfoque de igualdad de género (cuando lo aprobado en las normas es el “enfoque de género”, no el de “igualdad de género”). Esto ha debido ser objeto de discusión amplia y abierta, permitiendo a la sociedad, y en concreto a los padres de familia participar y decidir, pero no ha ocurrido, y el MINEDU sigue sin mostrar voluntad de generar esta participación”.

Lo que el órgano jurisdiccional debe comprobar es si esos enfoques son necesarios para el desarrollo de una sociedad más justa e igualitaria, de acuerdo con los valores que la Constitución reconoce y defiende y, de ser así, los referidos enfoques no pueden quedar sujetos para su implementación a consulta alguna.

En efecto, los derechos de las personas no están sujetos a la opinión de la mayoría, pues la eliminación de las situaciones de discriminación no necesita ser consultada, y, esto, porque nadie tiene posibilidad alguna de veto sobre las acciones del Estado encaminadas a removerlas.

Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gelman contra Uruguay:

“...la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas...” (apartado 239).

VIGÉSIMO QUINTO: La impugnación del Enfoque de Derechos

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Por otro lado, resulta inadmisible que se pretenda exigir la consulta del denominado Enfoque de Derechos.

Este enfoque es enunciado en el Currículo Nacional de la Educación Básica del modo siguiente:

“Parte por reconocer a los estudiantes como sujetos de derechos y no como objetos de cuidado, es decir, como personas con capacidad de defender y exigir sus derechos legalmente reconocidos. Asimismo, reconocer que son ciudadanos con deberes que participan del mundo social propiciando la vida en democracia. Este enfoque promueve la consolidación de la democracia que vive el país, contribuyendo a la promoción de las libertades individuales, los derechos colectivos de los pueblos y la participación en asuntos públicos; a fortalecer la convivencia y transparencia en las instituciones educativas; a reducir las situaciones de inequidad y procurar la resolución pacífica de los conflictos”⁹.

Quien pretenda cuestionar este enfoque no puede argüir que el mismo no le ha sido consultado, pues la formación en los derechos que la Constitución reconoce no necesita de la aprobación de la Sociedad. Quien pretenda cuestionar este enfoque debe acreditar que el mismo es contrario de alguna forma a nuestra Carta de Derechos o a la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰.

⁹ Currículo Nacional de la Educación Básica, Ministerio de Educación, p. 20.

¹⁰ La CIDH en el Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile, ha expresado lo siguiente respecto a la falta de consenso sobre la defensa de los derechos al interior de un Estado miembro:

“En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido 114 . El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana. 93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

VIGÉSIMO SEXTO: Establecido lo anterior, es necesario examinar otro de los argumentos del demandante.

El Currículo Nacional de la Educación Básica, sostienen los demandantes, al no haber sido consultado, habría infringido el artículo 13 de nuestra Constitución:

“(...) Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.

Sin embargo, como hemos advertido esta potestad de los padres no puede ser entendida como una posibilidad para educar a sus hijos en valores contrarios a la Constitución. Un padre de familia, una entidad educativa de cualquier clase, no pueden exigir, por ejemplo, continuar enseñando la existencia de roles pre-assignados a hombres y mujeres, por razón de su sexo, por cuanto, tal postura, por todo lo explicado resulta inconstitucional.

Para ponerlo en términos simples, nadie tiene derecho a seguir enseñando discriminación.

VIGÉSIMO SÉTIMO: Los derechos de las personas LGTB.-

A pesar de que los demandantes sostienen que debe consultárseles sobre aspectos del Currículo Nacional de la Educación Básica que ellos consideran discutibles, su posición tiene un trasfondo que queda en evidencia cuando sostienen que:

“De hecho con el solo razonamiento del currículo de que lo biológico no es determinante para configurar la sexualidad, sino que lo masculino y lo femenino se construye, está absolutamente claro, que la sexualidad

discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención” (apartados 92 y 93).

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

adquiere un nuevo contenido ideológico (pero todo a raíz del enfoque transversal de igualdad de género, que vulnera el contenido esencial de la educación escolar previsto en el artículo 14 de la Constitución: ciencia, tecnología, trabajo, ética, constitución, derechos humanos y religión). El contenido de enfoque de igualdad de género, como parte de la política en educación del Estado, **aunque sea consultado con la sociedad vulneraría la libertad de pensamiento de los padres y el derecho de quiar el proceso de formación educativa de los hijos**, y sobre todo la libertad de poder elegir, la cual por naturaleza reclama la existencia de al menos dos opciones para poder existir como tal, es decir como libertad, por esto es que dicha resolución ministerial vulnera la constitución y las leyes vigentes y debe ser declarada *inconstitucional*" (apartado 3.3 del escrito de apelación, subrayado y resaltado nuestro).

Es decir, lo más importante no es el aspecto procedural sino el Enfoque de Género, el cual, en sí mismo, sería inconstitucional.

Sin embargo, como hemos desarrollado el Enfoque de Género, tal como está presentado en el Currículo Nacional de la Educación Básica, no contiene ninguna expresión que pueda considerarse inexacta o contraria a la Constitución.

No obstante, los demandantes consideran que:

"La palabra 'género', en el contexto de las manifestaciones sexuales, solo es utilizada por quienes de alguna manera defienden la distinción no de sexos sino de géneros, entre los seres humanos, por tanto que existen varias formas de manifestación de la sexualidad humana" (apartado 21 de la demanda).

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

En tal sentido, es necesario recordar que nuestro Tribunal Constitucional ha advertido:

*“... que existe una fuerte tendencia de reconocer que existe **un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal**. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como "hombre" o "mujer", es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad”¹¹.*

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido aún más enfática, pues ha señalado que:

*“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1 numeral 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que **la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención**. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por*

¹¹ STC 06040-2015-PA/TC, de fecha 21 de octubre de 2016. Fundamento 14, resaltado nuestro.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (Caso Atala Riff y niñas contra Chile, fundamento 91).

Del mismo modo, en la Opinión Consultiva OC-24/17, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, la Corte ha reiterado:

“De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad” (fundamento 95, subrayado y resaltado nuestro).

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

VIGÉSIMO OCTAVO: El asunto, por tanto, más allá de las categorías que puedan formularse y de las discusiones conceptuales que aquellas pudieran suscitar se reduce a términos muy sencillos: si comprobamos en nuestra sociedad la existencia de personas heterosexuales, homosexuales, transgénero o intersexuales es nuestra obligación, por mandato, humano, convencional y constitucional, brindarles el mismo respeto y consideración que a cualquier otro ser humano.

Por consiguiente, el Currículo Nacional de la Educación Básica tampoco puede ser acusado de inconstitucional por inculcar en nuestros estudiantes el respeto por las diferentes formas de expresión de la sexualidad.

Más aún, la incorporación en el indicado currículo del denominado Enfoque de Género no hace más que responder a la obligación del Estado de promover una cultura de tolerancia en el marco de lo ordenado por la Convención Americana.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que:

“En el ámbito privado, estas personas [se refiere a la comunidad LGTBI] típicamente sufren de discriminación en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios que permean en el ámbito laboral, comunitario, educativo y en las instituciones de salud. Generalmente, la estigmatización se aplica “al amparo de la cultura, la religión y la tradición”. No obstante, las interpretaciones en que se basan esas prácticas “no son ni inmutables ni homogéneas”, y a juicio de la Corte, es obligación de los Estados erradicarlas cultivando un sentido de empatía por la orientación sexual y la identidad de género como parte inherente de toda persona lo cual ‘invita a reevaluar el contenido educativo y los libros de texto, así como a elaborar herramientas y metodologías pedagógicas, para promover una mentalidad abierta y el respeto de la diversidad biológica de los

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

seres humanos” (la Opinión Consultiva OC-24/17, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, fundamento 40; subrayado y resaltado nuestro).

VIGÉSIMO NOVENO.- Finalmente, conforme a lo previsto en el artículo 97 del Código Procesal Civil, no corresponde condenar a la parte demandante el pago de los costos del proceso, al no verificarse que haya actuado con manifiesta temeridad al interponer su demanda de acción popular.

Por estas consideraciones, **NUESTRO VOTO** es porque se **REVOQUE** la sentencia contenida en la resolución treinta de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declara fundada en parte la demanda; **REFORMÁNDOLA** la declaran **INFUNDADA; sin costas;** **SE DISPONE** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; en los seguidos por Francisco Javier Manga y otros contra el Ministerio de educación y otros, sobre Acción Popular. Interviene como **Juez Supremo Ponente: Wong Abad.**-

S.S

WONG ABAD

BUSTAMANTE ZEGARRA

Tlls/myp

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO BUSTAMANTE ZEGARRA, ES COMO SIGUE:-----

El que suscribe coincide con la decisión del señor juez supremo ponente, mas no comparte los fundamentos expuesto por el mismo, por lo que emite el presente voto singular en los siguientes términos:

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

PARTE EXPOSITIVA:

VISTOS:

Los recursos de apelación de fojas mil quinientos noventa y tres y mil seiscientos veinte del expediente principal, interpuestos tanto por la parte demandante, representada por el abogado Justo Fernando Balmaceda Quirós, como por la parte demandada, representada por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, respectivamente, concedidos con efecto suspensivo mediante la resolución número treinta y uno de fecha trece de setiembre de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil seiscientos sesenta y cuatro.

1. OBJETO DE LA ALZADA.

La sentencia contenida en la resolución número treinta de fecha trece de julio del dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, que resuelve declarar **fundada en parte** la demanda de acción popular; en consecuencia declara nula la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de Educación Básica para el año dos mil diecisiete, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II –Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso-, en la parte que se consigna: “*si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación; **exhortándose** al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo, específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la Sociedad y los Padres de Familia participen bajo diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación; con costas del proceso.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

2. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

2.1. De la Parte Demandante: Solicitud la nulidad parcial de la Sentencia de primera instancia y que se integre la resolución apelada en el sentido que se declare nula toda la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y nulo todo el Currículo Nacional de Educación Básica del año 2017.

2.1.1. Primera Pretensión Impugnatoria:

- a) Se violan los Derechos Constitucionales a la Debida Motivación de la Resoluciones Judiciales y a participar en las políticas públicas educativas, porque si no se consultó nada a los padres de familia y existe la obligación de hacerlo, la conclusión es que todo el Currículo es nulo; por lo tanto, la anulación parcial del currículo es incoherente con lo probado y argumentado.
- b) De acuerdo con lo decidido por el Constituyente de mil novecientos noventa y tres, la política educativa es la única política pública que se confecciona en coordinación con la sociedad civil, en este caso con los padres de familia, lo cual ha sido desarrollado expresamente por la Ley General de Educación en sus artículos 7, 22 y 37; por consiguiente, decidir lo contrario sería desobedecer la ley y prevaricar.
- c) Los padres de familia no cuestionan lo relacionado con las ciencias, pero tratándose de ideologías que buscarían cambios que tienen que ver con criterios morales que competen a los padres, estos sí pueden cuestionar y hasta bloquear esos criterios. En el presente caso, al decirse que lo masculino y femenino se construye poco a poco y que no consiste en lo científico sino en una idea del “género” como

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

concepto cultural y psicológico, se adolece de científicidad y se abunda en subjetivismos; y si ello es así, si debe prevalecer algún criterio subjetivo en dicha formación, deben primar los criterios y convicciones de los padres de familia.

2.1.2. Segunda Pretensión Impugnatoria:

- a) La sentencia de vista vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva e infringe el derecho de los padres de familia a elegir el colegio que mejor les convenga, no solo por criterios económicos, científicos o deportivos, sino también, cuando el ideario del colegio redonda en una formación moral que los padres comparten, lo cual ya no es posible por el nuevo enfoque transversal de igualdad de género que uniformiza la educación en un aspecto no científico, pues hace referencia a una comprensión de la sexualidad que distingue géneros sexuales más allá del masculino y femenino, con la llamada “*identidad de género*” evidenciando que la sexualidad adquiere un contenido ideológico, vulnerando la libertad de pensamiento de los padres y el derecho a guiar el proceso de formación educativa de los hijos.
- b) El derecho a la igualdad de oportunidades entre la mujer y el varón no se verá afectado por la anulación del enfoque de igualdad de género, toda vez que, esta finalidad está contemplada para ser protegida en otros tres enfoques transversales del mismo Currículo de la manera más científica y aceptable posible: el enfoque de Derecho, el enfoque inclusivo o de atención a la diversidad y el enfoque intercultural.

2.2. De la Parte Demandada: Solicita se revoque la sentencia apelada y se declare improcedente la demanda o alternativamente infundada en

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

todos sus extremos y se deje sin efecto la exhortación al Ministerio de Educación y la condena al pago de costos.

2.2.1 Primera Pretensión impugnatoria sobre improcedencia de la demanda:

La demanda cuestiona el texto de un documento que forma parte de la Política del Estado en materia de educación, que no puede ser considerado como una norma administrativa de carácter general; ya que, el proceso de acción popular se inicia contra decretos supremos, resoluciones, directivas u otras normas jurídicas de alcance general, que establecen cómo debe llevarse a cabo la función administrativa del Estado y no contra instrumentos o documentos de gestión.

2.2.2. Segunda Pretensión impugnatoria para declararse infundada la demanda:

- a) Señala el apelante que el razonamiento de la Sala Superior es errado porque la frase: “*Si bien que aquello [sic] que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, no busca dar a conocer una nueva visión o forma de la sexualidad humana, sino explicar, junto con todo el texto del Currículo de Educación Básica, el Enfoque de Igualdad de Género, las relaciones que en nuestra sociedad existen entre hombres y mujeres a fin de identificar y eliminar los estereotipos que limiten el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones.
- b) La sentencia resulta contraria al artículo 1 de la Constitución Política de 1993 y a las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

previstas en los tratados sobre la materia, tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Para).

- c) La demanda fue declarada fundada en parte, pero no por contravención a la Constitución, a normas supranacionales o a todas las normas legales invocadas por la parte demandante, sino solo por haberse considerado como afectados los artículos 7 y 22 de la Ley General de Educación. Si la parte demandante discrepa de la opción asumida por el Reglamento de la Ley General de Educación (del año 2012), que establece que la participación en la formulación del Currículo Nacional de Educación Básica se concreta a través de un proceso de consulta, debió haber iniciado en su oportunidad un proceso de acción popular.

2.2.3 Tercera pretensión impugnatoria para dejarse sin efecto la Exhortación al Ministerio de Educación:

- a) La exhortación relacionada con la participación de la sociedad y los padres de familia en materia educativa, no es vinculante y solo debe ser entendida como una recomendación; pues, no cumple con los supuestos fijados por el Tribunal Constitucional para las sentencias exhortativas vinculantes.
- b) Asimismo, resulta innecesaria, debido a que la modalidad de participación ha sido definida en el Reglamento respectivo. El Ministerio de Educación en atención a las experiencias previas y las nuevas iniciativas que puedan surgir al respecto, con el uso de las nuevas

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

tecnologías de la información o las redes sociales, garantiza un proceso flexible de participación que permite que el Currículo de Educación Básica, como lo indica el artículo 34 de la Ley General de Educación, se enriquezca permanentemente y se respete la pluralidad metodológica.

2.2.4 Cuarta pretensión impugnatoria para que dejarse sin efecto la condena al pago costos del proceso:

- a) El recurrente sostiene que la Sala no desarrolla un solo argumento sobre el articulado legal que fundamenta la condena de costos, por lo que este extremo de la sentencia incurre en un vicio por motivación inexistente.
- b) De otro lado, la Sala Superior también ha ignorado la jurisprudencia de la Corte Suprema que señala que podrá eximirse del pago de costos si se acredita complejidad en la materia y la ausencia de manifiesta temeridad, supuestos que se cumplen en el caso de autos.

3.- DEMANDA CONSTITUCIONAL.

La demanda de acción popular, presentada por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, el día seis de enero del dos mil diecisiete, se ha interpuesto contra la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU , publicada el tres de junio del dos mil dieciséis, mediante la cual se aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete, y pretende se declare inconstitucional e ilegal, se dejen sin efecto y se deroguen, así como todos los documentos (guías, manuales, folletos, etc.) que se sustenten en aquellos; y se apliquen los criterios educativos vigentes que no incluyan disposiciones sobre la sexualidad no acordes con lo que los padres de familia no hayan consensuado.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Los demandantes consideran que la norma que impugnan vulnera los siguientes derechos constitucionales y legales:

- 1) El derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos en función a sus propias convicciones, regulado en el artículo 12 numeral 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y en el artículo 26 numeral 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 2) El derecho-deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos; educar a sus hijos y de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo, regulado en la Constitución Política del Perú, en sus artículos 6 y 13.
- 3) El derecho a la libertad de pensamiento y libertad de empresa, regulados en la Constitución Política, artículos 2 numeral 4 y 59 respectivamente.
- 4) El derecho de los padres de familia y de la sociedad en general a participar en el proceso de diseño de la política pública en educación, regulado en la Ley General de Educación, Ley N° 28044, en sus artículos 7, 22, 24 y 68.
- 5) El derecho de los padres a dirigir el proceso educativo de los hijos, como manifestación de la patria potestad que ejercen, regulado en el Código Civil, en el numeral 2 del artículo 423.
- 6) El derecho de los padres a dirigir el proceso educativo de los hijos, como manifestación de la patria potestad que ejercen, regulado en el literal "e" del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°27337).
- 7) El derecho de la sociedad de participar organizadamente en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local, regulado en el Decreto Supremo N° 011-2012-ED, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley N° 28044 , Ley General de Educación, en su artículo 15.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

PARTE CONSIDERATIVA:

Proceso Constitucional de Acción Popular.

PRIMERO: El proceso constitucional de acción popular, es aquel que puede ser emprendido por cualquier ciudadano, independientemente de que la norma que se impugne le afecte o no, pues procede ante un supuesto que perjudique a la colectividad. Es decir, a través de este proceso se reconoce la posibilidad de que cualquier ciudadano defienda un interés que no le concierne como simple particular, sino como miembro de una determinada colectividad.

En otros términos, el proceso constitucional de acción popular está pensado en una suerte de control ciudadano sobre el poder reglamentario de la Administración Pública, en tanto que ella, mediante su actividad que le es propia, puede vulnerar las leyes y la Constitución; en ese sentido, el artículo 200 inciso 5 de la Constitución Política del Estado establece que la acción popular es un proceso constitucional que se interpone contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, por infracción de la Constitución y de la ley.

SEGUNDO: Asimismo, el artículo 76 del Código Procesal Constitucional¹² añade: “(...) *siempre que infrinjan la Constitución o la ley o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso*”. Como lo sostiene el maestro Domingo García Belaunde¹³: “*El proceso de acción popular está pensado como una suerte de control que ejerce cualquier ciudadano sobre el poder reglamentario de la*

¹² Código Procesal Constitucional, Artículo 76: “La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso”.

¹³ GARCIA BELAUNDE, Domingo: “Garantías Constitucionales en la Constitución Peruana de 1993”, En: Lecturas sobre temas constitucionales volumen Nro. 10. Comisión Andina de Juristas, Lima 1994, p. 261.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

Administración Pública, y más, en particular, contra el Poder Ejecutivo, en la medida en que la Administración, mediante su propia actividad, puede vulnerar las leyes y la Constitución”.

TERCERO.- Es así, que al igual que el proceso de inconstitucionalidad, la acción popular es un proceso de control concentrado y de carácter abstracto, en tanto que el Juez constitucional observará su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución y sus leyes de desarrollo –a diferencia del control difuso- con independencia de su vinculación con un caso en particular; en consecuencia, debe tenerse presente que:

- A. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado, conforme a lo previsto por el artículo 51 de la Constitución Política del Perú.

- B. Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los Derechos Constitucionales, según lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Pretensión de improcedencia de la demanda.

CUARTO.- El apelante, Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, sostiene que la demanda debió de declararse improcedente porque la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y el Currículo Nacional de la Educación Básica (CNEB) no pueden ser considerados como una norma administrativa de carácter general, pues se cuestiona el texto de un documento que forma parte de la implementación de una política pública

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

en materia de educación. En el proceso de acción popular se cuestionan normas jurídicas y no instrumentos o documentos de gestión.

QUINTO.- En el caso de autos, la norma cuestionada es una Resolución Administrativa de rango infra legal; entonces, en principio, debemos analizar si la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha tres de junio del dos mil dieciséis, que aprobó el Currículo Nacional de Educación Básica y como anexo forma parte integrante de la indicada resolución, tiene o no alcance general; al respecto, el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS¹⁴, “Reglamento que Establece Disposiciones Relativas a la Publicidad, Publicación de Proyectos Normativos y Difusión de Normas Legales de Carácter General”, en su artículo 4 precisa que debe entenderse por norma legal de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados.

SEXTO.- De otro lado, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 007-2006-PI/TC¹⁵, ha establecido que la abstracción del supuesto de la norma y la indeterminación de sus destinatarios configuran la generalidad de una norma. Desde tal perspectiva, una norma que satisfaga estas condiciones es general. Sin embargo, la norma puede tener como destinatario a un conjunto

¹⁴ Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, artículo 4: “Para efectos de lo dispuesto en el presente Reglamento, entiéndase por norma legal de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica”.

¹⁵ Tribunal Constitucional, Expediente N° 007-2006-PI/TC: “El principio de generalidad de las normas que se infiere de lo establecido en el artículo 103, ab initio, de la Constitución, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho. Conforme a este principio las normas deben ser generales y no establecer un régimen contrario al Derecho de igualdad. El concepto de generalidad alude a que el supuesto comprendido por la norma es abstracto y los destinatarios de la misma son indeterminados. Así, la abstracción del supuesto y la indeterminación de sus destinatarios configuran la generalidad de una norma. Desde tal perspectiva, una norma que satisfaga estas condiciones es General. Ahora, bien, una norma general puede, no obstante, tener como destinatario a un conjunto o sector de la población, con lo cual no se infringe este principio, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas”.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

o sector de la población, con lo cual no se infringe este principio, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas.

SÉPTIMO.- En principio, debe tenerse presente, que conforme al artículo 80, inciso c), de la Ley General de Educación, Ley N° 2 8044, corresponde al Ministerio de Educación (MINEDU) elaborar los diseños curriculares básicos de los niveles y modalidades del sistema educativo; y en mérito a dicha facultad, se aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica dos mil diecisiete (CNEB), materia del presente proceso, que establece los aprendizajes que se espera logren los estudiantes como resultado de su formación básica en concordancia con los fines y principios de la educación peruana; y también constituye un instrumento base de la política educativa, que tiene como objetivo la mejora de los aprendizajes de los estudiantes y enmarca los esfuerzos que el Ministerio de Educación - MINEDU realiza por la mejora de la competitividad docente, la infraestructura educativa y la gestión de las Instituciones Educativas.

OCTAVO.- Las Políticas de Estado definen lineamientos generales que orientan el accionar del Estado en el largo plazo a fin de lograr el bienestar de las personas y el desarrollo sostenible del país. Las líneas de actuación estratégicas de un país, independientemente de la tendencia política existente en un contexto determinado, debe guiarse por un proyecto a largo plazo sobre temas como la educación, la infraestructura básica, la salud, el empleo o la seguridad ciudadana.

NOVENO.- Resulta evidente que el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB constituye un instrumento que contiene la Política Nacional de Educación en relación con la Educación Básica que comprende los niveles de Inicial, Primaria y Secundaria y la competitividad docente; en

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

consecuencia, esta norma sí tiene carácter general porque regula derechos y obligaciones dentro del ámbito educativo público y privado a nivel nacional para el cumplimiento de objetivos y metas estratégicas de interés público, en concordancia, con el artículo 16 de la Constitución Política que precisa que el Estado coordina la política educativa, formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos y supervisa el cumplimiento y calidad de la educación y el artículo 79 de la Ley General de Educación, Ley N° 28044, que establece que el Ministerio de Educación - MINEDU es el órgano de gobierno que tiene por finalidad definir y articular la política de educación, en concordancia con la Política General del Estado.

DÉCIMO.- Por tanto, el *Curriculum Nacional para la Educación Básica del año dos mil diecisiete, así como la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU*, que no sólo lo aprueba, sino que dispone su implementación a partir del uno de enero del dos mil diecisiete, en todas las instituciones y programas educativos públicos y privados de la Educación Básica del país, **sí pueden ser cuestionados a través del proceso constitucional de Acción Popular**, conforme al acotado artículo 200 numeral 5 de la Constitución Política del Perú, por tener carácter general.

Pronunciamiento sobre el fondo de la controversia:

Derecho Constitucional a participar en las políticas públicas educativas.

DÉCIMO PRIMERO.- La participación ciudadana podemos definirla como el conjunto de sistemas y mecanismos por medio de los cuales la sociedad civil en su conjunto, puede tomar parte de las decisiones públicas.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Asimismo, se pueden distinguir cuatro niveles de participación:

1.- Informativo: El objetivo es proveer información sobre el tema debatido, es unidireccional y no existe posibilidad de intervención directa alguna.

2.- Consultivo: El objetivo es promover la participación activa de personas y grupos para que presenten sus opiniones y sugerencias.

3.- Resolutivo: El objetivo es convocar a personas y grupos con posibilidades reales de influir respecto a un tema específico, que participan de un proceso de negociación, producto del cual se establecen acuerdos vinculantes.

4.- Cogestión: El objetivo es convocar a actores claves para ser parte de un proceso de toma de decisiones que involucra más de un tema específico¹⁶.

DÉCIMO SEGUNDO.- La Sala Superior ha declarado fundada en parte la demanda, sosteniendo que se ha vulnerado el derecho de la sociedad civil y de los padres de familia al no haberseles previamente consultado sobre el contenido del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB del dos mil diecisiete, sosteniéndose que existe infracción legal de los artículos 7 y 22 de la Ley General de Educación, Ley N°28044¹⁷.

¹⁶ SANHUEZA, A. "Participación Ciudadana en La Gestión Pública", Corporación Participa, Chile, 2004.

¹⁷ Ley 28044, artículo 7.- Proyecto Educativo Nacional: "El Proyecto Educativo Nacional es el conjunto de políticas que dan el marco estratégico a las decisiones que conducen al desarrollo de la educación. Se construye y desarrolla en el actuar conjunto del Estado y de la sociedad, a través del diálogo nacional, del consenso y de la concertación política, a efectos de garantizar su vigencia. Su formulación responde a la diversidad del país".

Ley 28044, Artículo 22.- Función de la Sociedad: "La sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad y equidad de la educación. Ejerce plenamente este derecho y se convierte en sociedad educadora al desarrollar la cultura y los valores democráticos.

A la sociedad, le corresponde:

- a) Participar en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local.
- b) Colaborar en la prestación del servicio educativo y en el desarrollo de programas y proyectos que contribuyan al logro de los fines de la educación peruana.
- c) Promover la creación de un entorno social favorable al aprendizaje y cuidado de sus miembros, desarrollando una cultura de responsabilidad y vigilancia ciudadana que garantice la calidad educativa y la ética pública".

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Sin embargo, respecto al acotado artículo 7, el mismo no resulta aplicable al caso de autos, porque está referido al Proyecto Educativo Nacional (PEN) que constituye otro documento de gestión educativa distinto al Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, materia de este proceso; pero además, tampoco podría serlo porque el indicado Proyecto fue aprobado por Resolución Suprema N° 001-2007-ED, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día siete de enero de dos mil siete, es decir, hace más de once años.

DÉCIMO TERCERO: Ahora bien, en cuanto al acotado artículo 22 de la Ley N°28044, en efecto, la sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad de la educación, participando en las políticas educativas y colaborando en programas y proyectos; asimismo, ello se encuentra desarrollado en los artículos 15 y 27 del Reglamento de la Ley General Educación, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2012 -ED¹⁸, que precisan que la sociedad participa organizadamente y que el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB es fruto de un proceso de consulta amplia con la comunidad educativa, las organizaciones sociales, comunales, otros agentes del Estado y la sociedad civil.

Interpretando literalmente las normas indicadas anteriores, resulta evidente que **sí está previsto el Derecho de participación ciudadana para la elaboración del CNEB a través de la sociedad civil**, lo cual también fluye de la última parte del artículo 13 de la Constitución Política al indicar que los

¹⁸ **Reglamento de la Ley General Educación, D.S. 011-2012-ED, Art. 15: Rol de la Sociedad:** “La sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad y equidad de la educación. Participa organizadamente en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local. En su rol de sociedad educadora, contribuye, conjuntamente con el Estado y otros organismos públicos y privados en la prestación del servicio educativo, el desarrollo de programas y proyectos que contribuyan al logro de los fines de la educación, mediante la creación de un entorno social favorable al aprendizaje y cuidado de sus miembros, desarrollando una cultura de responsabilidad y vigilancia ciudadana que garantice la calidad educativa y la ética pública”.

Artículo 27, Currículo Nacional de la Educación Básica, párrafos cinco y siete, respectivamente: “La construcción de este currículo es fruto de un proceso de consulta amplia con la comunidad educativa, las organizaciones sociales y comunales, otros agentes del Estado y la sociedad civil (...).

La aprobación o modificación se realiza sobre la base de un proceso de consulta y con opinión del Consejo Nacional de Educación, con el propósito de asegurar el logro de sus objetivos y mejorar la calidad educativa. El Currículo Nacional tiene una vigencia de cinco años”.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

padres de familia tienen el derecho de participar en el proceso educativo de sus hijos.

DÉCIMO CUARTO.- No obstante ello, conforme lo precisa expresamente el artículo 27 del Reglamento de la Ley General de Educación, esta participación se encuentra en el nivel consultivo, que como se tiene dicho, implica generar canales para recibir opiniones o sugerencias, entre otros, de los padres, de los alumnos y debe realizarse a través de las Asociaciones de Padres de Familia (APAFA), del Consejo Educativo Institucional (CONEI), conforme lo previsto en la Ley N° 28628 y del Consejo Nacional de Educación, según lo prescrito por el Decreto Supremo N°007-2002-ED; y no podría ser de otra forma, porque es materialmente imposible poder consultar a cada uno de los padres de familia de los ocho millones seiscientos mil alumnos que, aproximadamente, iniciaron el año escolar dos mil diecisiete.

DÉCIMO QUINTO.- De otro lado, respecto a los canales participativos generados por el Ministerio de Educación - MINEDU previos a la aprobación del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, tenemos que:

1. El Consejo Nacional de Educación emitió Opiniones Institucionales con fechas veinticuatro de mayo, diez de octubre y cuatro de diciembre del año dos mil dieciséis¹⁹.
2. De la parte considerativa de la propia Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU consta que mediante Oficio N° 1466-2016 -MINEDU-VMGP-DIGEBR la Dirección General de Educación Básica y otros, remitieron el Informe Técnico N° 001-2016-MINEDU-VM GP-DIGEBR-LVT.JLEA que sustenta la necesidad de aprobación del Currículo

¹⁹ <http://www.cne.gob.pe/index.php/opiniones-institucionales-2016.html>
http://www.cne.gob.pe/images/stories/cne-pronunciamientos/cne_pronunciamiento_058.pdf

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Nacional de Educación Básica - CNEB, el cual es producto de un proceso de consulta amplia con la comunidad educativa, las organizaciones sociales y comunales, otros agentes del Estado y la sociedad civil entre los años dos mil doce a dos mil dieciséis; el mismo que también recibió opinión del Consejo Nacional de Educación a través del Oficio N° 032-2016-MINEDU/DM-CNE, lo cual se confirma con la información que aparece del CD que obra en autos a fojas quinientos sesenta y tres y los documentos de fojas quinientos sesenta y cuatro a seiscientos sesenta y siete, presentados por la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional.

DÉCIMO SEXTO.- Siendo esto así, habiéndose acreditado que el Ministerio de Educación - MINEDU estableció canales para que la sociedad civil, los padres de familia o cualquier ciudadano pudieran participar a través de sus opiniones y sugerencias respecto al contenido del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, **no existe** la infracción normativa del artículo 13 de la Constitución Política ni del artículo 22 de la Ley General de Educación, Ley N° 28044, como fuera establecida por la Sala de mérito en la sentencia recurrida.

Enfoque Transversal de Igualdad de Género.

DÉCIMO SÉPTIMO.- La parte actora sostiene en su escrito de demanda apartado 16, que: *“El enfoque de género debe someterse a consideración de los padres de familia, para ser incorporado o no en el Currículo de 2017, y es que se cuestiona como el enfoque distorsiona la enseñanza de la sexualidad en los niños desde los 4 años de edad. Pero no por la visión del enfoque en cuanto busca disminuir las brechas que distingue injustamente a varones y mujeres, para el ámbito laboral, de funciones o roles en el hogar (debidamente repartidas en una conversación de pareja), su intervención en*

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

política, etc., lo que viene a denominarse “equidad de género”; sino que se critica el enfoque de género en cuanto introduce el elemento “identidad de género”, que tiene una nueva visión de la sexualidad que va más allá de los géneros-sexos varón y mujer”.

DÉCIMO OCTAVO.- El Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB de dos mil diecisiete, en efecto, establece enfoques transversales en temas de interculturalidad, inclusión o atención a la diversidad, igualdad de género, igualdad de Derechos, enfoque ambiental y búsqueda de la excelencia, que se traducen en formas específicas de actuar, las cuales, en la medida que se consideran valiosas y por lo tanto deseables para todos, constituyen valores y actitudes que tanto estudiantes, maestros y autoridades deben esforzarse por demostrar en la dinámica diaria de la escuela.

Asimismo, específicamente, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB de dos mil diecisiete precisa: “*Todas las personas, independientemente de su identidad de género, tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente. La igualdad de género se refiere a la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones.*

Si bien aquello que consideramos ‘femenino’ o ‘masculino’ se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones. Si bien las relaciones de género históricamente han perjudicado en mayor medida a las mujeres, también existen dimensiones donde perjudican a los varones. En general, como país, si tenemos desigualdades de género, no podemos hablar de un desarrollo sostenible y democrático pleno”.

DÉCIMO NOVENO.- Además, la parte demandante también sostiene en el apartado 21 de su escrito de demanda que: “*La palabra ‘género’, en el*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

contexto de las manifestaciones sexuales, solo es utilizada por quienes de alguna manera defienden la distinción no de sexos sino de géneros, entre los seres humanos, por tanto que existen varias formas de manifestación de la sexualidad humana. Está claro que en varios organismos del Estado, desde el gobierno pasado, existen personas, servidores públicos, que han ido introduciendo esta nueva visión, hasta lograr configurar un nuevo ‘enfoque de género’: que guíe los estudios o cualquier plan o estrategia del Estado (todo el ‘Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables’ del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, está imbuido de esta forma de pensamiento). Una vez instalada la palabra ‘género’ en nuestro sistema jurídico, solo basta un cambio de contenido y podrá significar algo más que varón y mujer. Y todas las normas aspiran a esto, según los que comparten esta visión de la sexualidad”.

Sin embargo, debe tenerse presente que el propio Currículo Nacional de Educación Básica para el año dos mil diecisiete, contiene una definición de que se entiende por Igualdad de Género, precisando que: “*Todas las personas tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente. La Igualdad de Género se refiere a la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones. En una situación de igualdad real, los derechos, deberes y oportunidades de las personas no dependen de su identidad de género y, por lo tanto, todos tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos, así como para ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, contribuyendo al desarrollo social y beneficiándose de sus resultados*”.

A mayor abundamiento, también la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO, Organismo Internacional rector de la Educación, define la Igualdad de Género como: “la

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

*igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de las mujeres y los hombres, y las niñas y los niños. La igualdad no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, las responsabilidades y las oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron. La igualdad de género supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres, reconociéndose la diversidad de los diferentes grupos de mujeres y de hombres*²⁰.

De otro lado, nuestra Constitución Política, al reconocer los derechos fundamentales de las personas, en el artículo 2 numeral 1, hace referencia también al derecho de identidad y el Tribunal Constitucional se ha encargado, en reiterada y uniforme jurisprudencia (Expedientes N° 2223-2005-PHC/TC y 04509-2011-PA/TC) de precisar que dicho derecho tiene elementos de carácter objetivo y subjetivo; y en mérito a ello, todo persona tiene derecho constitucional a ser reconocido “**por lo que es y por el modo como es**”.

Principio de Dignidad.

VIGÉSIMO.- Debemos tener presente, en primer término, que tanto, el **artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**²¹, como el **artículo 1 de nuestra Constitución Política de mil novecientos noventa y tres**²², consagran, el principio de Dignidad Humana.

En consecuencia, la dignidad constituye el principio rector que irradia a todo nuestro sistema jurídico, es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de todos los Derechos Fundamentales.

²⁰ Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI)
<http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>

²¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

²² Artículo 1 de la Constitución Política de 1993: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Como lo sostiene el maestro Domingo García Belaunde²³: “*La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general*”.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Por su parte, el Tribunal Constitucional en el Expediente N°02101-2011-PA/TC-PUNO²⁴, ha sostenido que la dignidad de la persona humana es un valor y un principio constitucional, pero también es un *dínamo* de los Derechos Fundamentales; por ello, es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad. La realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que tanto los poderes públicos como los propios particulares deben garantizar su goce y ejercicio.

Derecho de Igualdad.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El Derecho a la igualdad constituye tanto un principio rector de la organización y actuación del Estado Constitucional, como un Derecho Fundamental de las personas de ser tratadas igual que las demás, es decir, recibir un trato igualitario, sin privilegios o desigualdades arbitrarias, para evitar toda clase de discriminación por cualquier razón.

²³GARCIA BELAUNDE, Domingo: “Diccionario de Jurisprudencia Constitucional”, Editorial Grijley, Lima, 2009.

²⁴ Tribunal Constitucional, Expediente N° 02101-2011- PA/TC- PUNO, Fundamento 4, sostiene que: “[...]la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un *dínamo* de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos” (STC 10087-2005-PA, fundamento 5).

“[...]la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía”.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

Es reconocido por diversos instrumentos jurídicos internacionales²⁵ y expresamente por el artículo 2.2 de nuestra Carta Magna.²⁶

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁷, ha indicado que el principio de igualdad y de no discriminación ha ingresado en el dominio del “*jus cogens*”, posee un carácter fundamental y permea todo el ordenamiento jurídico. Por tanto, los Estados tienen la obligación de no introducir y eliminar en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

A su turno, el Tribunal Constitucional²⁸, en reiterada jurisprudencia, también ha recordado que la igualdad tiene una doble condición, como principio,

²⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3, indica que: “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto” y el artículo 20 consagra que “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

Convención Americana de Derechos Humanos señala que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen 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, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Además dispone que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

²⁶ Constitución Política del Perú, artículo 2.2: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

²⁷ CIDH, Caso Yatama Vs Nicaragua: “El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico” (párrafo 155).

²⁸ Tribunal Constitucional, Expediente N° 02417 2013-P A/TC: “la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional [cfr. STC N.º 0045-2004- Al/TC, 20]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que jurídicamente resulten relevantes.

Igualmente ha recordado que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que “la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona,

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

vincula a todo el ordenamiento jurídico constitucional y como Derecho Fundamental, es el reconocimiento a no ser discriminado por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica u otras.

La igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, aunque ciertamente, es preciso recordar que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio. La igualdad jurídica presupone pues dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es.

VIGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, de lo analizado y lo que aparece del propio contenido del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, no fluye que al haberse incorporado el enfoque transversal de igualdad género en el currículo de educación básica regular, se hayan vulnerado los principios o derechos constitucionales²⁹ a la educación, participación en el proceso educativo de la sociedad y de los padres de familia y libertad de pensamiento; y normas legales sobre patria potestad y dirección por los padres del proceso educativo de sus hijos, que han sido invocados en la demanda por la parte accionante como parámetros de constitucionalidad y legalidad; por el contrario, el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281 -2016-MINEDU, contienen una política de Estado que se encuentra en sintonía con los principios constitucionales de dignidad, igualdad y no discriminación, desarrollados anteriormente, pues el enfoque de igualdad de género tiene como objetivo crear conciencia en los educandos de la importancia de

es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" [Opinión Consultiva N°4/84]. La / igualdad jurídica presupone pues dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es".

²⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 12.4.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 26.3.

Constitución Política del Perú, en sus artículo 2.4., 6, 13, 59

Ley General de Educación, Ley No 28044, en sus artículos 7, 22, 24, 68.

Código Civil, numeral 2 del artículo 423.

Código de los Niños y Adolescentes, literal "e" del artículo 74.

Decreto Supremo No 011-2012-ED, Reglamento de la Ley No 28044, artículo 15.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

eliminar los prejuicios y estereotipos que sustentan actualmente las desigualdades entre hombres y mujeres.

Asimismo, teniéndose en cuenta la grave crisis que atraviesa nuestra sociedad, por los innumerables casos de violencia de género en contra de las mujeres y otros grupos vulnerables, que han llegado a límites irracionales, como aquellos que se han cometido sosteniéndose en la única razón o estereotipo que: “*los hombres son los únicos que pueden dar por terminada una relación sentimental*”, poniendo en riesgo la vida e integridad física de las mujeres; el Estado está obligado a instrumentar acciones específicas para eliminar la discriminación de género e implementar políticas públicas para evitar que se repitan casos como estos.

En efecto, el Estado afrontando su obligación, pero además, cumpliendo con los compromisos internacionales asumidos, como los derivados de La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)³⁰, La Convención de Belém do Pará³¹, La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³², entre otros, y las Recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³³, ha promulgado la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres N° 28983 y aprobado el Plan Nacional de Igualdad de

³⁰ **CEDAW, artículo 5:** “Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres,, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

³¹ **Convención de Belén do Para, Artículo 8:** “Los Estados partes convienen en modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerbar la violencia contra la mujer”.

³² **Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 8:** “Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida (...); b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad”.

³³ **Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riff y Niñas vs. Chile.** Sentencia de 24 de febrero de 2012.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Género 2012-2017, el cual viene ejecutándose, desde hace varios años e implementándose en diversas instituciones públicas como aparece de cuadro siguiente:

Instancias y/o mecanismos responsables de la implementación de políticas para la Igualdad de género en el ámbito nacional al 2017

Entidad	Instancia / Mecanismo	Nombre	Sustento normativo
CONGRESO	Instancia	Comisión de la Mujer y Familia	Resolución Legislativa del Congreso N°025-2004-CR
PCM	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género – CEPLAN	RPCD N°047-2017-CEPLAN/PCD
	Instancia	Dirección de Asuntos Técnicos de DEVIDA	D.S. N° 047-2014-PCM ROF de DEVIDA Art. 34 y 35
	Mecanismo	Comité para la Igualdad de Género – DEVIDA	Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 124-2017-DV-PE
	Mecanismo	Comité para la Igualdad de Género – OSINERMING	Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N°060-2017-OS/PRES
	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género – SERVIR	Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 143-2017-SERVIR-PE
	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género – SUNASS	RP N°027-2017-SUNASS-PCD
MEF	Mecanismo	Grupo de trabajo para la Igualdad de Género	Resolución Ministerial N° 292-2017-EF/41
	Mecanismo	Comisión para la Igualdad de Género – SMV	RS N°076-2017-SMV/02
	Mecanismo	Comisión para la Igualdad de Género – SUNAT	RS N°214-2017/SUNAT
	Mecanismo	Grupo de trabajo para la Igualdad de Género – BANCO DE LA NACIÓN	RPE N°EF/92.1000 N°041-2017
	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género – PERU COMPRAS	RJ N° 077-2017-PERUCOMPRAS
	Mecanismo	Grupo de Trabajo como mecanismos para la igualdad de	Resolución Jefatural N° 120-2017-JEFATURA/ONP

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Entidad	Instancia / Mecanismo	Nombre	Sustento normativo
MIDIS	Instancia	Género – ONP	
		Dirección General de Políticas y Estrategias (DGPE)	
	Mecanismo	Dirección General de Coordinación de Prestaciones Sociales (DGCAPS)	Decreto Supremo N°005-2016-MIMP
		Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género	Resolución Ministerial N° 167-2017-MIDIS
	Mecanismo	Grupo de Trabajo como mecanismos para la Igualdad de Género – PNAEQW	Resolución de Dirección Ejecutiva N° 465-2017-MIDIS/PNAEQW
	Mecanismo	Comité para la Transversalización de los Enfoques de Género y Discapacidad - FONCODES	Creado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 139-2016-FONCODES/DE, y modificado su conformación mediante R.D.E. N° 71-2017-FONCODES/DE.
MIMP	Instancia	Grupo de Trabajo para la Transversalización del Enfoque de Género – PENSIÓN 65	Resolución Directoral N° 044-2017-MIDIS/P65-DE
		Dirección General de Igualdad de Género y No Discriminación	
		Dirección General de Transversalización del Enfoque de Género	Decreto Supremo N°003-2012-MIMP
		Dirección General contra la Violencia de Género	
	Mecanismo	Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual (PNCVFS)	Resolución Ministerial N° 316-2012-MIMP
MINAGRI	Mecanismo	Comisión Sectorial para la Igualdad de Género	Resolución Ministerial N° 296-2017-MIMP
	Mecanismo	Comisión Sectorial para la Igualdad de Género	Resolución Ministerial N°347-2017-MINAGRI
	Mecanismo	Comisión de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres - SENASA	RJ N°0019-2017-MINAGRI-SENASA
	Mecanismo	Red Intra-institucional para implementar la estrategia de transversalización del enfoque de género – INIA	Resolución Jefatural N° 0125-2016-INIA
MINAM	Mecanismo	Comisión para la Igualdad de Género – ANA	Resolución Jefatural N°221-2017-ANA
	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la	Resolución Ministerial N° 225-2017-

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Entidad	Instancia / Mecanismo	Nombre	Sustento normativo
		Igualdad de Género en el MINAM	MINAM
	Mecanismo	Comité de Género – SENAMHI	Resolución de Secretaría General N° 031-2016/SENAMHI
	Mecanismo	Comité de Género – OEFA	Resolución de Secretaría General N° 071-2016-OEFA/SG
	Mecanismo	Comisión para la Igualdad de Género –INAIGEM	Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 046-2017-INAIGEM/PE
	Mecanismo	Grupo de trabajo para la igualdad de género – IGP	Resolución de Presidencia N° 261-IGP/2017
	Mecanismo	Comité para la Igualdad de Género – PNCB	Resolución de Dirección Ejecutiva N° 013-2017-MINAM/VMDERN-PNCB
MINCETUR	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género – MINCETUR	RSG N°08/2017-PROMPERU/SG
MINDEF	Instancia	Dirección General de Política y Estrategia del Ministerio de Defensa - DIGEPE	
		Ejército del Perú: Dirección de Personal - COPERE.	
		Marina de Guerra del Perú: Dirección General de Personal – DIPERMAR	
		Fuerza Aérea del Perú: Dirección General de Personal – DIGPE	
	Mecanismo	Comité para la Igualdad de Género	Resolución Ministerial N° 1152-2017-DE/SG
MINEDU	Mecanismo	Comisión Sectorial de Naturaleza Temporal para la Transversalización de los enfoques de Derechos Humanos, Interculturalidad e Igualdad de Género	Resolución Ministerial N° 132-2017-MINEDU ³⁴
	Mecanismo	Comité para la igualdad de género –SUNEDU	Resolución de Superintendencia N° 0079-2017-SUNEDU
MINEM	Mecanismo	Comité para la Igualdad de Género	Resolución Ministerial N° 394-2017-MEM/DM
	Mecanismo	Grupo de trabajo como mecanismo para la Igualdad de Género – INGEMMET	Resolución de Presidencia N° 108-2017-INGEMMET/PCD
MININTER	Mecanismo	Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y	Resolución Viceministerial N°003-2009-IN-0103

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Entidad	Instancia / Mecanismo	Nombre	Sustento normativo
		hombres de la Institución Policial y el Ministerio del Interior	
	Mecanismo	Comité para la Igualdad de Género – MIGRACIONES	Resolución de Superintendencia N° 00178-2017-MIGRACIONES
MINJUS	Instancia	Dirección General de Derechos Humanos	Resolución Ministerial N° 0096-2016-MINJUS
	Mecanismo	Comisión sectorial para la transversalización del enfoque de género	RM N°0008-2017-JUS
	Mecanismo	Comisión de naturaleza permanente para la transversalización de enfoque de género – INPE	RPINP N°409-2015-INPE/P
MINSA	Instancia	Dirección de Salud Sexual y Reproductiva	Decreto Supremo N° 008-2017/SA – ROF
MRE	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género	Resolución Ministerial N° 0566-2017-MRE
	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género – APCI	Resolución Directoral Ejecutiva N° 086-2017/ACPI-DE
MTPE	Instancia	Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales, de la Dirección General de Derechos Fundamentales, Seguridad y Salud en el Trabajo.	Decreto Supremo N°004-2014-TR
MTC	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género	RM N°795-2017 MTC/01
	Mecanismo	Comisión Intra-sectorial del Sector Transportes y Comunicaciones	Resolución Ministerial N° 105-2011-MTC/01
	Mecanismo	Comité de Género – PROVIAS NACIONAL	Resolución Directoral N° 141-2015-MTC/20
	Mecanismo	Comisión de Transversalización de Género – PROVIAS DESCENTRALIZADO	Resolución Directoral N° 231-2017-MTC/21
MVCS	Mecanismo	Comisión Sectorial para la Igualdad de Género de naturaleza temporal y que depende del MVCS	Resolución Ministerial N° 369-2017-VIVIENDA
	Mecanismo	Comisión Institucional para la Igualdad de Género de naturaleza temporal - SENCICO	Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 136-2017-02.00
	Mecanismo	Comité para la Igualdad de	Resolución N° 058-2017/SBN

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Entidad	Instancia / Mecanismo	Nombre	Sustento normativo
PRODUCE		Género - SBN	
	Mecanismo	Comisión para la Igualdad De Género – COFOPRI	Resolución Directoral N° 159-2017-COFOPRI/DE
	Mecanismo	Grupo de trabajo para la Igualdad de Género – OTASS	Resolución Directoral N° 105-2017-OTASS/DE
	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género - Fondo MIVIVIENDA S.A.	Resolución de Gerencia General N° 66-2017-FMV/GG
	Mecanismo	Comité para la Igualdad de Género – SEDAPAL	Resolución de Gerencia General N° 433-2017-GG
PJ	Mecanismo	Grupo de trabajo para la Igualdad de Género	Resolución Ministerial N° 377-2017-PRODUCE
	Mecanismo	Mecanismo para la Igualdad de Género – FONDEPES	RJ N°058-2017-FONDEPES/J
	Mecanismo	Grupo de trabajo para la Igualdad de Género – SANIPES	Resolución de Dirección Ejecutiva N° 087-2017-SANIPES-DE
	Mecanismo	Grupo de Trabajo para la Igualdad de Género – INACAL	Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 125-2017-INACAL/PE
CNM	Mecanismo	Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial	Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 141-2016 del 21 de julio de 2016
DP	Instancia	Adjuntía para los Derechos de la Mujer	Resolución Defensorial N° 0012-2011/DP
MPFN	Instancia	Oficina del PLANIG del Ministerio Público	--
	Mecanismo	Comité del Mecanismo de Género	Resolución N°2888-2017-MP-FN
JNE	Instancia	Dirección Nacional de Educación y Formación Cívica Ciudadana	Resolución N°110-2016-P/JNE
	Mecanismo	Comité de Género del Jurado Nacional de Elecciones	Resolución N°193-2016-P/JNE
ONPE	Mecanismo	Comité encargado de implementar Políticas de Igualdad de Género al interior de la Oficina Nacional de Procesos Electorales	Resolución Jefatural N° 000177-2015-J/ONPE
RENIEC	Instancia	Gerencia de Restitución de la Identidad y Apoyo Social-GRIAS	Resolución Jefatural N° 073-2016/JNAC/RENIEC
	Mecanismo	Comité encargado de implementar Políticas de	Resolución Jefatural N° 105-2017/JNAC/RENIEC

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Entidad	Instancia / Mecanismo	Nombre	Sustento normativo
		Igualdad de Género al interior del RENIEC	

Fuentes: Diario Oficial El Peruano al 31 de diciembre de 2017, Base de datos de la Dirección General de Transversalización del Enfoque de Género – MIMP, informe de entidades. Elaboración: DPINGND – DGINGND – MIMP.

VIGÉSIMO CUARTO: De otro lado, debe tenerse presente que la sentencia de primera instancia, declaró fundada en parte la demanda, únicamente respecto a la frase contenida en el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB que indica: “*Si bien aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”.

En consecuencia, conforme a lo previsto por el artículo 79 del Código Procesal Constitucional, para interpretarse la misma, no solo debe considerarse la norma constitucional, sino en forma sistemática, las leyes que se hayan dictado para determinar las competencias o atribuciones de los órganos del Estado, y en el presente proceso tenemos no solo el contenido del Currículo Nacional de Educación Básica – CNEB, sino también, las políticas públicas del Plan Nacional de Igualdad de Género, la Ley General de Educación, Ley N° 28044 y la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (LIO), Ley N° 28983 que establecen el marco legal 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.

VIGÉSIMO QUINTO.- En efecto, el Plan Nacional de Igualdad de Género, precisa que el concepto “género” hace referencia a roles, conductas y

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

expectativas socialmente construidas relacionadas con el ser hombre o mujer y basadas en la diferencia sexual entre ellos, nuestra sociedad se caracteriza, lamentablemente, por ser machista, al haberse establecido estereotipos o roles donde se considera que los hombres son superiores, creándose asimetrías, relaciones de poder e iniquidades entre hombres y mujeres.

Por su parte, la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (LIO) tiene como objetivo establecer la política pública 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.

El enfoque de igualdad de género al observar de manera crítica las relaciones que nuestra cultura y sociedad construyen entre hombres y mujeres, permite la formulación de planteamientos para modificar dichas relaciones de desigualdad, erradicar toda forma de violencia basada en género, asegurar a las mujeres acceso a recursos y servicios de salud y educación, fortalecer su participación política y ciudadana, entre otros aspectos.

Del contenido de Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB no aparece lo sostenido por la parte accionante, que a través del *enfoque de género* se pretenda distorsionar la enseñanza de la sexualidad en los alumnos e imponer una nueva visión que va más allá de los géneros-sexos varón y mujer, sino que únicamente se pretende eliminar las brechas entre hombres y mujeres y sentar las bases en los alumnos para lograr una igualdad de género.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

En consecuencia, cuando se indica que las nociones de masculino y femenino se van construyendo día a día, está referido a estos roles o conductas enquistados en nuestra cultura, que conforman imágenes sociales generalizadas o preconceptos sobre características personales que deben cumplir los miembros de un determinado grupo social; y que tienen que cambiar para alcanzar una auténtica igualdad de género, la efectiva protección de los derechos humanos para mujeres y hombres y el pleno desarrollo de sus potencialidades y capacidades individuales y colectivas; y que mejor que hacerlo a través de la educación de los niños y adolescentes.

Derechos de los padres de familia a elegir el colegio para la educación de sus hijos y del sector empresarial en educación para realizar una labor con axiología o ideario diferenciado.

VIGÉSIMO SEXTO.- Sostiene la parte demandante, fundamento 9, del escrito de demanda que: “*Se debe proteger la libertad de empresa orientada a la educación para poder dirigir un colegio con ideario o no, y con base científica en todas las materia de enseñanza; y de ahí la libertad de los padres para poder elegir el centro educativo según las preferencias de la familia*”.

Derecho a la Educación.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- La educación es un derecho constitucionalmente reconocido³⁵ y desarrollado en la Ley General de Educación, Ley N° 28044³⁶, que constituye la base fundamental para el desarrollo no sólo de la persona, sino de la sociedad en su conjunto.

³⁵ **Constitución Política, Artículo 13:** “La Educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.

³⁶ **Ley General de Educación, Ley Nro. 28044, Artículo 3:** “La educación como derecho La educación es un derecho fundamental de la persona y de la sociedad. El Estado garantiza el ejercicio del derecho a una educación integral y de calidad para todos y la universalización de la Educación Básica. La sociedad tiene la responsabilidad

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

Asimismo, la Constitución también garantiza la libertad de enseñanza y promueve la iniciativa privada para constituir instituciones educativas. Sin embargo, estos derechos, como cualesquiera otros, no son absolutos e irrestrictos, porque corresponde únicamente al Estado aprobar el Proyecto Educativo Nacional que contiene el conjunto de políticas que dan el marco estratégico a las decisiones que conducen al desarrollo de la educación tanto para los centros educativos públicos como para los privados.

VIGÉSIMO OCTAVO.- En efecto, la limitación de derechos fundamentales por parte de la Administración Pública, no se satisface únicamente con la observación del principio de legalidad, como lo ha precisado el Tribunal Constitucional³⁷, sino que deben también satisfacer exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, que en el caso de los derechos a la educación y la libertad de enseñanza, están ampliamente acreditadas por el interés general y el fin constitucionalmente valioso de las políticas públicas educativas que priman sobre el interés particular de un centro educativo específico.

La violencia de género constituye un problema social serio, que exige profundos cambios en la educación, para que a través de ella, se inculquen a los alumnos nuevas escalas de valores que se construyan sobre el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas sin distinción alguna,

de contribuir a la educación y el derecho a participar en su desarrollo. **Artículo 5:** Libertad de enseñanza La libertad de enseñanza es reconocida y garantizada por el Estado. Los padres de familia, o quienes hagan sus veces, tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho a participar en el proceso educativo y a elegir las instituciones en que éstos se educan, de acuerdo con sus convicciones y creencias. Toda persona natural o jurídica tiene derecho a constituir y conducir centros y programas educativos. El Estado reconoce, ayuda, supervisa y regula la educación privada con respeto a los principios constitucionales y a la presente Ley. La iniciativa privada contribuye a la ampliación de la cobertura, a la innovación, a la calidad y al financiamiento de los servicios educativos”.

³⁷ **Tribunal Constitucional, Expediente 2235-2004-AA/TC:** “6. Este Tribunal ha afirmado que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200º de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.”

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

eliminando todos los estereotipos o roles que generen discriminación y violencia.

VIGÉSIMO NOVENO.- De otro lado, respecto al derecho de los padres de familia de escoger el centro educativo que mejor convenga a sus convicciones, previsto en los artículos 12 numeral 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 26 numeral 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 13 de la Constitución Política, tampoco se ve afectado con la aprobación del “Currículo Nacional de Educación Básica 2017”, por establecer diversos enfoques transversales, entre ellos el de igualdad de género, por ser considerados socialmente valiosos y deseables para todos los alumnos y garantizan la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, de dignidad, igualdad y no discriminación, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y porque, además, dicha política pública mantiene incólume el derecho de los padres de familia de elegir el centro educativo que prefieran para la educación de sus hijos.

Tolerancia.

TRIGÉSIMO.- La tolerancia entendida como el respeto a las ideas, creencias o prácticas de los demás, cuando son diferentes o contrarias a las propias, es la expresión más clara del respeto por los demás, y como tal es un valor fundamental para la convivencia pacífica de las personas.

Por su parte, la intolerancia se manifiesta como discriminación, por cuanto unos seres humanos, someten a otros por considerarlos distintos, inferiores o como una amenaza contra el orden establecido, lo cual contraviene abiertamente nuestros principios constitucionales rectores de Dignidad de la Persona e Igualdad de Oportunidades y Derechos.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

La tolerancia es uno de los valores más importantes de las personas; la sociedad moderna tiene, como característica principal la diversidad, ya sea de pensamiento, ideología, formación, creencias, raza, idioma o cultura. Esta diversidad logra que cada sociedad se conforme con características únicas que fortalecen el carácter de cada individuo que la integra y con ello se fomenta el respeto y la tolerancia, generando un ambiente de paz y armonía.

En consecuencia, la aprobación por el Ministerio de Educación del “Currículo Nacional de la Educación Básica 2017” que establece los aprendizajes que se espera logren los estudiantes como resultado de su formación básica en concordancia con los fines y principios de la educación peruana; no puede ser considerado ilegal y menos inconstitucional por haber incluido el enfoque transversal de igualdad de género, que tiene como finalidad cumplir con la política pública de evitar la discriminación y garantizar a las mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía.

Exhortación al Ministerio de Educación y pago de costos.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Habiéndose desestimado la demanda en todos sus extremos, no cabe emitir exhortación o recomendación alguna al Ministerio de Educación - MINEDU; y asimismo, no apareciendo del presente proceso de Acción Popular, que la parte demandante haya actuado con manifiesta temeridad, al centrarse la controversia en un problema de interpretación de normas, tampoco procede imponer el pago de costos, conforme al artículo 97 del Código Procesal Constitucional.

PARTE RESOLUTIVA.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Por tales fundamentos, **MI VOTO** es porque **SE REVOQUE** la sentencia apelada, contenida en la resolución número treinta, de fecha trece de julio del dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró fundada en parte la demanda de acción popular; y **REFORMÁNDOLA**, se declare **INFUNDADA** en todos sus extremos, **sin costos**; **SE DISPONE** que la presente resolución se publique en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; en los seguidos por Francisco Javier Pacheco Manga y otros contra el Ministerio de Educación, sobre acción popular; y los devolvieron.

S.S.

BUSTAMANTE ZEGARRA

Rbz/kly

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS WALDE JÁUREGUI Y SÁNCHEZ MELGAREJO, ES COMO SIGUE: -----

VISTOS; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO:

MATERIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

Primero: Es objeto de apelación la sentencia emitida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia Lima, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante de fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, que declaró **fundada en parte** la demanda de acción popular interpuesta por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, en consecuencia declaró **nula** la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, sola mente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete, respecto al Enfoque de Igualdad de Género,

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

contenido en el acápite II - Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egreso, en la parte que se consigna: “Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley General de Educación, Ley N°28044.

SOBRE LA DEMANDA

Segundo: En el presente caso, Francisco Javier Pacheco Manga y otros, mediante escrito que corre de fojas trescientos sesenta y tres, interpusieron demanda de acción popular contra el Ministerio de Educación (en adelante, MINEDU), para que se deje sin efecto y se derogue la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, mediante la cual se aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete (en adelante, CNEB), así como todos los documentos (guías, manuales, folletos, etc.)

Tercero: Como se advierte de la demanda, los actores alegan que el dispositivo (Resolución Ministerial N° 281-2016-MIN EDU) y currículo cuestionado y todos sus anexos adjuntos, vulneran los siguientes derechos constitucionales y legales:

1. El derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos en función a sus propias convicciones, regulado por el artículo 12.4³⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el artículo 26.3³⁹ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³⁸ 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus convicciones.

³⁹ 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

2. El derecho y deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos regulado en el artículo 6⁴⁰ de la Constitución Política del Estado.
3. El derecho-deber constitucional de los padres de familia de educar a sus hijos y de escoger su centro de educación y de participar en el proceso educativo, regulado en el artículo 13⁴¹ de la Constitución Política del Estado.
4. El derecho a la libertad de la empresa, regulado en el artículo 59⁴² de la Constitución Política del Estado.
5. El derecho a la libertad de pensamiento, regulado en el artículo 2, numeral 4⁴³ de la Constitución Política del Estado.
6. El derecho de los padres de familia y la sociedad en general a participar en el proceso de diseño de la política pública en educación,

⁴⁰ Artículo 6.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos. La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y las informaciones adecuadas y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

⁴¹ Artículo 13.- Educación y libertad de enseñanza. La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.

⁴² Artículo 59.- Rol Económico del Estado. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

⁴³ Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho: (...) 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

regulado en la Ley General de Educación (en adelante, LGE), en sus artículos 7⁴⁴ y 22⁴⁵ (Proyecto Educativo Nacional).

7. El derecho del sector empresarial, dedicado a la labor de educación, de participar en el proceso de diseño de la política pública en educación, regulado en el artículo 24⁴⁶ de la LGE.
8. El derecho del sector empresarial, que participa en el sector educación a poder realizar su labor axiológica o ideario, que guie los lineamientos de su educación diferenciada, regulado en el artículo 68⁴⁷ de la LGE.

⁴⁴ **Artículo 7.- Proyecto Educativo Nacional.** El Proyecto Educativo Nacional es el conjunto de políticas que dan el marco estratégico a las decisiones que conducen al desarrollo de la educación. Se construye y desarrolla en el actuar conjunto del Estado y de la sociedad, a través del diálogo nacional, del consenso y de la concertación política, a efectos de garantizar su vigencia. Su formulación responde a la diversidad del país.

⁴⁵ **Artículo 22.- Función de la sociedad.** La sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad y equidad de la educación. Ejerce plenamente este derecho y se convierte en sociedad educadora al desarrollar la cultura y los valores democráticos.

A la sociedad, le corresponde:

- a) Participar en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local.
- b) Colaborar en la prestación del servicio educativo y en el desarrollo de programas y proyectos que contribuyan al logro de los fines de la educación peruana.
- c) Promover la creación de un entorno social favorable al aprendizaje y cuidado de sus miembros, desarrollando una cultura de responsabilidad y vigilancia ciudadana que garantice la calidad educativa y la ética pública.

⁴⁶ **Artículo 24.- Empresas.** Las empresas, como parte de la sociedad, contribuyen al desarrollo de la educación nacional. Les corresponde:

- a) Participar en el diseño de políticas educativas, contribuyendo a identificar las demandas del mercado laboral y la relación de la educación con el desarrollo económico productivo del país, y promover su cumplimiento.
- b) Promover alianzas estratégicas con instituciones educativas para el fomento de la investigación, el desarrollo tecnológico y la formación profesional de los trabajadores y estudiantes del sistema educativo, que permitan acceder a empleos de mejor calidad.
- c) Participar en el desarrollo de servicios y programas educativos y culturales, prioritariamente en el ámbito territorial de su asentamiento en armonía con su entorno social y natural.
- d) Brindar facilidades a su personal para realizar o completar su educación y mejorar su entrenamiento laboral dentro del local de trabajo o en instituciones educativas.

⁴⁷ **Artículo 68.- Funciones.** Son funciones de las Instituciones Educativas:

- a) Elaborar, aprobar, ejecutar y evaluar el Proyecto Educativo Institucional, así como su plan anual y su reglamento interno en concordancia con su línea axiológica y los lineamientos de política educativa pertinentes.
- b) Organizar, conducir y evaluar sus procesos de gestión institucional y pedagógica.
- c) Diversificar y complementar el currículo básico, realizar acciones tutoriales y seleccionar los libros de texto y materiales educativos.
- d) Otorgar certificados, diplomas y títulos según corresponda.
- e) Propiciar un ambiente institucional favorable al desarrollo del estudiante.
- f) Facilitar programas de apoyo a los servicios educativos de acuerdo a las necesidades de los estudiantes, en condiciones físicas y ambientales favorables para su aprendizaje.
- g) Formular, ejecutar y evaluar el presupuesto anual de la institución.
- h) Diseñar, ejecutar y evaluar proyectos de innovación pedagógica y de gestión, experimentación e investigación educativa.
- i) Promover el desarrollo educativo, cultural y deportivo de su comunidad.
- j) Cooperar en las diferentes actividades educativas de la comunidad.
- k) Participar, con el Consejo Educativo Institucional, en la evaluación para el ingreso, ascenso y permanencia del personal docente y administrativo. Estas acciones se realizan en concordancia con las instancias intermedias de gestión, de acuerdo a la normatividad específica.
- l) Desarrollar acciones de formación y capacitación permanente.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

9. El derecho de los padres a dirigir el proceso educativo de los hijos como manifestación de la patria potestad que ejercen, regulado en el artículo 423⁴⁸ numeral 2, del Código Civil.
10. El derecho de los padres a dirigir el proceso educativo de los hijos como manifestación de la patria potestad que ejercen, regulado en el artículo 74 literal c)⁴⁹ del Código de los Niños y los Adolescentes.
11. El derecho de la Sociedad de participar organizadamente en la definición y desarrollo de las políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local, regulado por el Decreto Supremo N°011-2012-ED, que aprueba el reglamento de la LGE, en su artículo 15⁵⁰.

Bajo esos cuestionamientos, entonces, en el presente proceso la controversia se circunscribe en determinar si la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y por ende el CNEB para el año dos mil diecisiete, en la perspectiva señalada en el considerando anterior, infringen los dispositivos (supranacionales, constitucionales y legales) antes reseñados.

Cuarto: La demanda fue estimada en parte por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien mediante resolución de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante a

m) Rendir cuentas anualmente de su gestión pedagógica, administrativa y económica, ante la comunidad educativa.

n) Actuar como instancia administrativa en los asuntos de su competencia.

ñ) Garantizar la inclusión educativa, oportuna y de calidad de los estudiantes con discapacidad En centros educativos unidocentes y multigrados, estas atribuciones son ejercidas a través de redes.

⁴⁸ **Artículo 423.-** Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: (...) 2.- Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.

⁴⁹ **Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.** Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad: (...) c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.

⁵⁰ **Artículo 15.- Rol de la sociedad.** La sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad y equidad de la educación. Participa organizadamente en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local.

En su rol de sociedad educadora, contribuye, conjuntamente con el Estado y otros organismos públicos y privados en la prestación del servicio educativo, el desarrollo de programas y proyectos que contribuyan al logro de los fines de la educación, mediante la creación de un entorno social favorable al aprendizaje y cuidado de sus miembros, desarrollando una cultura de responsabilidad y vigilancia ciudadana que garantice la calidad educativa y la ética pública.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, segundo tomo, del expediente principal, declaró fundada en parte la demanda presentada por Francisco Javier Pacheco Manga y otros.

AGRARIOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Quinto: La parte demandante con fecha cinco de setiembre de dos mil diecisiete, obrante de fojas mil quinientos noventa y tres, apela la sentencia manifestando los siguientes agravios:

Agravios relacionados con la primera pretensión

1. Lo que demuestran los documentos adjuntos en el expediente, es que los padres no fueron consultados no solo para tratar el tema del enfoque de género sino tampoco sobre ningún otro aspecto del currículo, por lo tanto, la anulación parcial del currículo es incoherente con lo probado y argumentado, debiéndose anular todo el currículo, hasta que como manda la Constitución (artículos 13, 14 y 16) y la LGE (artículos 7, 22 y 33) y según el petitorio de la demanda, se puede respetar el derecho de los padres a participar en la confección de los instrumentos de la política educativa.

2. La Sala Superior decidió que no se pronunciaría sobre la anulación de todo el currículo, sino solo sobre el enfoque de género, y sobre este una parte, sin emitir mayor sustento que el interpretar que era solicitado por los demandantes; lo que constituye una violación al derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al contener la sentencia apelada una motivación sustancialmente incongruente, no sólo porque si se solicitó la anulación de todo el currículo, sino porque abunda la prueba en el expediente de que nada del currículo se consultó a la sociedad civil representada por los padres de familia.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

3. Lo que queda claro, y así lo decidió el Constituyente de 1993, es que la política educativa es la única política pública que se confecciona en coordinación con la sociedad civil, en este caso, con los padres de familia, y así lo desarrolla expresamente la LGE (artículos 7, 22 y 34).

Agravios sobre la segunda pretensión

- 1) No se ha tenido en cuenta la plenitud de lo demandado: nulidad, por inconstitucionalidad de todo el currículo de dos mil diecisiete, por afectación a dos grandes derechos, uno el de participar en la política educativa y el otro el negarle la libertad de los padres a elegir el colegio que mejor les convenga, porque el nuevo enfoque transversal de igualdad de género uniformiza la educación en un aspecto que no es científico.
- 2) El contenido del enfoque de igualdad de género, como parte de la política del Estado, aunque sea consultado con la sociedad vulneraría la libertad de pensamiento de los padres y el derecho a guiar el proceso de formación educativa de los hijos, y sobre todo la libertad de poder elegir, la cual por naturaleza reclama la existencia de al menos dos opciones para poder existir como tal, es decir, como libertad, por eso es que dicha resolución ministerial vulnera la constitución y las leyes vigentes.
- 3) El Currículo Nacional de Educación Básica para el año 2017, aprobado por Resolución Ministerial N° 281-2006-MINEDU, contiene en diversas partes, una frase que hace referencia a una comprensión de la sexualidad que distingue géneros sexuales más allá del masculino y femenino: “identidad de género”. Por lo tanto, se entiende que el currículo además de formar en “equidad de género” (disminución de brechas entre hombres y mujeres producto de la visión machista de los

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

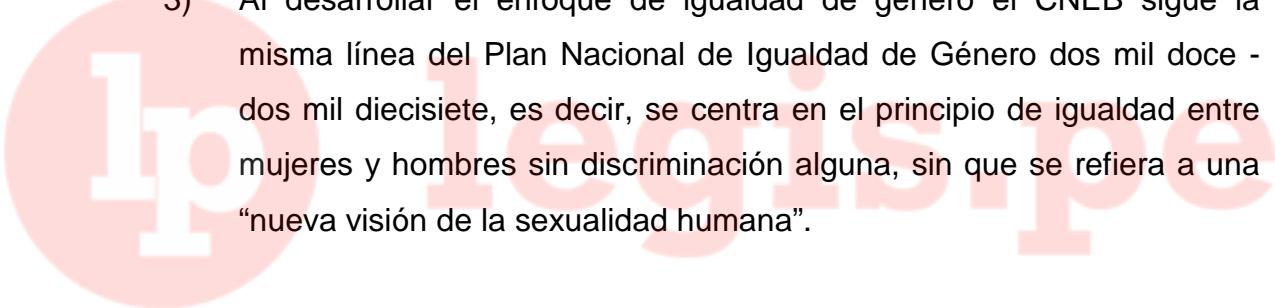
roles sociales, pero ya convenidos en otros enfoques transversales) formará en “*identidad de género*”, lo que representa una nueva visión de la sexualidad de las personas humanas; además, señala que la identidad de género se refiere a que el sexo no está relacionado directa y únicamente con lo biológico, sino sobre todo con lo psicológico, es decir, como se sienta la persona sobre su sexualidad, siendo que además plantea que no existen dos manifestaciones sexuales sino mucho más, y que esto se va construyendo con el paso del tiempo.

- 4) Sobre este tema, finaliza que si bien es cierto, el Colegiado Superior indica que no consultó a los padres, pero no hace un análisis de como el currículo vulnera el derecho de los padres a elegir el colegio de acuerdo a sus condiciones.
- 5) La palabra género, en el contexto de las manifestaciones sexuales solo es utilizada por quienes de alguna manera defienden la distinción no de sexos sino de géneros, entre los seres humanos, por tanto que existen varias formas de manifestación de la sexualidad humana.

Sexto: El Procurador Público especializado en materia constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, también apela la sentencia, por medio de su escrito de fojas mil seiscientos veinte, señalando que:

- 1) En atención a los criterios jurisprudenciales, la presente demanda de acción popular debió ser declarada improcedente, en tanto se cuestiona el texto de un documento que forma parte de la política del Estado en materia de educación, que no puede ser considerado como una norma administrativa de carácter general.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

- 
- 2) El enfoque de igualdad de género planteado en el CNEB es consecuencia de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Peruano al ratificar las dos convenciones (universal e internacional) en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, dado que es en el ámbito educativo en donde resulta esencial llevar acciones para cambiar los patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres que originan una situación de desigualdad.

 - 3) Al desarrollar el enfoque de igualdad de género el CNEB sigue la misma línea del Plan Nacional de Igualdad de Género dos mil doce - dos mil diecisiete, es decir, se centra en el principio de igualdad entre mujeres y hombres sin discriminación alguna, sin que se refiera a una “nueva visión de la sexualidad humana”.

 - 4) La ausencia de una argumentación jurídica coherente por parte de la Sala Superior para declarar fundada en parte la demanda, solo permite concluir que su decisión va en la primera línea alegada y expuesta por la parte demandante, siendo lo más perjudicial que será empleada para que esta (y quienes comparten sus pensamientos y líneas de acción en contra del derecho de igualdad) continúen, en diversos espacios, con un discurso contrario a la Constitución y los derechos fundamentales que esta reconoce a todas las personas, sin discriminación alguna.

 - 5) No puede dejar de observarse que en diferentes secciones de la sentencia, incluyendo la parte resolutiva, la Sala Superior indica que la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU aprobó un CNEB “para el año dos mil diecisiete”, lo que deja en claro que la Sala Superior ha desconocido los alcances del CNEB, incluso en lo referido a su vigencia temporal, que se relaciona con su aplicación progresiva.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

- 6) La ilegalidad determinada por la Sala Superior se da a partir de la posición que asume, de carácter subjetiva y no legal, sobre cómo debería ser la participación de la sociedad y los padres de familia en el proceso de formulación del CNEB, a partir de la mención de diversas normas constitucionales y legales no invocadas como parámetro de control ni identificadas como afectadas en el presente proceso.
- 7) La Sala Superior cometió un grave error en el análisis y aplicación de las normas jurídicas invocadas al determinar como parámetro de control del CNEB una norma legal, el artículo 7 de la LGE, que se relaciona con otro instrumento de gestión en el país, como lo es, el Proyecto Educativo Nacional, el cual fue aprobado hace más de diez años y con proyección al dos mil veintiuno.

SOBRE EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

Séptimo: El artículo 76 del Código Procesal Constitucional señala que: “*La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso*”.

Octavo: Al igual que el proceso de inconstitucionalidad, el de acción popular es uno de control concentrado y de carácter abstracto, en tanto que el Juez constitucional observará su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución y sus leyes de desarrollo -a diferencia del control difuso- con independencia de su vinculación con un caso en particular.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Noveno: De acuerdo al artículo 200, inciso 5, de nuestra Constitución Política del Estado, la acción popular es una garantía constitucional que procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. El proceso de acción popular constituye, en ese sentido, “*un mecanismo de control concentrado de las normas reglamentarias, que es ventilado exclusivamente al interior del Poder Judicial y que presenta como objetivos el velar por la defensa del artículo 51 de la Carta Magna (...), y el artículo 118 inciso 8) del mismo texto normativo (...).* Así, la Acción Popular es el remedio para defender la constitucionalidad y legalidad frente a las normas administrativas que la contradicen; es decir, es un medio de control constitucional y legal de tipo jurisdiccional sobre normas inferiores como son las de nivel administrativo (...)”⁵¹.

Décimo: Bajo esa perspectiva, el meollo fundamental de todo proceso de acción popular radica en determinar si la norma de rango inferior al de la ley, que es objeto del cuestionamiento en la demanda, en realidad contraviene la Constitución Política del Estado o alguna norma que sí tiene rango de ley⁵². Esto, según lo explica la doctrina nacional⁵³, “(...) el sistema jerárquico normativo peruano comienza con la Constitución escrita y sigue descendentemente con varios tipos de normas (...)” “El criterio de base empleado por Rubio permite ubicar en el plano nacional a la Constitución Política como la más alta jerarquía en el ordenamiento de Estado y, por tanto el eje que prevalece para ubicar de arriba hacia abajo -siguiendo el planteamiento Kelseniano- la estructura jerárquica de las normas en el Perú. Por ello, existirá un sistema singular de protección de esta supremacía, que son las garantías constitucionales: Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Acción de Inconstitucionalidad y Acción Popular (...). En la sucesión

⁵¹ GARIBALDI PAJUELO, Giancarlo, “El proceso de Acción Popular”, en CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús (coord.), *Garantías Constitucionales*, Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009, pp. 396-397.

⁵² Ibíd.

⁵³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución DE 1993: Veinte años después*, 6ta. Edición, Lima, agosto del 2012, pp. 340-341.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

jerárquica vienen después de la ley los decretos y resoluciones que obviamente no pueden transgredir ni desnaturalizar la ley”.

MATERIA CONTROVERTIDA.

Bajo los cuestionamientos antes descritos, puede advertirse que la controversia en el presente caso se circumscribe a determinar si la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y por ende el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete, en la perspectiva señalada en el considerando anterior, infringen los dispositivos (supranacionales, constitucionales y legales) antes reseñados.

Sobre la improcedencia de la demanda

Décimo Primero: Acerca del cuestionamiento de la improcedencia de la demanda (octavo agravio), se debe indicar que la norma cuestionada es una Resolución Administrativa de rango infra legal; por tanto, se debe analizar si la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, la misma que fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el tres de junio de dos mil dieciséis, la cual aprobó el Currículo Nacional de Educación Básica y como anexo forma parte integrante de esa resolución. Al respecto se debe indicar que el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS sobre “Reglamento que establece las disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y Difusión de Normas Legales de Carácter General” establece en su artículo 4, lo que debe entenderse por norma de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declara o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio vinculado a la Administración Pública y a los Administrados.

Décimo Segundo: Por su parte, las políticas de Estado definen lineamientos generales que orientan el accionar del Estado en el largo plazo a fin de

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

lograr el bienestar de las personas y el desarrollo sostenible del país⁵⁴. En la terminología política se utiliza el concepto de política de Estado para referirse a los principios fundamentales que deben servir como guía para el gobierno de una nación. En este sentido, las políticas de Estado no deberían asociarse a un gobierno concreto o una ideología determinada. Por el contrario, con esta denominación se alude a todos aquellos asuntos que se consideran claves para defender los intereses generales de una nación⁵⁵.

Décimo Tercero: Estando a ello, debe indicarse que, de acuerdo a lo estipulado en el inciso c) del artículo 80 de la LGE, el MINEDU es el encargado de elaborar los diseños curriculares básicos de todos los niveles y modalidades del sistema de educación en el país. Atendiendo a lo regulado en dicha norma se aprobó el CNEB para el año dos mil diecisiete, el cual es cuestionado en este proceso; por ello, este instrumento tiene como finalidad establecer los lineamientos para que los estudiantes alcancen los aprendizajes que se quiere lograr como resultado de la aplicación del mencionado currículo, que por lo demás constituye un instrumento base de la Política Educativa.

Décimo Cuarto: El CNEB (corresponde a *Educación Básica Regular, Educación Básica Alternativa y Educación Básica Especial*): tiene como fin orientar “los aprendizajes que se espera logren los estudiantes como resultado de su formación básica en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, el Proyecto Educativo Nacional y los objetivos de la Educación Básica”⁵⁶; es decir, para el logro de aprendizajes de niños, niñas y adolescentes que pasarán desde el nivel inicial, primaria y secundaria y que se encuentran en una etapa de formación de desarrollo físico y mental. Según el CNEB “El desarrollo de competencias plantea el

⁵⁴ <https://www.ceplan.gob.pe/politicas-y-planes/>

⁵⁵ <https://www.definicionabc.com/politica/politica-estado.php>

⁵⁶ Currículo Nacional de la Educación Básica-CNEB- 2016

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

desafío pedagógico de cómo enseñar para que los estudiantes aprendan a actuar de manera competente. En ese sentido, se han definido orientaciones para aplicar el enfoque pedagógico del Currículo Nacional, las cuales se enmarcan en las corrientes socioconstructivistas⁵⁷ del aprendizaje”.

Décimo Quinto: Bajo tal contexto, se puede concluir que el objetivo de la aplicación del CNEB corresponde a una política nacional de educación, la cual comprende todos los niveles educativos, por lo que se evidencia que la norma es una de carácter general, debido a que regula derechos y obligaciones dentro del ámbito educativo público y privado a nivel nacional. Ello también implica que los padres se encuentren inmersos dentro de dicha política educativa, pues a través de ellos, se supervisará el avance del aprendizaje que estarían logrando los estudiantes en el proceso educativo. Por tanto, el cuestionamiento de la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU así como el Currículo Nacional de Educación Básica, a través de un proceso de acción popular si es factible, en concordancia con lo normado en el artículo 200 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, debido al carácter general de la misma; razones por las cuales se debe desestimar el agravio relacionado con la improcedencia de la demanda.

Referente a la igualdad de género e identidad de género

Décimo Sexto: Cabe indicar que en el presente caso las partes intervenientes, para sustentar su posición, hacen alusión a los siguientes términos: i) identidad de género, y, ii) igualdad de género; por lo que, es necesario señalar que se entiende por ellos:

- **Identidad de género:** “(...) es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría

⁵⁷ El socioconstructivismo es una corriente de pensamiento que plantea que el conocimiento se construye por parte del sujeto que aprende y por la interacción con personas con diferentes niveles de conocimiento, de tal forma que su mutua influencia acaba produciendo aprendizaje.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”⁵⁸

Respecto de este concepto, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 6040-2015-PA/TC⁵⁹, del veintiuno de octubre de dos mil dieciséis, en los fundamentos 17, 18 y 19 correspondiente al voto singular del Magistrado Espinoza-Saldaña Barrera, define a la identidad de género, como:

“17. Existe consenso en señalar que el derecho a la identidad es, de un lado, el derecho a ser quien se es, a la propia biografía; y de otro, el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es: el derecho a una proyección y al reconocimiento de una autoconstrucción personal, la cual, por lo mismo, no puede ser impuesta por nadie’. Intentar imponer una identidad a alguien implica en los hechos negar a ese alguien y a la vida que quiere vivir y disfrutar.

18. Corresponde entonces aquí hablar sobre la identidad de género. Coincido en lo señalado en el preámbulo de los principios de Yogyakarta cuando señala que al hablar de identidad de género nos referimos a “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la que podría corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (...) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

⁵⁸<https://hivhealthclearinghouse.unesco.org/library/documents/diversidad-sexual-e-identidad-de-genero-en-la-educacion-aportes-para-el-debate-en>

⁵⁹ Caso Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), sobre personas Trans.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

19. Como bien se señala en diversos documentos internacionales, la identidad de género toma muchas formas. Además, y si bien puede determinarse en una edad temprana, en otros casos puede manifestarse en un momento posterior de la vida de cada quien, de acuerdo con la edad y otros factores sociales y culturales. No tiene esta identidad de género, finalmente, que coincidir con el sexo que en su momento se nos hubiese asignado”.

➤ **Igualdad de Género⁶⁰:** “La igualdad de género es un principio constitucional que estipula que hombres y mujeres son iguales ante la ley”, lo que significa que todas las personas, sin distingo alguno tenemos los mismos derechos y deberes frente al Estado y la sociedad en su conjunto. Sabemos bien que no basta decretar la igualdad en la ley si en la realidad no es un hecho. Para que así lo sea, la igualdad debe traducirse en oportunidades reales y efectivas para ir a la escuela, acceder a un trabajo, a servicios de salud y seguridad social; competir por puestos o cargos de representación popular; gozar de libertades para elegir pareja, conformar una familia y participar en los asuntos de nuestras comunidades, organizaciones y partidos políticos.

Igualdad de género⁶¹, se define como “la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de las mujeres y los hombres, y las niñas y los niños”. La igualdad no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, las responsabilidades y las oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron. La igualdad de género supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres, reconociéndose la diversidad de los diferentes grupos de mujeres y de hombres.

⁶⁰ <http://puntogenero.inmujeres.gob.mx/madig/igualdad/index.html>

⁶¹ <https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Igualdad%20de%20genero.pdf>

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Para la UNESCO⁶², igualdad de género significa igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades para mujeres y hombres y para niñas y niños. Supone que se tengan en cuenta los intereses, necesidades y prioridades de mujeres y hombres, reconociendo la diversidad de los distintos grupos de personas. La igualdad de género es un principio relativo a los derechos humanos, un prerequisito para un desarrollo sostenible centrado en las personas y un objetivo en sí misma.

También es necesario mencionar, lo que significa **equidad de género**, “(...) es un concepto que se refiere al principio conforme al cual hombres y mujeres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficios de los bienes y servicios de la sociedad, incluyendo aquéllos socialmente valorados, oportunidades y recompensas, con la finalidad de lograr la participación equitativa de las mujeres en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar”⁶³. “Equidad de Género, se define como la imparcialidad en el trato que reciben mujeres y hombres de acuerdo con sus necesidades respectivas, ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado pero que se considera equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades. En el ámbito del desarrollo, un objetivo de equidad de género a menudo requiere incorporar medidas encaminadas a compensar las desventajas históricas y sociales que arrastran las mujeres”⁶⁴.

RESPECTO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIAS

Décimo Séptimo: Por otro lado, para resolver lo que es materia de autos, se debe tener en consideración algunos aspectos vinculados con la acción popular, como por ejemplo, el juicio de proporcionalidad o *test de*

⁶² <http://www.unesco.org/new/es/havana/areas-of-action/igualdad-de-genero/>

⁶³ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3174/3.pdf>

⁶⁴ <https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Igualdad%20de%20genero.pdf>

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

proporcionalidad, cuyo origen es atribuido a la justicia germánica, es en la doctrina y jurisprudencia internacional no solo el medio más idóneo de arribar a la ponderación, sino también de realizarla. Este, en términos de sus defensores, no es más que la manifestación del principio de proporcionalidad (supra-principio rector del ordenamiento jurídico) y se descompone en tres partes⁶⁵: i) Subprincipio de adecuación, por el cual se proscribe las medidas que perjudiquen o afecten la vigencia de algún principio constitucional, cuando estas no promuevan, a su vez, la vigencia o realización de algún otro. ii) Subprincipio de necesidad, el cual requiere que la medida restrictiva adoptada sea la menos gravosa para el principio constitucional afectado, entre todas aquellas que era posible elegir para promover la vigencia del otro. iii) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, por el cual se busca la optimización concreta de cada uno de los principios en conflicto, bajo la regla que reza “*como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro*”⁶⁶. Dentro de este esquema, cada uno de los subprincipios antes indicados se traslada a la práctica del juicio de proporcionalidad a través de tres juicios consecutivos y excluyentes cuyo resultado determinará la regla de prevalencia entre los principios en conflicto que regirá para el caso concreto. Los dos primeros juicios (juicio de *adecuación* y juicio de *necesidad*), buscarán la optimización relativa de los principios involucrados en atención a las posibilidades materiales de su realización; y el último (juicio de *proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*), en atención a las posibilidades jurídicas, de acuerdo al grado en que se encuentra comprometido cada uno de los principios involucrados en el conflicto, tanto abstracta como concretamente.

⁶⁵ ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°11, primera edición 2009, México, Porrúa, p. 8.

⁶⁶ Ídem, p. 9.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Décimo Octavo: En principio, cabe mencionar que la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día tres de junio de dos mil dieciséis, aprueba el CNEB, disponiéndose la implementación del mismo a partir del primero de enero de dos mil diecisiete; en dicho Currículo se consigna como Enfoques Transversales para el Desarrollo y Logro del Perfil de Egreso, los siguientes: Enfoque de derechos, Enfoque inclusivo o de atención a la diversidad, Enfoque intercultural, **Enfoque de igualdad de género**, Enfoque ambiental, Enfoque de orientación al bienestar común, Enfoque búsqueda de la excelencia. En el mismo documento se consigna que “*El desarrollo y logro del perfil del egresado es el resultado de la constante acción formativa del equipo de docentes y directivos de la Institución Educativa, los mismos que responden a los principios educativos declarados en la Ley General de Educación y otros principios que responden a las demandas del mundo contemporáneo.*”⁶⁷ Asimismo, se ha determinado que “*los enfoques transversales –sus significados y sus pautas de comportamiento- se impregnán en las competencias que se busca que los estudiantes desarrollen; orientan en todo momento el trabajo pedagógico en el aula e imprimen características a los diversos procesos educativos*”⁶⁸.

Décimo Noveno: Por otro lado, en el punto II sobre Enfoques Transversales para el desarrollo del Perfil de egreso, numeral 4, segundo párrafo, acerca del “Enfoque Igualdad de Género”, se señala: “***Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones. Si bien las relaciones de género históricamente han perjudicado en mayor medida a las mujeres, también existen dimensiones donde perjudican a los varones. En general, como país, si tenemos***

⁶⁷ Los ocho primeros principios provienen de la Ley General de Educación (Art 8º). El principio de Igualdad de Género se ha tomado y adaptado del Plan Nacional de Igualdad de Género 2012 – 2017” (Aprobado por D.S N° 004-2012-MIMP; p.17), el cual se encuentra en la línea normativa que coloca a la igualdad de género como política de Estado.

⁶⁸ Diseño de Educación Básica de Secundaria (2016) pp.12 y 48.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

desigualdades de género, no podemos hablar de un desarrollo sostenible y democrático pleno". [Resaltado agregado].

Vigésimo: Complementando lo anteriormente expuesto, es necesario precisar que, el MINEDU a través de la Resolución Ministerial N°159-2017-MINEDU, de fecha ocho de marzo de dos mil diecisiete, resolvió modificar el CNEB aprobado por Resolución Ministerial N°281-2016 (Anexo 1). Así en la página dieciséis del Currículo, que define el enfoque de igualdad de género decía: “*Todas las personas, independientemente de su identidad de género, tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente*” Ahora dice: “*Todas las personas tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente. La igualdad de género se refiere a la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones*”. Del mismo modo, aparece modificado el segundo párrafo del precitado enfoque, de la siguiente manera: “*Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones. Desde que nacemos, y a lo largo de nuestras vidas, la sociedad nos comunica constantemente qué actitudes y roles se esperan de nosotros como hombres y como mujeres. Algunos de estos roles asignados, sin embargo, se traducen en desigualdades que afectan los derechos de las personas, como por ejemplo cuando el cuidado doméstico es asociado principalmente a las mujeres se transforma en una razón para que una estudiante deje la escuela”* (**Resaltado agregado**).

Vigésimo Primero: Como antecedente al Enfoque de igualdad de género, mencionamos a la visión de “equidad de género” la cual ya ha sido implementada en varios currículos nacionales. Así en el Diseño Curricular Básico de Secundaria de los años dos mil catorce⁶⁹, dos mil cinco⁷⁰ y dos mil

⁶⁹ Diseño de Educación Básica de Secundaria (2004) pp. 12 y 48

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

nueve⁷¹ se propone como Tema Transversal o asunto de trascendencia e interés general “Educación para la Equidad de Género” que fomenta el acceso equitativo, el respeto a su condición de persona y el disfrute de los bienes materiales y culturales sin estereotipos de género. Además de ello, también se aprecia en los diseños curriculares mencionados que se han considerado otros temas transversales como la educación para la convivencia, la paz y la ciudadanía. Así también, en el área curricular de “Persona Familia y Relaciones Humanas” se desarrollan los conocimientos sobre sexualidad y género, los roles de género, estereotipos, entre otros⁷². No obstante ello, de la definición dada en el nuevo enfoque de “Igualdad de Género” implementado para el Diseño Curricular del año dos mil diecisiete, se advierte que se aleja de la “visión de equidad de género” y desde un nuevo matiz de enfoque de género busca la igualdad entre el varón y la mujer.

Vigésimo Segundo: Respecto a ello, cabe precisar que la parte demandante manifiesta que el CNEB para el año dos mil diecisiete, aprobado por Resolución Ministerial N° 281-2006-MIN EDU, contiene en diversas partes, una frase que hace referencia a una comprensión de la sexualidad que distingue géneros sexuales más allá del masculino y femenino: “identidad de género”. Por lo tanto, se entiende que el currículo además de formar en “equidad de género” (disminución de brechas entre hombres y mujeres producto de la visión machista de los roles sociales, pero ya convenidos en otros enfoques transversales) formará en “*identidad de género*”, lo que representa una nueva visión de la sexualidad de las personas humanas; además, señala que la identidad de género se refiere a que el sexo no está relacionado directa y únicamente con lo biológico, sino sobre todo con lo psicológico, es decir, como se sienta la persona sobre su

⁷⁰Diseño Curricular Nacional-proceso de articulación de Educación Básica de Secundaria (2005) pp. 22 y 197.

⁷¹ Diseño Curricular Nacional de Educación Básica Regular (2009). pp 35 y 413

⁷² Ibidem, p. 421.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

sexualidad, siendo que además plantea que no existen dos manifestaciones sexuales sino mucho más, y que esto se va construyendo con el paso del tiempo. Sobre este tema, finaliza que si bien es cierto, el Colegiado Superior indica que no consultó a los padres, pero no hace un análisis de como el currículo vulnera el derecho de los padres a elegir el colegio de acuerdo a sus condiciones.

Así también manifiesta que del citado Currículo se desprende que lo biológico no es determinante para configurar la sexualidad, sino que lo masculino y lo femenino se construye, está absolutamente claro, que la sexualidad adquiere un nuevo contenido ideológico. La palabra género, en el contexto de las manifestaciones sexuales solo es utilizada por quienes de alguna manera defienden la distinción no de sexos sino de géneros, entre los seres humanos, por lo tanto, existen varias formas de manifestación de la sexualidad humana.

Vigésimo Tercero: Por su parte, el Procurador Público del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, argumenta en sus agravios básicamente que el razonamiento de la Sala Superior es erróneo al señalar que la noción del enfoque transversal sobre igualdad de género, en el que se indica “*si bien que aquello (sic) que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, implica una nueva visión de la sexualidad humana, por lo que la sociedad y los padres de familia debieron participar en el proceso que dio lugar a dicha inclusión. En efecto, el apelante considera que la Sala Superior no ha entendido que a través de dicho enfoque no se busca dar a conocer una nueva visión o forma de la sexualidad humana, sino explicar, junto con todo el texto que se usa en el Currículo cuestionado, definir el enfoque de igualdad de género, las relaciones que en nuestra sociedad existen entre hombres y mujeres a fin de

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

identificar y eliminar estereotipos que limiten en ejercicio de derechos en igualdad de condiciones.

Asimismo, el impugnante afirma que la sentencia resulta contraria al artículo 1 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, el cual señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado; en tal sentido, aduce que confirmar la sentencia impugnada implicaría ir en contra de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos previstos en los tratados sobre la materia, tales como la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW) y la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (Convención de Belem do Para).

Vigésimo Cuarto: Ahora bien, cabe recalcar que respecto al enfoque de igualdad de género existen diferentes posturas ideológicas, doctrina, jurisprudencia, a favor y en contra de la inclusión del citado enfoque en el sistema educativo del Estado. Solo por citar algunos ejemplos que favorecen dicha posición mencionamos que: El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables desarrolló: El Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017 (PLANIG) que es el instrumento cuyo objetivo es transversalizar el enfoque de género en las políticas públicas del Estado Peruano, en sus tres niveles de gobierno, garantizando la igualdad y la efectiva protección de los derechos humanos para mujeres y hombres, la no discriminación y el pleno desarrollo de las potencialidades y capacidades individuales y colectivas. De esta manera, se espera garantizar a todas las personas, el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía; así como erradicar toda forma de discriminación, para alcanzar la igualdad real y efectiva⁷³. Por su parte Unicef Perú presenta como perspectiva de género

⁷³ Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú. Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017 (PLANIG), p.13

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

“Cuando hablamos de igualdad entre hombres y mujeres nos referimos a la construcción de relaciones igualitarias y horizontales entre ambos y a esto se le denomina perspectiva o enfoque de género. Asumir esta perspectiva significa trabajar por equilibrar las relaciones entre los seres humanos, al margen del sexo de cada uno y revertir las relaciones de subordinación de las mujeres en relación a los hombres. La perspectiva de género es un concepto relacional, considera las diferentes oportunidades que tienen los hombres y las mujeres, las interrelaciones existentes entre ellos y los distintos papeles que socialmente se les asignan y que sitúan al conjunto de las mujeres en una posición de desigualdad, es decir, de subordinación”⁷⁴.

Vigésimo Quinto: En contraposición a ello, citamos por ejemplo en la doctrina sobre este enfoque, a Jorge Scala, quien sostiene que “la Igualdad de Género, no es la igualdad de dignidad y derechos entre mujeres y varones. La igualdad de género significa que mujeres y varones seríamos iguales, pero en sentido de idénticos; esto es, absolutamente intercambiables. Esto es una consecuencia del presupuesto antropológico, según el cual todo ser humano podría con autonomía absoluta, elegir su propio género, ya que esto vale igualmente tanto para varones, como para mujeres. Por ello, la diferencia biológica sexual, es percibida casi como una provocación a la confrontación-mujeres boxeadoras o soldados, y no como un llamado a la complementariedad”⁷⁵. Así también, la catedrática de bioquímica y biología molecular Natalia López Moratalla, cita “Los avances de la neuroendocrinología y de la neuroimagen deberán tenerse en cuenta en la educación de las nuevas generaciones. Los slogans al uso «no existen sexos, sólo roles», impuestos desde la infancia, no reconocen lo que la ciencia pone de manifiesto: la naturaleza humana exige coherencia en los niveles genético, gonadal, genital y psicológico. El sexo es determinado por

⁷⁴ UNICEF (PERU). Recomendaciones de Política de Igualdad de Género en Educación.

⁷⁵ SCALA, Jorge. (2010) La Ideología del Género o el Género como herramienta de poder. Ediciones Logos. Argentina. p. 11

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

la herencia y, con ello, la propia identidad. El «yo» está somatizado en un cuerpo que necesariamente es de mujer o es de varón". Es un principio natural que el cuerpo humano no miente y siempre avisa de lo que le ocurre a la persona «titular» de ese cuerpo. Por el contrario, el cerebro puede errar en sus percepciones. Pero, aún entonces, todo lo que nos ocurre en la *psique* nuestro cuerpo lo somatiza⁷⁶.

Vigésimo Sexto: De lo expuesto en los considerandos anteriores se concluye que existen diversas posturas políticas e ideologías sobre el enfoque de igualdad de género, identidad de género, visión de roles de los hombres y mujeres, entre otros, lo que implica una manera distinta de pensar de las personas; en tal contexto, las políticas de Estado que definen los lineamientos generales para orientar el accionar del Estado en el largo plazo a fin de lograr el bienestar de las personas y el desarrollo sostenible del país⁷⁷; no debería asociarse a un gobierno concreto o una ideología determinada.

Vigésimo Séptimo: En consecuencia, consideramos que el Estado a través de sus políticas educativas no puede imponer de manera uniforme y oficial como las personas deben entender las diferencias entre el varón y la mujer o que si las nociones de "femenino" o "masculino" se basa en una diferencia biológica sexual que se va construyendo día a día en nuestras interacciones. Por lo que, concluimos que si el Estado pretende incluir esta perspectiva de educación sexual en las instituciones educativas, ésta se debe implementar con la participación y anuencia de los padres de familia; más aún, si como se mencionó en el vigésimo segundo considerando, la visión de "equidad de género" ya ha sido incluido en los diseños curriculares anteriores, en los que se propone como tema transversal "Educación para la Equidad de Género"

⁷⁶ Cuadernos de Bioética. Artículo: La identidad sexual: personas transexuales y con trastornos del desarrollo gonadal «no existen sexos, sólo roles»: un experimento antropológico necesitado de la biotecnología. Volumen XXIII número 2 (2012) Asociación Española de Bioética y Ética Médica. p. 371.

⁷⁷ <https://www.ceplan.gob.pe/politicas-y-planes/>

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

la cual fomenta el acceso equitativo, el respeto a su condición de persona y el disfrute de los bienes materiales y culturales sin estereotipos de género.

Vigésimo Octavo: Entonces, antes de proceder a analizar lo contenido en el CNEB, punto II sobre Enfoques Transversales para el desarrollo del Perfil de egreso, numeral 4, segundo párrafo, acerca del enfoque Igualdad de Género (descrito en el Vigésimo Considerando de la presente resolución); **corresponde examinar las normas involucradas en este proceso de acción popular**, ello, atendiendo al juicio de proporcionalidad y los supuestos que involucra la misma.

Vigésimo Noveno: En este orden de ideas, ***en cuanto al examen de idoneidad***, cabe hacer mención a la vulneración contenida en el punto 6 y 3 del tercer y quinto considerando de la presente resolución, respectivamente, relacionado con la afectación al derecho de los padres de familia y la sociedad en general a participar en el proceso de diseño de la política pública en educación, regulado en la Ley General de Educación, en sus artículos 7 y 22 (*Proyecto Educativo Nacional*); por lo que, para resolver la presente controversia es necesario mencionar lo que el Tribunal Constitucional ha señalado respecto a la educación, así tenemos que, en la sentencia N° 853-2015-PA/TC, del catorce de marzo de dos mil diecisiete, en su fundamento 5 y 6, señala:

“5. En cuanto a los bienes constitucionales directamente vinculados con el derecho a la educación, la Constitución ha previsto los siguientes: acceso a una educación adecuada (artículo 16), libertad de enseñanza (artículo 13), libre elección del centro docente (artículo 13), respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato psicológico y físico (artículo 15),

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18).

6. Adicionalmente, este Tribunal entiende que **dichos bienes constitucionales deben interpretarse en el marco del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución)** y a la respectiva normativa de protección internacional de los derechos humanos, tal como ordena la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución". [Resaltado agregado]

En concordancia con ello, se tiene que indicar que, el artículo 16 de la carta fundamental, refiere: "Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados. **El Estado coordina la política educativa.** Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación. (...)" . [Resaltado agregado]

Trigésimo: Por lo tanto, analizada la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, en el extremo cuestionado, se puede advertir que la misma no tiene coincidencia con lo regulado constitucionalmente, pues, como se puede advertir de los artículos de la Constitución antes indicados, a los padres se les da un rol en la educación de sus hijos, como es, el poder participar en el proceso educativo de los menores, siendo que además, el propio Estado tiene que coordinar la política educativa. De este modo, el artículo 22 de la LGE, respecto a la política educativa, pautaliza que la sociedad tiene el deber y derecho de contribuir con la calidad y equidad de la educación, y para la consecución de ello, a la sociedad le corresponde "Participar en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local", todo eso con la finalidad de poder lograr un proyecto educativo nacional tal como lo regula el artículo 7 de la ley en

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

comento; incluso, es oportuno mencionar que el último párrafo del artículo 34 refiere “*El proceso de formulación del currículo es participativo y se construye por la comunidad educativa y otros actores de la sociedad; (...)*”.

Trigésimo Primero: En ese sentido, cuando en el punto II sobre “Enfoques Transversales para el desarrollo del Perfil de Egreso”, numeral 4, segundo párrafo, acerca del “Enfoque Igualdad de Género”, menciona que: “***Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones. Si bien las relaciones de género históricamente han perjudicado en mayor medida a las mujeres, también existen dimensiones donde perjudican a los varones.*** En general, como país, si tenemos desigualdades de género, no podemos hablar de un desarrollo sostenible y democrático pleno”, es evidente que el enfoque que el Estado le da en lo que atañe a la “Igualdad de Género”, no es más que una proyección de lo que implica la sexualidad, concepto que no solo deberían aprender los educandos del nivel secundaria, sino que, cabe preguntar si los estudiantes del nivel básico y primario están capacitados para poder entender que conlleva la sexualidad, o si aquellos menores pueden efectuar una distinción que va más allá de lo que se puede identificar a la concepción natural de un “hombre” o “mujer”; por ende, lo contenido en el CNEB está destinado a que los centros educativos desarrollen un trabajo pedagógico orientado a efectuar una diferenciación biológica sexual sin considerar los niveles ni edad de los educandos; por lo tanto, el discutido currículo debió ser elaborado con la participación de la sociedad y los padres de familia, ello debido a que, como se ha mencionado, si los educandos del nivel inicial o primaria se encuentran capacitados para entender la diferencia biológica sexual que se pretende impartir, más aun, que los niños de inicial están en plena formación de su identidad e integridad personal, por lo que, antes que se implante esa concepción debió tenerse en cuenta si el mismo

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

conllevaría a una confusión en la mentalidad del menor de cómo éste se identifica como persona.

Trigésimo Segundo: Por su parte, acerca del examen de idoneidad de lo que aquí se analiza, se puede indicar que el extremo cuestionado no supera aquel parámetro, pues no aparece prueba contundente que demuestre que la implementación –acerca de la sexualidad en los colegios- se haya efectuado consultando con la sociedad o los padres de familia, tal como lo reconoce el artículo 22 de la LGE, en concordancia con el artículo 7 de la misma ley, artículo 16 de nuestra Constitución Política; ello, debido a que no hay justificación válida ni sustento alguno, por el cual se pretenda considerar que la participación de la sociedad y de los padres de familia sea indirecta o limitada; tanto más, si está de por medio la enseñanza de educandos que están en plena formación de su personalidad y de cómo se identificarán en un futuro; a lo que debe agregarse que, de autos aparece el Oficio N° 032-2016-MINEDU/DM-CNE⁷⁸ del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, remitido por el Presidente del Consejo Nacional de Educación al Vice Ministro de Gestión Pedagógica del Ministerio de Educación, relacionado con los enfoques transversales contenidos en el CNEB, en donde se reafirma la no participación – de los padres de familia – en la elaboración del cuestionado currículo, toda vez que, de dicho documento se aprecia lo siguiente: “(...). *Hacemos notar sin embargo que si bien se menciona en los principios la igualdad de género y el desarrollo sostenible, luego la presencia de ambos se diluye en el desarrollo de los enfoques. La recomendación del CNE es que se incluya un enfoque transversal de igualdad de género y se ajuste el enfoque ambiental para enfatizar el desarrollo sostenible. La recomendación sobre género se sustenta en la normativa mencionada en el mismo documento, que busca corregir una situación de desigualdad histórica (...)*”. [Subrayado agregado].

⁷⁸ Véase a fojas 763.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Entonces, se puede concluir que en ningún momento se realizó la consulta para la implementación del currículo cuestionado, pues, si bien es cierto que el Estado debe velar por la educación de los menores en el Perú, ello, no implica que se deba imponer una política educativa que vaya en contra de los intereses, creencias y/o pensamiento de los padres, toda vez que, son estos los que se encargan de la formación de la personalidad del menor el cual se origina en el hogar, lo cual, “debe ser reforzado” a través de la enseñanza en los colegios; es decir, se entiende que el aprendizaje de un menor debe ser compartido tanto por los padres como con el Estado, es por esa razón, que éste último no puede imponer un sistema educativo sin que previamente sea consultado con los responsables del menor, en este caso los padres de familia o la sociedad. Por consiguiente, de los argumentos antes expuestos, se evidencia una vulneración a lo contemplado en los artículos 7 y 22 de la LGE, y por ende, no supera el examen de idoneidad; debiendo por tanto estimar el primer (anulación parcial del CNEB), tercer, décimo tercer y el décimo cuarto agravio.

Trigésimo Tercero: En cuanto al principio de necesidad, cabe preguntarnos si existe una medida menos gravosa que la contenida en lo que aquí se discute, que sirva del mismo modo para poder implementar el punto II sobre Enfoques Transversales para el desarrollo del Perfil de egreso, numeral 4, segundo párrafo, acerca del “Enfoque Igualdad de Género”, sin la participación de la sociedad o de los padres de familia; es decir, si el Estado puede imponer una concepción de la sexualidad como la que propone, y si aquello realmente logra que haya menos desigualdad; sin embargo, como se ha mencionado en los párrafos precedentes, la acotada participación para la elaboración de las políticas educativas y por ende el proyecto educativo nacional, no solamente se encuentra regulada en el artículo 7 y 22 de la LGE, sino que aquel procedimiento se encuentra

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

regulado en el artículo 16 de la Constitución Política del Perú, cuando esta última norma, señala que el Estado coordina la política educativa; por lo que, se evidencia que la parte demandada no ha podido justificar normativamente la manera de poder excluir a la sociedad o los padres de familia de la participación en la elaboración del CNEB, y, en base a ello, implantar un método educativo en contra de la opinión de los padres y la sociedad, que, como se desprende de las aludidas normas los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de participar en el proceso educativo, mientras que el Estado se encarga de coordinar las políticas educativas, las que surgen justamente de la participación que se les excluyó. En consecuencia, considerando los fundamentos antes expuestos, se advierte que no existe justificación alguna para la imposición del cuestionado enfoque educativo, ni tampoco razón suficiente que aplicando aquello se logre una disminución de la desigualdad entre las personas; por consiguiente, se evidencia que no se ha superado el principio de necesidad.

Trigésimo Cuarto: En relación con el **examen de proporcionalidad o test de proporcionalidad en sentido estricto**, es necesario establecer el grado de afectación que provoca la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU publicada el tres de junio de dos mil dieciséis, mediante la cual se aprobó el CNEB para el año dos mil diecisiete, en el extremo del punto II sobre Enfoques Transversales para el desarrollo del Perfil de egreso, numeral 4, segundo párrafo, acerca del “Enfoque Igualdad de Género”; Respecto a este presupuesto, se evidencia el perjuicio ocasionado a la sociedad y/o los padres de familia, pues en ningún momento se le consultó sobre la implementación del citado enfoque educativo como parte del sistema educativo en contra de los responsables de los menores, que son los directamente interesados por la educación de sus hijos. Así, se entiende que se está imponiendo una enseñanza hacia los menores respecto de lo que abarca una diferenciación biológica sexual, esto es, se evidencia que lo

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

contenido en el CNEB está relacionado con el aprendizaje (sin importar la edad que tenga el educando) de “temas educativos” sin la consulta pertinente de los Padres y/o de la Sociedad, a pesar que se encuentra regulado normativamente; tanto más, si conforme lo acotado los enfoques transversales en los que se incluye el “Enfoque de Igualdad de Género” se impregnán en las competencias que los estudiantes van a desarrollar y orientan en todo momento el trabajo pedagógico en el aula. Más allá de la concepción natural de que es “masculino” y “femenino”; es decir, como se ha mencionado, el Estado no puede implementar una política de estudio como la que aquí se ha discutido sin que previamente se haya efectuado la consulta correspondiente a los responsables directos de los menores estudiantes, como son los padres y/o la sociedad, toda vez que son estos los que velan por la educación de sus hijos, sin que ello implique o genere perjuicios en la personalidad de los estudiantes, en especial de los niveles de inicial y primaria, donde los estudiantes tienen un solo concepto de lo que es “masculino” y “femenino”, en el cual se sienten plenamente identificados, por lo que pretender imponer una concepción diferente sin la aceptación de los padres, ya sea por sus creencias u otros supuestos, conlleva una contravención a lo regulado en los artículos 7 y 22 de la LGE

Trigésimo Quinto: Por consiguiente, en contraposición con lo pretendido por el Estado, a través del MINEDU, se puede concluir, por las razones expuestas, que la Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU que aprueba el CNEB, en el extremo discutido, está imponiendo un sistema de enseñanza que abarca una nueva concepción de sexualidad o identidad biológica, que no ha sido consultado ni a la sociedad ni a los padres de familia, que son los directamente interesados y responsables de velar por la educación de los menores; por lo que, luego de efectuado el juicio de ponderación, se puede establecer que la norma antes señalada no supera el presupuesto indicado; por lo que, **la misma no supera el análisis de constitucionalidad.**

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

Trigésimo Sexto: Por otro lado, debe puntualizarse que lo resuelto en la presente resolución, de ninguna manera vulnera el derecho a la igualdad ni a la equidad de género, pues, está plenamente claro que, aquello no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, las responsabilidades y las oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron; es decir, ambos pueden desempeñarse en los mismos roles sin que ello genere una desigualdad y/o discriminación, lo que también implica que se respeta el derecho a la libertad y otros derechos vinculados a este tema; por lo que, el séptimo, noveno y décimo agravio debe desestimarse.

Trigésimo Séptimo: Por otro lado, en cuanto a las demás normas [contenidas en el segundo considerando de la presente resolución] materia de este proceso de acción popular, se advierte que, las mismas no superan el juicio de proporcionalidad o test de proporcionalidad ni las partes en las que se descompone, así, respecto a la *[punto 1]* afectación del *derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos en función a sus propias convicciones, regulado por el artículo 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, [punto 2] el derecho y deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos regulado en el artículo 6 de la Constitución Política del Estado; y, [punto 3] el derecho-deber constitucional de los padres de familia de educar a sus hijos y de escoger su centro de educación y de participar en el proceso educativo, regulado en el artículo 13 de la Constitución Política del Estado*, del contenido de las mencionadas normas, no se evidencia una vulneración como la que alega la parte demandante, porque lo contenido en aquellos artículos difiere del sustento principal de la presente demanda, en la que se basa en una falta de participación por parte de los padres de familia en la elaboración del CNEB, mientras que las normas citadas se relacionan con la paternidad responsable, la protección hacia los padres de familia de poder

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

elegir el centro educativo que mejor les convenga y poder participar en la educación, derechos fundamentales que no se han visto afectados; debiendo desestimar el cuarto, quinto, y sexto agravio.

Trigésimo Octavo: Referente al punto 4, sobre una afectación al *derecho a la libertad de la empresa, regulado en el artículo 59 de la Constitución Política del Estado*, acerca de ello, es evidente que lo contenido en la norma constitucional difiere notablemente del objetivo de la presente demanda y el sustento principal de la misma, que como se ha mencionado, lo pretendido por la parte accionante está relacionado con falta de participación de los padres de familia en la formulación del CNEB, y no estamos ante una prohibición de la libertad de empresa o al Rol Económico del Estrado, que es lo que regula dicha norma constitucional.

Trigésimo Noveno: En cuanto, al punto 5, sobre una violación al *derecho a la libertad de pensamiento, regulado en el artículo 2, numeral 4 de la Constitución Política del Estado*, como se observa de la norma en comento, la misma regula a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, que es distinto a lo pretendido en este proceso, y que tantas veces se ha mencionado, por lo que no se aprecia vulneración alguna al principio de libertad de pensamiento.

Cuadragésimo: Respecto de lo descrito en el Punto 7, sobre el *derecho del sector empresarial, dedicado a la labor de educación, de participar en el proceso de diseño de la política pública en educación, regulado en el artículo 24 de la LGE*, y, punto 8, *derecho del sector empresarial, que participa en el sector educación a poder realizar su labor axiológica o ideario, que guie los lineamientos de su educación diferenciada, regulado en el artículo 68 de la*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Ley General de Educación; de igual forma, lo aprobado en la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU de ninguna manera afecta el derecho empresarial, pues estamos ante dos supuestos diferentes, esto es, en lo actuado es la falta de participación de los padres de familia en la formulación del CNEB regulado en la LGE, por lo que, no existe violación alguna en este caso al derecho empresarial ya mencionado.

Cuadragésimo Primero: En cuanto a lo alegado respecto a un defecto de motivación en la sentencia apelada, se observa que el Colegiado Superior ha expuesto las razones de hecho y de derecho que sustenta su decisión, señalando porqué considera que la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU que aprueba el CNEB vulnera lo contenido en los artículos 7 y 22 de la LGE, y porque considera que no existe afectación respecto de las demás normas, por lo que evidentemente, no se aprecia una vulneración a aquel principio, recogido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, por lo que el segundo, décimo primer y décimo segundo agravio planteado debe desestimarse. Por consiguiente, por las razones expuestas, la sentencia apelada debe **confirmarse**, ordenándose el pago de costos del proceso de conformidad con el artículo 97 del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos: **NUESTRO VOTO** es porque se **CONFIRME** la sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante de fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, que declaró **fundada en parte** la demanda de acción popular interpuesta por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, en consecuencia se declare **nula** la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II - Enfoques Transversales

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

para el Desarrollo del Perfil del Egreso, en la parte que se consigna: “Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley General de Educación, Ley N° 28044; **EXHORTÁNDOSE** al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo, específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la Sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas de educación; con costos del proceso; en los seguidos por Francisco Javier Pacheco Manga y otros contra el Ministerio de Educación y otros; sobre acción popular; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; y se devuelva.

S.S.

WALDE JÁUREGUI

SÁNCHEZ MELGAREJO

cct/jfp

**EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO WALDE JÁUREGUI,
ES COMO SIGUE:** -----

Compartiendo la tesis desarrollada en los considerandos del voto del **doctor Samuel Sánchez Melgarejo** que decide confirmar la sentencia recurrida que ha declarado fundada en parte la demanda, es menester a mi criterio agregar, dentro de la línea de interpretación ya referida lo siguiente:

PRIMERO: Que en la presente Acción Constitucional identificada como Acción Popular la que ha debido denominarse Acción de Nulidad, dirigida

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

contra una disposición legal de inferior jerarquía a la ley, es menester aplicar los criterios de justicia que en la doctrina jurídica nos remiten al concepto del filósofo griego Platón, quien sintetizaba este valor como: “**El Ars Boni Ars Aequi**”, es decir **el arte de lo bueno y lo justo**, cuyo desarrollo filosófico trascendental, se concibe con mayor intensidad y fundamento en lo que sustenta Aristóteles al señalar que el valor justicia es : “**El Summ Quique Tribuere**”, es decir **el darle a cada uno lo suyo**. El gran problema vigente en una correcta administración de justicia es llegar a identificar qué es lo que corresponde comprender como **lo suyo de cada uno**, pero para ello existe, un esquema normativo de prelación que debe interpretarse en forma conjunta y dogmática para que la **ley de leyes**, no se lea ni interprete parcelando el razonamiento con las que se pretende en algunos casos distorsionar el sentido de la propuesta dialéctica de los derechos de las personas, basándose algunas veces en jerigonzas jurídicas, con las que se intenta desnaturalizar los estadíos incenesentes del ser social, bajo cuyo pretexto se ha tratado de diseñar argumentos baladí para soslayar el legítimo derecho de un colectivo de padres de familia, cuya preminencia en la formación educativa de sus hijos, requiere y exige contar permanentemente con sus decisiones u opiniones sobre todo cuando lo que se trata es establecer en la Resolución Ministerial N° 281-216-MINEDU, el poder orientar o conducir las ideas directrices de su futura personalidad social. En estos casos lo que es atendible, legítimo e irrenunciable es proteger el discernimiento parental para implementar una política educativa, que nutra de contenido esencial a las generaciones presentes y a las venideras, para determinar el ámbito de la identidad o igualdad de género, si esto no se respetara, se estarían vulnerando gravemente prerrogativas que son insustituibles, innatas e irrenunciables en la facultad de expresar sus opiniones al respecto.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

SEGUNDO.- Fortaleciendo la identidad primigenia de una familia que al procrear a sus hijos o hijas desde que se inicia la vida en el vientre materno identifican a sus futuros vástagos como de sexo femenino o de sexo masculino, difícilmente encontraremos en el concierto social una pareja de progenitores que al desear la identidad sexual de sus hijos quieran que estos sean de un sexo distinto al que el creador del género humano identifica en el edén, es decir, de hombres o mujeres no de una tercera opción.

Debemos observar la realidad y encontramos que en varias ocasiones por razones que no logramos entender en su exacta dimensión, surgen alternativas de identidad sexual distintas a las que bíblicamente se reconoce desde el inicio de la raza humana, nos preguntaremos ante esa alternativa que no comprendemos si debemos marginarlas, estereotiparlas o extinguirlas.

TERCERO.- Sometiendo a juicio crítico esta realidad no podemos dejarnos llevar por una actitud emocional de circunstancias momentáneas al respecto, sino que debe estudiarse las posibilidades de los derechos que a esa tercera opción le corresponde, pero al hacerlo no podemos sobreponer los derechos de los demás con los que se han construido las sociedades democráticas del orbe y en ese lindero de razonabilidad, advertir lo que reconocen casi todos los países en el mundo que es un principio democrático de ineludible acatamiento que las mayorías priman sobre las minorías, pero reconociéndole a estas últimas un cúmulo de derechos que no afecte su dignidad como personas humanas, pero tampoco auspiciar que el sentir minoritario de la humanidad pueda desplazar a las sociedades heterosexuales.

Se sostiene en el lado de la justificación que se propone para la preeminencia de los derechos de la minoría, un principio de igualdad; no

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

obstante ello, al respecto debe tenerse en cuenta, siguiendo las corrientes filosóficas vigentes que: “**La absoluta igualdad sería injusta**”, como también lo sería la preeminencia de la mayoría para desconocer derechos esenciales y básicos de la minoría; en la que no podemos coincidir en admitir que los derechos de una opción rebasen en forma subliminal las prerrogativas de las colectividades heterosexuales con la que se ha formado la humanidad.

CUARTO.- Los Convenios Internacionales vigentes como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocen estas prerrogativas, se puede concluir reconociendo que los padres tienen una prerrogativa a la que no pueden abdicar al corresponderles el legítimo derecho a participar en la formación de sus hijos, rechazando la posibilidad de que normas arbitrarias y draconianas le nieguen estas facultades inmanentes al núcleo básico de la sociedad, la familia, integrada por los colectivos de los padres de familia en una vocación de formación moral y ética con lo que se contribuye a la paz social.

Por las consideraciones adicionales que propongo en estas reflexiones de mi decisión, me pronuncio a favor de **la confirmatoria de la sentencia** recurrida, tal y conforme ya lo hemos destacado en el introito de este voto.

S.S.

WALDE JÁUREGUI

Spa

EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA RUEDA FERNANDEZ, ES COMO SIGUE: -----

I. VISTOS:

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Los recursos de apelación formulados contra la sentencia - resolución número 30 de fecha 28 de agosto de 2017, que declara **FUNDADA** en parte la demanda interpuesta por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, sobre Acción Popular contra el Currículo de Educación Básica 2017 aprobado por RM 281-2016-MINEDU, en consecuencia Declara **NULA** la RM 281-2016-MINEDU solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de Educación Básica para el año 2017, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II-Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egreso, en la parte que consigna: “**Si bien aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones**”, y EXHORTA al Ministerio de Educación a promover y/o implementar mecanismo para que la sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación; con costos del proceso.

I.1.Apelación de la parte demandante, Francisco Javier Pacheco Manga y otros

Peticiona nulidad parcial de la sentencia, y la integración declarando nula toda la RM 281-20016-Minedu, y nulo todo el currículo de 2017; señala incongruencia interna de la sentencia al no desarrollar sobre el derecho de los padres de libre elección del colegio, y que se debe aplicar el artículo 370 CPC sobre prohibición de reforma en peor del apelante. Fundamenta:

i) Aspecto Procesal: Nulidad de la sentencia por defectos de motivación y vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva, por omisión de resolver sobre la afectación al derecho a la libertad de elegir el colegio según las convicciones personales de los padres, que se está imponiendo un único modo de enseñanza de la sexualidad, y afectando el derecho a participar en la política pública educativa; se debió indicar por qué no es nulo todo el currículo, y la sentencia no hace un control de constitucionalidad.

ii) Aspecto material: a)Reitera afectación al derecho de los padres a participar en la política educativa, libertad de elegir el colegio; que no se consultó la ideología y política educativa, no participaron en propuesta y elaboración del enfoque de género y en el currículo; el gobierno de turno pretende imponer una visión uniformizante de la sexualidad, interfiriendo en criterios morales, convicciones personales y familiares, que redunda en una formación moral que los

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

padres compartan, sea que deriven de una concepción religiosa o posición antropológica; las consultas, opiniones, diálogos regionales y encuestas realizadas por el Ministerio de Educación, fueron generales sobre mejora o validación del marco curricular nacional, y no la visión particular sobre la sexualidad.

b) Cuestiona el nuevo enfoque transversal de igualdad de género, que uniformiza la educación en aspecto no científico; que, el currículo de 2009 regulaba que los estudiantes “Reafirmarían su identidad”, ahora con tendencias sexuales constructivistas, el currículo dice “Construye su identidad”; que se deben considerar los valores culturales peruanos, que no pueden pretender cambiar con una Resolución Ministerial; que la incongruencia de género es cuestionada, es alteración, disforia de género, con efectos dañinos para los niños y adolescentes, se analiza como patología. La visión de la sexualidad basada en criterios culturales o psicológicos, afecta la línea axiológica de los centros educativos privados o particulares, quienes tampoco han participado en la confección del currículo, y con las normas se les obliga a renunciar a sus idearios, cambiar estatutos, afectar libertad de empresa y de pensamiento.

I.2.Apelación del Procurador Público Especializado en materia constitucional

El argumento esencial de la apelación reside en que la sentencia es contraria a la Constitución, a tratados, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de órganos supranacionales, en torno al respeto y garantía de la persona humana y su dignidad, así como el derecho a la igualdad; sustenta la nulidad y que se revoque, impugnando los tres extremos de la parte resolutiva de la sentencia:

i. Anota contradicción en la sentencia, que si bien el CNEB fue aprobado por RM, el análisis de contenido y de la resolución debe ser por separado; que los argumentos de la demanda no están relacionados con la RM sino contra la inclusión del término de género en el CNEB y alegada ausencia de participación de la sociedad y padres de familia; que la demanda es improcedente, que la sentencia considera la RM como norma de alcance general pese que no debió ser norma cuestionada, y extiende esa característica al CNEB. La sentencia indica no corresponder a la controversia realizar control de constitucionalidad o legalidad, y se pronuncia por forma respecto a dos líneas del CNEB sobre la explicación del enfoque de género, al no haber participado la Sociedad y los Padres de Familia, señalando que el CNEB y la RM forman parte de la implementación de una política pública en educación; cita dos normas que considera afectadas, en nueva visión de la sexualidad que debió ser formulado o elaborado con la sociedad y padres de familia; que las normas de la constitución y LGE no son consideradas como afectadas en la parte resolutiva de la sentencia.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del Objeto de Pronunciamiento

1.1 El presente es un caso complejo y de mucha trascendencia jurídica y social, vinculado a la inclusión de temas sobre identidad de género en el Currículo Nacional de la Educación Básica del Perú; habiendo formulado la parte demandante Proceso Constitucional de Acción Popular contra la RM 281-2016-MINEDU (RM 281-2016) y el Currículo Nacional de la Educación Básica 2016 (CNEB), pretensión declarada *fundada en parte* por la primera instancia.

1.2 Los recursos de apelación de las dos partes, contienen cuestionamientos de índole procesal (de nulidad de la sentencia de vista e improcedencia de la demanda), y de fondo (orientados a sustentar, según cada parte, la validez e invalidez de la Resolución Ministerial y del Currículo), considerando pertinente resolver en primer lugar los agravios referidos a la validez de las actuaciones procesales, y luego sobre los temas de fondo.

SEGUNDO: Cuestionamientos de carácter procesal

2.1 El demandante peticiona la nulidad parcial y se integre la sentencia apelada en el sentido de que se declare nula toda la RM 281-2016, y nulo todo el currículo por ser inconstitucional y por vulnerar el derecho a la libre elección del colegio que mejor corresponda con las convicciones de los padres.

Los fundamentos del apelante residen en incongruencia interna de la sentencia, entre la parte considerativa y la resolutiva, en omisión de pronunciamiento sobre el extremo de *afectación del derecho de los padres de familia a la libertad de elegir el colegio según sus propias convicciones personales*; vulnerando el derecho a la debida motivación, y de participar en la política pública educativa.

2.2 Es importante anotar que en los procesos constitucionales se privilegia el cumplimiento de los fines constitucionales, autorizando a los jueces adecuar la exigencia de las formalidades al logro de estos y de garantizar la primacía de la constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales⁷⁹; en ese mismo

⁷⁹ Conforme a las normas de los artículos II y III del T.P. del C.P.Const.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

sentido la norma del artículo 20 del C.P.Const. prevista para los procesos de amparo y aplicable supletoriamente para los procesos de Acción Popular⁸⁰, prevé que no se declarará la nulidad de la sentencia impugnada si el vicio sólo alcanza a ésta, autorizando el tribunal que resuelve la impugnación a pronunciarse sobre el fondo de la pretensión constitucional.

Por lo que no es estimable la pretensión nulificante del demandante, añadiendo que el derecho a la motivación no implica dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, sino en esencia la insuficiencia es relevante desde una perspectiva constitucional, si la ausencia o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo⁸¹, y en este caso, la recurrida en sustancia ha resuelto estimar en parte las pretensiones considerándolos derechos alegados por los padres de familia, expresando las razones de su decisión de declarar nula la RM 281-2016 en el extremo que aprueba el CNEB para el año 2017 respecto al Enfoque de Igualdad de Género, y exhorta al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación.

2.3 El segundo punto a resolver es sobre la improcedencia de la demanda de acción popular, alegado por el demandado quien sostiene que se ha omitido análisis de si la RM 281-2016 es norma general, que no debe ser objeto de control, y no debe extenderse la característica de norma al CNEB, el cual es un documento de gestión para la implementación de la política pública educativa; que es ajena a norma administrativa y norma de alcance general, y su contenido no podría ser cuestionado a través de este proceso.

2.3.1 En relación a la omisión de análisis del carácter de la norma, se reitera lo sustentado en el primer párrafo del considerando 2.2 de esta sentencia, correspondiendo emitir pronunciamiento sobre el otro extremo.

⁸⁰ Cumpliendo los supuestos de la supletoriedad, en tanto no hay norma especial al respecto para los Procesos de Acción Popular, y con el proceso de amparo comparten los fines y principios constitucionales previstos en el T.P. del C.P.Const.

⁸¹Resolución del Tribunal Constitucional N°3943-2006 -PA/TC de fecha 11 de diciembre de 2006, fund. 4.b.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Anótese, que la demanda constitucional se encuentra formulada contra la RM 281-2016 que aprobó el CNEB, pretendiendo que se declare inconstitucional e ilegal, se deje sin efecto y derogue, así como todos los documentos (guías, manuales, folletos, etc.), que se sustenten en aquellos, y se apliquen criterios educativos vigentes que no incluyan disposiciones sobre la sexualidad no acordes con lo que los padres de familia no hayan consensuado; por lo que, sí constituye pretensión de la demanda, el control y la declaración de inconstitucionalidad e ilegalidad tanto de la RM como del CNEB.

2.3.2 En relación a la procedencia de la demanda, es pertinente destacar que la finalidad del proceso de Acción Popular es preservar la jerarquía normativa, sometiendo la norma o normas cuestionadas, a un **control constitucional abstracto** en un análisis estrictamente jurídico, que prescinde de la aplicación de la norma a un caso particular o, la evaluación de intereses concretos o afectaciones específicas; contrastando el cumplimiento de las competencias en el procedimiento de producción normativa o, el contenido material de la norma, teniendo como **parámetro de validez** a las normas constitucionales y legales para realizar el juicio de compatibilidad.

Teniendo señalado este Tribunal Supremo en la sentencia AP N° 2232-2012-Lima, fundamento 2.1⁸², que nos sirve de premisa en este caso, que la Acción Popular procede contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, por infracción constitucional o legal⁸³.

2.3.3 No cabe duda que la RM 281-2016 constituye una norma infralegal, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23 de junio de 2016, emitida y suscrita por el Ministro de Educación conforme al principio de corrección funcional y norma de reconocimiento constitucional del artículo 119, que confía a los Ministros los asuntos que competen a la cartera del Sector; y al literal c) del artículo 88 de la Ley

⁸² Sentencia de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema del Poder Judicial AP N° 2 232-2012-Lima, de fecha 23 de mayo de 2013.

⁸³ “La acción Popular es una garantía constitucional reconocida en el inciso quinto del artículo 200 de la Constitución Política del Estado, que procede contra los reglamentos, **normas administrativas, resoluciones** y decretos de carácter general – cualquiera sea la autoridad de la que emanen-, que infrinjan la Constitución, la ley; teniendo previsto el artículo 76 del Código Procesal Constitucional que la demanda procede además de los casos de infracción constitucional o la ley, cuando las normas infralegales no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o las leyes, según el caso”

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

N° 28044 Ley General de Educación, que es función del Ministerio de Educación la elaboración de los diseños curriculares básicos de los niveles y modalidades del sistema educativo, y establecer los lineamientos técnicos para su diversificación.

La citada resolución ministerial cuenta con una parte considerativa y otra resolutiva conteniendo cinco artículos **con prescripciones de carácter normativo y general**, con normas reglas de naturaleza jurídica que constituyen mandatos de carácter imperativo a cumplir⁸⁴, que: 1) disponen la aprobación del CNEB⁸⁵; 2) ordena la implementación del CNEB a partir del 01 de enero del año 2017 en todas las instituciones y programas educativos públicos y privados de la Educación Básica; 3) ordena el desarrollo de acciones de difusión y capacitación por parte de la Dirección General de Educación Básica Regular en coordinación con otras direcciones del Sector; 4) dispone dejar sin efecto a partir del 01 de enero del año 2017, los Diseños Curricular Nacional de la Educación Básica Regular y Alternativa aprobados por RM 440-2008-ED, modificado por RM 199-2015-MINEDU, y RM 0276-2009-ED; 5) dispone la publicación de la resolución ministerial y de su anexo en el SIJE del Ministerio de Educación el día de la publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Se trata de una resolución ministerial que contiene un tipo de normas jurídicas infralegales, que constituyen fuente de derecho, y penetran en el ámbito del ordenamiento jurídico y de la actividad administrativa con destacable intensidad por la mayor precisión de su contenido y el carácter más técnico y especializado de la materia educativa que regulan; agréguese que los reglamentos no solo se aprueban por decretos supremos, también los ministros de Estado en razón de las facultades conferidas dictan reglamentos mediante resoluciones ministeriales⁸⁶.

⁸⁴“Robert Alexy, desarrollando, por lo demás, algo que ya estaba presente en Dworkin ha escrito que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.(...) En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena ni más ni menos” (Alexy, 1988, pp.143-4).” Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Luis (1991) “Sobre Principios y Reglas” En Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Pp. 108

⁸⁵ El artículo 1º dispone que el CNEB: “como Anexo forma parte integrante de la presente resolución”.

⁸⁶Como señala en suma el autor nacional Danos Ordoñez, DANOS ORDOÑEZ, Jorge, “El Régimen de los Reglamentos en el Ordenamiento Jurídico Peruano”, En, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.jurídicas.unam.mx, página 169.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

2.4 En el caso del CNEB el análisis es más complejo, para dilucidar si se trata de un cuerpo normativo se acude en corrección material a lo establecido en el tema 1.2 del Primer Pleno Constitucional y Contencioso Administrativo de la Corte Suprema⁸⁷, que, para identificar las normas reglamentos, normas administrativas, decretos y resoluciones de carácter general, que son objeto de control en los procesos constitucionales de acción popular, y en consecuencia evaluar su procedencia, se deben observar tres criterios: 1) pertenencia al ordenamiento, 2) consunción y 3) generalidad:

1) El CNEB contiene disposiciones de obligatorio cumplimiento en la educación básica a nivel nacional, señalando en su presentación que el referido currículo “establece los aprendizajes que se espera logren los estudiantes como resultado de su formación básica”, delimita que la formación básica del educando debe ser “en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, el Proyecto Educativo Nacional y los objetivos de la Educación Básica”⁸⁸; asimismo anota, que el CNEB es el marco curricular nacional que contiene el Perfil de egreso de los estudiantes de la Educación Básica, los enfoques transversales, los conceptos clave y la progresión de los aprendizajes desde el inicio hasta el fin de la escolaridad, que presenta una organización curricular y planes de estudio por modalidad, orientaciones para la evaluación y diversificación curricular en el marco de las normas vigentes; y que el CNEB es la base para la elaboración de los programas y herramientas curriculares de Educación Básica Regular, Alternativa y Especial, así como para la diversificación a nivel regional y de institución educativa; es fundamento de la práctica pedagógica en las diversas instituciones y programas educativos, sean públicas o privadas, rurales o urbanas, multigrado, polidocente o unidocente, modelos y formas de servicios educativos.

Estando ante un texto normativo de gran importancia que dirige la política educativa, capacitación de docentes y formación de los educandos, con reglas de acción como pautas específicas que regulan la conducta de los

⁸⁷ Primer Pleno Jurisdiccional en Materias Constitucional y Contencioso Administrativo publicado el 02 de febrero de 2016, el cual goza de carácter vinculante conforme a lo previsto en el artículo 22 LOPJ.

⁸⁸ El Currículo Nacional de la Educación Básica que presentamos establece los aprendizajes que se espera logren los estudiantes como resultado de su formación básica, en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, el Proyecto Educativo Nacional y los objetivos de la Educación Básica.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

sujetos ordenando, prohibiendo, permitiendo, dado en abstracción, vincula y afecta una generalidad de personas no identificables, y es parámetro obligatorio para la elaboración de los programas y herramientas curriculares de los diversos tipos de educación, que nos lleva a afirmar su carácter de normas jurídicas del sector educación.

Por otro aspecto el CNEB no constituye un acto administrativo, no encuadrando en la definición del artículo 11 de la Ley 27444 LPAG que son actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta; al no estar dado dentro de un procedimiento administrativo y en relación a una situación concreta; ubicándose por la abstracción de su contenido, dentro de los actos calificados como abstractos (que pueden ser actos abstractos generales o especiales)⁸⁹.

El CNEB objetivamente es una norma administrativa, que pertenece al ordenamiento, y en su especificidad conciernen y está comprendido en el conjunto de normas que regulan la educación básica en nuestro país; se encuentra vigente en razón de su publicación⁹⁰, y goza de carácter vinculante para el Sector Educación debido a su aprobación, y mandato de implementación obligatoria en todas las instituciones y programas educativos públicos y privados de la Educación Básica, y el mandato de desarrollo de acciones de difusión y capacitación por parte de la Dirección General de Educación Básica Regular en coordinación con otras áreas.

2) El CNEB también cumple el *criterio de no consunción*, debido que el acto normativo dirigido a una generalidad no identificable de personas, no se agota ni consume en su simple cumplimiento, no requiriendo cada vez que sea cumplido se dicte una nueva disposición, ha sido dado con proyección a permanecer en el

⁸⁹Señala la doctrina, que los reglamentos “serían mandatos impersonales que tienen como destinatarios a un grupo o categoría de personas, es decir se trata de decisiones emitidas para regir todos los casos de la misma naturaleza que podrían presentarse en el futuro, no a la vista de un caso particular (abstracción); y adoptada no a propósito de sujetos determinados, sino concebida sin acepción de personas y destinada a aplicarse a todos quienes estén en las condiciones previstas en ella”. BACA OVIEDO, Víctor Sebastián, “El Reglamento, ¿Acto Administrativo en el Derecho Peruano”, En Revista de Derecho, Volumen II, 2010, página 74.

⁹⁰Como establece el segundo párrafo del artículo 51 de la Constitución, la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

tiempo (hasta que sea modificado, derogado, reemplazado), a afirmarse y consolidarse en su aplicación regulando la educación básica nacional.

3) El CNEB cuenta con aprobación de autoridad competente, en este caso el Ministro de Educación, teniendo entre las atribuciones del Ministerio diseñar, establecer, políticas nacionales y sectoriales, así como aprobar las disposiciones normativas que le correspondan (conforme a lo previsto en los artículos 22.2 y 23.b de la Ley 29158 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo); **competencias que contribuyen a perfilar su naturaleza jurídica, tanto más, el carácter abstracto y el criterio de generalidad del cual goza⁹¹.**

El CNEB 2017 cumple con la suficiencia del criterio de generalidad⁹², asimismo con el **criterio ordinamental**, en razón de su fuerza innovadora del ordenamiento jurídico desplazando el contenido normativo del Diseño Curricular Nacional de la Educación Básica Regular del 2008⁹³, como expresamente lo dispone la RM 281-2016 ocasionando la alteración del ordenamiento jurídico preexistente.

2.5 Quedando determinado que la RM 281-2016-MINEDU y el CNEB del 2017, constituyen normas infralegales de carácter general, cumpliendo con los supuestos señalados en el considerando 2.4, se concluye en suma, por la procedencia de la presente demanda de Acción Popular.

TERCERO: Control de constitucionalidad

⁹¹ Conforme a los artículos 1º y 3º del DS 018-97-PCM, los dispositivos de carácter general aprobados por resolución ministerial son publicados en forma gratuita, entendiendo por normas de carácter general aquellas en las que no es posible identificar a las personas que deben obedecerlas (diversos funcionarios del Ministerio, directores, profesores, etc., que ejerzan tales cargos durante la vigencia de la norma), o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas (alumnos de centros educativos públicos y privados de educación básica), y que dada su naturaleza, el contenido debe ser puesto de conocimiento de todas las personas pues, podría demandar de cualquiera de ellas el cumplimiento de una obligación o un derecho o generar otra consecuencia jurídica. Estimamos que el concepto de generalidad no está en función del número de destinatarios, sino que tratándose de un mandato impersonal, tiene como destinatarios a un grupo o categoría de personas

⁹² El CNEB cumple además con los supuestos de norma de carácter general prevista en el artículo 4º del Decreto Supremo 001-2009-JUS92 que Regula la publicación de las normas legales de carácter general que conforman el ordenamiento jurídico nacional, entendiendo por norma de carácter general, aquella que crea, modifica, regula, declara, o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la administración pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica. El CNEB, modifica la currícula de educación básica, contiene disposiciones de carácter general y obligatoria para los funcionarios y docentes del sector, así como regula sobre los derechos de los educandos a la equidad e identidad de género entre otros.

⁹³ Aprobado por la Resolución Ministerial N° 440-2008- ED y su modificatoria aprobada por Resolución Ministerial N° 199-2015-MINEDU, así como el Diseño Curricular Nacional Básico Nacional de Educación Básica Alternativa, aprobado por Resolución Ministerial N° 0276-2009-ED.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

3.1 Los argumentos de fondo del demandante y del demandado (anotados en la parte expositiva) plantean como asunto relevante para resolver en el proceso constitucional, la incorporación del tema de identidad de género en la currícula de educación básica del año 2017.

3.2 Es indispensable subrayar la trascendencia del presente caso, no sólo para las partes y los actualmente involucrados en el ámbito de aplicación de las normas de la RM 281-2016-MINEDU y del CNEB, sino para todos los ciudadanos de nuestro país y para las generaciones presentes y futuras, en tanto trae un tema de relevancia sustancial como es el enfoque en la identidad de género y su incorporación en el sistema de educación nacional de educación básica pública y privada.

3.3 Si bien existe un debate en nuestro país en relación al concepto, e implicancias jurídicas alrededor del transgenerismo, que ha llevado en más de un caso a discrepancias de grupos y sectores representativos de la sociedad, en este caso a padres de familia con el Estado, e incluso debates en el seno del Tribunal Constitucional⁹⁴, en el cual no hubo consenso de si el transexualismo se clasifica en términos médicos como disforia de género o una patología y/o enfermedad, sí la realidad biológica es o no el único elemento determinante para la asignación del sexo, sobre la construcción de la realidad biológica, si el derecho a la identidad personal faculte a un juez reconocer el cambio de sexo, si se debía o no modificar la doctrina jurisprudencial sobre el tema⁹⁵, si se trata de una discusión filosófico-jurídica sobre los modelos que adopte el ordenamiento jurídico en las relaciones entre naturaleza y cultura, biología y derecho que no estaría cerrada. Advirtiendo desde ya el carácter polémico del tema donde las posiciones valorativas pueden dividir la opinión pública, opinando algunos que se deje el debate del tema a instancias de representación democrática. Ciertamente, todo ello enfatiza que en nuestro país son intensos los debates y no hay posiciones uniformes en los temas vinculados a la identidad de género, al transexualismo y transgénero.

⁹⁴ Por citar la STC N° 06040-2015-PA/TC San Martín, Ro dolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga), sobre cambio de nombre y sexo en DNI, fecha 21 de octubre de 2016, el caso fue resuelto por mayoría con cuatro votos a tres votos.

⁹⁵Doctrina jurisprudencial fijada en la STC N°0139-2 013-PA/TC de que el sexo como elemento de identidad es el que corresponde al biológico y éste no puede ser modificado, salvo excepciones, entre las que no está el transgenerismo.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

3.4 No obstante, consideramos como Jueces de un Poder del Estado que en corrección funcional se le ha encargado constitucionalmente en la norma del artículo 138 la labor administrar justicia solucionando conflictos, con el deber de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo equilibrado e integral de la Nación, como establece la norma constitucional del artículo 44; que **los jueces cumplen un rol de pacificación social por vías formales, legales y no violentas, decidiendo en las sentencias con proyección a fomentar la cohesión e inclusión social superando las diferencias y fomentando la armonía, con el reconocimiento de la diversidad, fomentando la integración y rechazando las exclusiones; asimismo ejerciendo el control de constitucionalidad, velando por la supremacía de las normas constitucionales y protección de los derechos fundamentales**⁹⁶; resolviendo conforme a la moral legalizada contenida en nuestro sistema jurídico, que en valor fundamental se encuentra en la Constitución⁹⁷; y conforme al principio constitucional de previsión de consecuencia⁹⁸, es que este caso de elevada importancia debe ser resuelto conforme a lo señalado y en contexto de control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

3.5 Son extensos, numerosos y reiterativos los argumentos de ambas partes para sostener sus posiciones en relación a la validez o no de las normas cuestionadas, no obstante, estos esencialmente giran alrededor de un solo tema, la inclusión del **nuevo enfoque de género en la currícula nacional de educación básica**, y en relación a ello debaten sobre la consulta y participación de los padres de familia en la política educativa, el derecho de los padres de familia a elegir el colegio de acuerdo a sus convicciones morales etc. expresando para ello diversos argumentos de carácter moral, familiar, etc.

⁹⁶ Como poder del Estado y en ejercicio de la función constitucional prevista en el artículo 138 de administrar justicia, en todo proceso a nuestro cargo, ordinario o constitucional nos corresponde velar por la supremacía de las normas constitucionales contemplada en la norma del artículo 51 de la Constitución Política.

⁹⁷ Señala la doctrina, que la moral social “*Es el contenido de una moral con el que coincide una mayoría de una sociedad de un espacio y tiempo determinados*”; la moral crítica: “*Es el contenido de una moral reflexiva en base al cual se juzga la corrección del contenido de la moral social y de la moral contenida en un sistema jurídico*”; la moral legalizada “*Es moral contenida en un concreto sistema jurídico*. Existe una moral legalizada fundamental: Por rango (se encuentra en la norma fundamental del sistema). Principio de Supremacía normativa de la Constitución. Por axiológica (es el valor funda, mental del Sistema). Rodríguez Santander, Roger, Problemas sobre justificación de norma. En: Materiales del Diplomado de Argumentación Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional, Lima., 2018.

⁹⁸ Conforme al artículo 45 de la Constitución, de que el poder del Estado emana del pueblo, y quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución exige.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

3.6 Para ir dilucidando el tema, se anota que el enfoque de identidad de género no se limita a dos líneas, el enfoque adoptado inspira e irradia en la totalidad del texto, señalando la Presentación del CNEB los aprendizajes para formación básica conforme fines y principios que acoge, es el marco curricular nacional, con organización curricular y planes de estudio por modalidad, es base para la elaboración de programas y herramientas curriculares de la educación básica regular, básica alternativa, básica especial, orienta los aprendizajes, y es fundamento de la práctica pedagógica; precisa como reto en el Contenido I, la inclusión de las personas en sociedad, con pleno respeto a la diversidad de identidades socioculturales y ambientales; acoge un cambio en el aprendizaje de los estudiantes en la educación básica, que permitan su desarrollo pleno, garanticen su inclusión social efectiva para desempeñar un papel activo en la sociedad y seguir aprendiendo a lo largo de la vida.

3.7 El enfoque de identidad de género está vinculado al perfil de egreso de la educación básica, que el estudiante se reconozca como persona valiosa, se identifique con su cultura en diferentes contextos, que valore desde su individualidad e interacción con su entorno sociocultural y ambiental⁹⁹. Aspectos en la formación del estudiante, que serán encaminados de acuerdo a los criterios, políticas y enfoques que se adopten, sea en identidad de género, en lo que se entiende por sociedad justa, democrática y equitativa, destacando la trascendencia de los conceptos, aspectos y enfoques que se acojan para formar a las futuras generaciones en la educación básica.

3.7.1 En el Contenido II establece que los principios educativos incluye también la igualdad de género, los enfoques transversales que aportan concepciones sobre las personas, su relación con los demás, en formas específicas de actuar, que constituyen valores y actitudes que tanto estudiantes, maestros y autoridades, deben esforzarse por demostrar en la dinámica diaria de la escuela, que las formas

⁹⁹ Que el estudiante reconozca sus propias características generacionales, las distintas identidades que lo definen, y las raíces históricas y culturales que le dan sentido de pertenencia, asumir derechos y deberes, reconocer y valorar su diferencia y la de los demás, vive su sexualidad estableciendo vínculos afectivos saludables; la interactuación de manera ética, empática, assertiva, tolerante, regula sus emociones, comportamientos en los demás y de la naturaleza, asume la interculturalidad, equidad de género, e inclusión como formas de convivencia para un enriquecimiento y aprendizaje mutuo, relacionarse armónicamente, deliberar sobre los asuntos públicos, involucrarse como ciudadano, participar informado con libertad y autonomía para la construcción de una sociedad justa, democrática y equitativa.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

de actuar –empatía, solidaridad, respeto, honestidad, entre otros- se traducen siempre en actitudes y en comportamientos observables; que los valores inducen actitudes, predisponiendo a las personas a responder de una cierta manera a determinadas situaciones; que son los enfoques transversales los que aportan esas premisas, es decir, perspectivas, concepciones del mundo y de las personas en determinados ámbitos de la vida social; los enfoques transversales se impregnán en las competencias que se busca que los estudiantes desarrolle; orientan en todo momento el trabajo pedagógico en el aula e imprimen características a los diversos procesos educativos, que el aprendizaje no es adoctrinamiento, acondicionamiento, sino modelación de comportamientos.

3.7.2 En el acápite 4. Sobre ENFOQUE IGUALDAD DE GÉNERO, establece: “Todas las personas, independientemente de su identidad de género, tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente”, que: “La Igualdad de Género se refiere a la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones. En una situación de igualdad real, los derechos, deberes y oportunidades de las personas no dependen de su identidad de género, y por lo tanto, todos tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos, así como para ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, contribuyendo al desarrollo social y beneficiándose de sus resultados”.

En el tema polémico que se trae en este proceso constitucional, sobre el enfoque de género, establece:

“Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones”.

3.7.3 En el Tratamiento del Enfoque de Igualdad de Género, establece como Actitudes que suponen: Reconocimiento al valor inherente de cada persona, por encima de cualquier diferencia de género, que se demuestra cuando los docentes y estudiantes no hacen distinciones discriminatorias entre varones y mujeres. En empatía, establecen: Transformar las diferentes situaciones de desigualdad de

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

género, evitando el reforzamiento de estereotipos, para ello, los estudiantes y docentes deben analizar los prejuicios entre géneros¹⁰⁰.

3.8 Continuando con el análisis, en la línea de lo señalado en el considerando 3.3, es importante anotar que el caso constitucional se debe resolver, no en base a subjetividades, a tendencias ni criterios personales, ni a la moral crítica que conduzca a una u otra posición, sino en un análisis constitucional, objetivo, de acuerdo a la moral legalizada; conforme a ello, para un análisis adecuado, planteamos en estrategia de cuestiones profundas, las siguientes interrogantes cuyas respuestas aportarán a la solución del caso en contexto de constitucionalidad y convencionalidad:

- 1) ¿Es lo mismo sexo que género e identidad de género?, ¿La identidad de género goza de protección constitucional y convencional?
- 2) ¿Es necesaria la implementación del enfoque de género en la currícula escolar?, ¿Se debe consultar a los padres de familia la implementación del enfoque de género en la currícula escolar?
- 3) ¿Son impugnable constitucionalmente las políticas públicas educativas?, ¿El enfoque de género contenido en la CNEB 2017 es constitucional?

3.9 Para resolver el caso, partimos de que estamos en un Estado Constitucional de Derecho, con reconocimiento de derechos fundamentales; que nuestra primera norma suprema, principio y derecho fundamental que orienta e irradia todo el ordenamiento jurídico, es la “**Dignidad de la persona humana**”, fin supremo de nuestra sociedad y Estado es su defensa y protección; **derecho del cual son titulares cada una y todas las personas humanas por el solo hecho de serlo, tratando al ser humano como un fin en sí mismo y no como medio**; derechos que deben ser materializados y respetados por toda autoridad y persona, sin admitir discriminaciones por razón de sexo, género, identidad de género.

¹⁰⁰ Por ejemplo, que las mujeres limpian mejor, que los hombres no son sensibles, que las mujeres tienen menor capacidad que los varones para el aprendizaje de las matemáticas y ciencias, que los varones tienen menor capacidad que las mujeres para desarrollar aprendizajes en el área de Comunicación, que las mujeres son más débiles, que los varones son más irresponsables.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

CUARTO: ¿Es lo mismo sexo que, género e identidad de género?, ¿La identidad de género goza de protección constitucional y convencional?

Consideramos importante distinguir los términos sexo, género e identidad de género, debido a que parte de las discrepancias sobre la identidad de género residen en la confusión conceptual entre uno y otro.

4.1 En forma simple la RAE define al **sexo como una condición orgánica, masculina y femenina**, de los animales y las plantas; la OMS precisa que las personas nacen con un sexo biológico masculino o femenino, el sexo se refiere a características biológicas que en sí no son excluyentes, debido que hay individuos que poseen ambas; sirven para diferenciar a hombres de mujeres, y que el término sexo se centra en las diferencias puramente biológicas¹⁰¹.

En definición de la CIDH sobre “Términos y Estándares Relevantes”¹⁰², señala qué el sexo se refiere en estricto a las diferencias biológicas y características fisiológicas, características genéticas, hormonales, anatómicas, que clasifica a la persona al nacer¹⁰³; señala que hay personas que nacen con ambos sexos, actualmente denominadas como intersex¹⁰⁴.

Por lo que debemos anotar el consenso existente, en que el sexo está en estricto y específico referido al sexo biológico, clasificando a las personas como de sexo masculino y femenino, el que comprende características físicas, biológicas, fisiológicas, genéticas, hormonales, anatómicas, naciendo las personas con un sexo biológico: masculino (hombre), femenino (mujer)¹⁰⁵.

¹⁰¹<http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>, <http://www.who.int/gender-equity-rights/news/gender-health-sdgs/es/>

¹⁰² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.oas.org/.../CIDH.%20Estudio%20sobre%20OS,%20IG%20y%20EG.%20>

¹⁰³ En un sentido estricto, el término “sexo” se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”, a sus características fisiológicas, a “la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres” o a “la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”.

¹⁰⁴ En la doctrina se ha definido la intersexualidad como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”. Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace “con ‘ambos’ sexos, es decir, literalmente, con pene y vagina”. Estas expresiones, también se han reflejado en el lenguaje jurídico y en el lenguaje médico.

¹⁰⁵ ILLIAN HAWIE LORA, define conceptualmente el sexo, como las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, diferencias que son naturales, que residen en características físicas, biológicas, anatómicas, que distinguen a los hombres de las mujeres, que son: los cromosomas (XX, XY), genitales externos e internos (vulva, pene, testículos), hormonas (estrógenos, progesterona, andrógenos), y características sexuales

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

4.2 Si bien el género se relaciona con el sexo, sin embargo es un concepto diferente, señalando la OMS que el género está referido a los comportamientos enseñados como apropiados para varones y mujeres, en base a normas de género: “en especial cómo deben interactuar con otros miembros del mismo sexo o del sexo opuesto en los hogares, las comunidades y los lugares de trabajo (relaciones entre los géneros), y qué funciones o responsabilidades deben asumir en la sociedad (roles de género)”¹⁰⁶; la UNICEF señala que el género se refiere a las ideas, normas y comportamientos que la sociedad ha establecido para cada sexo, y el valor y significado que se les asigna¹⁰⁷.

El género está referido a la asignación de ciertas características sociales, culturales, políticas, etc., a las personas de acuerdo al sexo masculino o femenino, en base a normas de género que se sustentan en los roles y funciones socialmente atribuidos, que pueden variar en razón de tiempo, lugar y concepciones¹⁰⁸.

La CIDH en el documento sobre Términos y Estándares, señala que la expresión género ha sido definida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado¹⁰⁹”; puntualiza que el sexo es un dato biológico y el género es una construcción social, radicando en ello la diferencia¹¹⁰.

secundarias (voz, barba, vello, mamas, caderas). Diccionario de Derecho de Familia y Género, Edición SUMMA, Lima 2013, página 192.

¹⁰⁶ <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>

¹⁰⁷ https://www.unicef.org/honduras/Aplicando_genero_agua_saneamiento.pdf

¹⁰⁸ Actualmente en igualdad de género se reconoce que hombres y mujeres son iguales en derechos y deberes, en los estudios, trabajo, participación política, en el aporte económico en el hogar, en la dedicación al cuidado y atención de los hijos, etc.; anota la CIDH que conforme afirma la Comisión Internacional de Juristas, [l]a noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, la independencia económica de las mujeres y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género.

¹⁰⁹ Rodolfo y Abril Alcaraz, El Derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género, Textos del Carol, núm. 4, Dante núm. 14, CONAPRED 2008, p. 6. Véase también Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesional N° 4, 2009, p.23.

¹¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: B. Género

1. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones (...), ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término "género" se refiere a las identidades,

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

4.3 Sobre identidad de género, la Organización de Estados Americanos recogiendo los Principios de Yogyakarta, señala que es un asunto de vivencia interna e individual de cada persona, pudiendo corresponder o no con el sexo biológico con que ha nacido:

La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales (Principios de Yogyakarta)¹¹¹.

En razón de la identificación del sexo con el género, las personas pueden ser cisgénero (cuando el género asumido por la persona guarda correspondencia con su sexo biológico), transgénero (cuando el género asumido por la persona no guarda correspondencia con su sexo biológico).

4.4 La CIDH conforme a los Principios de Yogyakarta, define a la **identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento**, incluyendo la vivencia personal del cuerpo, pudiendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal, a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, libremente escogida, otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, modo de hablar, modales.

Trascendiendo de los estudios antropológicos y de la sociología al derecho, el género y la identidad de género se fortalece en el siglo XX y es conocida y difundida en razón de la lucha contra la discriminación de las mujeres, anotándose qué: “En este ámbito, el recurso al género resultó útil para poner en evidencia que en los roles femeninos y masculinos existen unos elementos propios de la estructura humana, y otros que dependen de las mentalidades, culturas, épocas históricas y usos sociales. Estos factores influyen claramente, en el papel o rol que asume una persona en su desenvolvimiento social. Dicho rol se manifiesta en

las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas¹¹⁰.

¹¹¹En: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

actitudes y patrones de comportamiento mediados, principalmente, por el contexto histórico-cultural en el que cada ser humano se desarrolla”¹¹².

En ese orden, cuando se trata de identidad de género no solo se refiere a los casos de transgénero, comprende tanto mujeres y hombres cuya identificación guarda correspondencia o no con el género asignado, esto es biológicamente femenino que se identifican con el género femenino, biológicamente masculino que se identifican con el género masculino, biológicamente de un sexo que se identifican con el género del otro sexo, sea masculino o femenino; **concluyendo que las personas sean de sexo femenino, masculino, o de ambos sexos, asumen y es su derecho hacerlo, una identidad de género que puede coincidir o no, con el sexo biológico.**

4.5 De lo desarrollado corresponde dar respuesta en sentido negativo a la primera cuestión profunda materia de este considerando, pues, evidentemente sexo, género e *identidad de género* no es lo mismo, si bien se interrelacionan, **conceptualmente y en su contenido son diferentes**, que en términos simples, sexo es una condición orgánica, masculina y femenina, referidas a las diferencias biológicas y características fisiológicas, características genéticas, hormonales, anatómicas, que clasifica a la persona al nacer en femenino o masculino; género es la manifestación cultural y social que identifica a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones normas sociales, considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado; identidad de género es la auto-identificación, la persona se identifica por una construcción social de género femenino o masculino para efectos de su auto-definición, la cual puede ser igual o diferente a su sexo biológico.

4.6 Respondiendo a la segunda interrogante, señalamos que **la identidad de género si goza de protección constitucional y convencional**; en forma amplia la norma del artículo constitucional 2.1 establece que toda persona goza del derecho a la identidad; norma interpretada en jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el

¹¹² APARISÍ MIRALLES, Ángela, “Género y persona. Del posfemenismo de género al modelo de la igualdad en la diferencia”. En: Género y Justicia, Estudio e Investigaciones en el Perú e Iberoamérica, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2016, p. 26.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

sentido de la identidad ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona, y representa el derecho de todo individuo de ser reconocido por lo que es y por el modo como es¹¹³.

La Corte IDH en jurisprudencia vinculante¹¹⁴ conceptualiza a la identidad como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, comprendiendo varios derechos¹¹⁵, que la identidad de género se define “*como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales*”, la identidad de género se encuentra ligada con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria resultado de una decisión libre y autónoma de cada persona sin que deba estar sujeta a su genitalidad; la identidad de género se relaciona con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada, en consecuencia “*quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida*”¹¹⁶.

Señala la Corte IDH, que el Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas

¹¹³ “la identidad a que se refiere el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc. STC N° 2223-2005-PHC/TC”. Interpretación mencionada y ratificada en la STC N° 04509-2011-PA/TC.

¹¹⁴ Obligatoria conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, y artículo V del T.P. del C.P.Const. que prevé que el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

¹¹⁵ Sentencia Caso Gelman Vs. Uruguay, párr. 122; Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina, párr. 123, y Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 116.

¹¹⁶ Corte Interamericana de DH, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24/11/2017, solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo sexo, Obligaciones Estatales en relación con el cambio de nombre, identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. Interpretación y Alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH, Párrafos 94, 95.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, asegurando que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas. Que, esa protección no se refiere simplemente al contenido de esos derechos, sino que a través de ella, el Estado también estaría garantizando la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer. Concluyendo la Corte IDH lo siguiente¹¹⁷.

- a) Se desprende el derecho a la identidad del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada.
- b) El derecho a la identidad ha sido reconocido por este Tribunal como un derecho protegido por la Convención Americana.
- c) El derecho a la identidad comprende, a su vez, otros derechos, de acuerdo con las personas y las circunstancias de cada caso, aunque se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana).
- d) El reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2.
- e) La identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones.
- f) La identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento.
- g) El sexo, el género, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente a partir de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada.
- h) El derecho a la identidad posee también un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos.
- i) El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, incluyendo la

¹¹⁷ Opinión Consultiva OC-24/17 del 24/11/2017 op citada, párrafos

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

protección contra la violencia, tortura malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación.

j) El Estado debe asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas.

La Corte señala que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, que, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos; **el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona** (artículos 7 y 11 de la Convención Americana); íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social; resultando ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas¹¹⁸.

Ratificando en suma, que estamos ante un derecho fundamental, gozando la *identidad de género* de protección constitucional y convencional.

QUINTO: ¿Es necesaria la implementación del enfoque de género en la currícula escolar?, ¿Se debe consultar a la sociedad y los padres de familia la implementación del enfoque de género en la currícula escolar?

5.1 De lo ampliamente desarrollado en el considerando anterior, la respuesta a la primera interrogante de este considerando es afirmativa, **en el sentido que es necesaria además de indispensable, la implementación del enfoque de género en la currícula escolar.**

¹¹⁸ Opinión Consultiva OC-24/17 del 24/11/2017 op citada.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

5.1.1 Se trata de un derecho fundamental comprendido en el reconocimiento del derecho a la identidad, e interpretado por la Corte IDH y el TC, como un derecho protegido en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Constitución Política del Perú respectivamente, que debe ser respetado en todo ámbito incluso en las aulas de educación escolar.

5.1.2 La jurisprudencia constante de la Corte IDH en el sentido que la orientación sexual, y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana, que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en estas características de la persona; que la falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no es argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido¹¹⁹; en tal sentido aportando a la protección y respeto de derechos fundamentales, determina que **en la educación de los menores de edad y jóvenes en general, se debe contemplar la formación integral con respeto de los derechos humanos, entre ellos respeto a la identidad de género.**

5.1.3 Las normas del tercer y cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución, establecen con carácter vinculante en razón de la supremacía de las normas constitucionales en dimensión objetiva y subjetiva, que la educación comprende la formación ética y cívica, que **la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar**; que la enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales; normas que en interpretación conforme al criterio de unidad en concordancia con la norma del artículo constitucional 13, se establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona y la formación en derechos constitucionales y fundamentales.

¹¹⁹ Opinión Consultiva sobre Identidad de Género, y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo, San José, Costa Rica, 9 de enero de 2018.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

5.1.4 Las normas de la Ley General de Educación N° 28044 (LGE) contemplan la exigencia de formación en la educación de los derechos fundamentales y constitucionales, que la educación es un proceso de aprendizaje y enseñanza que se desarrolla a lo largo de toda la vida y que contribuye a la formación integral de las personas¹²⁰; establece que la formación ética y cívica es obligatoria en todo proceso educativo, prepara a los educandos para cumplir sus obligaciones personales, familiares y patrióticas y para ejercer sus deberes y derechos ciudadanos¹²¹; **que la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria** en todas las instituciones del sistema educativo peruano, sean civiles, policiales o militares; a mayor abundamiento la norma del artículo 33 de la LGE establece que el currículo de la Educación Básica es abierto, flexible, integrador y diversificado, sustentado en los principios y fines de la educación peruana; conforme a la norma constitucional del artículo 14° y 1° el fin supremo de la educación básica es la formación del educando conforme a los principios, valores, derechos y normas constitucionales y derechos fundamentales, en compatibilidad con el fin supremo de la dignidad de la persona humana.

5.1.5 La Guía de UNESCO¹²², para la Igualdad de Género en las Políticas y Prácticas de la Formación Docente, reconociendo que la educación es un Derecho Humano fundamental, y la igualdad de género es indispensable para su pleno ejercicio y alcance, es que plantea que a través de la educación se debe garantizar espacios que promuevan la igualdad de género para que mujeres, hombres, niñas y niños puedan gozar de las mismas oportunidades de acceso a la educación, logren alcanzar sus anhelos de manera equitativa, y tengan la garantía de recibir un trato justo en los procesos de aprendizaje; contempla la implementación de una agenda educativa amplia y significativa (Educación 2030) que sea capaz de superar los retos vinculados con la desigualdad de género, la inequidad y la exclusión, y en este sentido¹²³.

La educación debe entenderse siempre y desde un enfoque de derechos humanos, lo cual aporta a la inclusión y la equidad social, no habiendo nada más inclusivo que

¹²⁰ Norma extraída del artículo segundo de la ley.

¹²¹ Norma extraída del artículo sexto de la ley

¹²² Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

¹²³ <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002608/260891s.pdf>

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

el enfoque de derechos humanos, sin importar diferencias ni hacer distinciones sea raza, etnia, nacionalidad, sexo, identidad de género, etc.¹²⁴.

Concluyendo en suma de las razones expresadas con sustento en el ordenamiento convencional, constitucional y legal, que **el CNEB no puede estar desvinculado de los fines de la educación previstos en la Constitución, y del principio supremo de defensa y respeto de la persona humana y de su dignidad, así como del derecho fundamental a la identidad de género, debiendo implementarse en la currícula un enfoque de identidad de género compatible con el derecho fundamental**¹²⁵.

5.2 Sobre la consulta a los padres de familia la implementación del enfoque de género en la currícula escolar, la norma constitucional del segundo párrafo del artículo 13º reconoce el derecho de los padres de familia de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo; en concordancia constitucional las normas de la LGE contemplan las funciones y participación de la sociedad en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local, colaborar en la prestación del servicio educativo y en el desarrollo de programas y proyectos que contribuyan al logro de los fines de la educación peruana¹²⁶; igual forma contempla la conformación de la comunidad educativa, el Consejo Educativo Institucional, en la que participa los padres de familia sobre asuntos, como la formulación y ejecución del Proyecto Educativo, de participar y colaborar en el proceso educativo de sus hijos¹²⁷.

5.2.1 Extrayendo que constitucional y legalmente, sí se encuentra reconocido el derecho de los padres de familia de escoger los centros de educación, de participar en el proceso educativo, y a través del Consejo Educativo Institucional de participar en la formulación y ejecución del Proyecto Educativo; asimismo el derecho de la sociedad de participar en la definición y desarrollo de políticas educativas en el

¹²⁴ RODINO, Ana María, "La Educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social", En: Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N°61, Enero – Junio 2015, San José Costa Rica, pp 201-202.

¹²⁵ Para la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), igualdad de género significa igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades para mujeres y hombres, y para niñas y niños. Supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades de mujeres y hombres, reconociendo la diversidad de los distintos grupos de personas. En tal sentido, la educación es un pilar básico para transmitir estos valores desde la primera infancia.

¹²⁶ Norma del artículo 22 de la Ley.

¹²⁷ Norma del artículo 52 y 54 de la LGE.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

ámbito nacional, regional y local, de colaborar en el desarrollo de programas y proyectos que contribuyan al logro de los fines de la educación peruana.

5.2.2 Debiendo anotar en este punto, que conforme a lo desarrollado en el considerando anterior, la identidad de género es un derecho fundamental que asiste a todas las personas en todas las etapas de su vida, independiente de que su identidad de género coincida o no con su sexo biológico; **un derecho fundamental que goza de protección constitucional y convencional, y como tal no requieren ser positivados ni incorporados en normatividad interna para su estricto cumplimiento y observancia, no necesitan ser consultados ni obtener consentimiento de las personas, en tanto son vinculantes y de estricta aplicación en razón de su rango normativo constitucional y convencional;** por lo que no requiere de consulta ni consentimiento para ser aplicados en la formación y elaboración de la currícula nacional de educación básica, constituyendo su incorporación una expresión del Estado de que está cumpliendo con adoptar medidas compatibles con el respeto y materialización de los derechos fundamentales.

5.2.3 Por ello, compatibilizando una interpretación conjunta con las normas constitucionales y convencionales, conforme a lo desarrollado en el considerando 5.1 que es obligatoria y constitucional la incorporación en la currícula escolar la formación en respeto de la identidad de género; por lo que, los derechos y atribuciones de los padres de familia y de la sociedad de participar en el proceso educativo, formulación y ejecución del proyecto educativo, en la definición, desarrollo de políticas educativas, y de programas y proyectos conformes a los fines de la educación peruana, **debe ser interpretado en el sentido que no está referida a la implementación de políticas educativas sobre derechos constitucionales y fundamentales, que por la convención, constitución y ley deben efectuarse, como es el derecho a la identidad de género.**

Sin perjuicio de lo señalado, cabe anotar en este punto, que de acuerdo a los términos del recurso de apelación del demandante, el cuestionamiento está referido entre otros, a la incorporación de un nuevo enfoque de género, el cual habría sido implementado en forma distinta a lo previsto en la anterior currícula escolar, por ello

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

cabe analizar luego, si el enfoque de género acogido en el CNEB es compatible con las normas constitucionales y convencionales que protegen el derecho a la identidad de género.

SEXTO: ¿Son impugnables constitucionalmente las políticas públicas educativas?

6.1 Sí son impugnables las políticas públicas, en tanto en el Estado Constitucional de Derecho no se admiten poderes absolutos ni arbitrarios, ni poderes exentos de control, constituyendo la vía del proceso de Acción Popular una vía idónea para la impugnación, cuando estas se traducen en normas infralegales incompatibles con los derechos fundamentales e infringen normas convencionales, constitucionales y legales.

6.2 Como se tiene afirmado, la identidad de género es un derecho fundamental no admitiendo debate su implementación en la currícula escolar, no obstante, en la política pública educativa se debe adoptar un enfoque de género compatible con las normas del bloque de constitucionalidad, y cuando el enfoque que se acoja e incorpore, se lesionen los derechos y el ordenamiento jurídico, si es posible realizar el control de constitucionalidad y legalidad; en tanto **no se admite un enfoque de identidad de género que recoja una determinada ideología en perjuicio de otra, ni un enfoque parcializado u orientado a cierta tendencia**, es exigible que el enfoque que se acoja deba ser en estricto compatible con los derechos y normas convencionales y constitucionales.

SÉTIMO: ¿El enfoque de género contenido en la CNEB 2017 es constitucional?

7.1 Como Jueces en un Estado Constitucional de Derecho, nos corresponde con convicción prevalecer y proteger la efectivización del principio derecho dignidad de toda persona humana y de sus derechos fundamentales, independientemente de sus particularidades e individualidades; en igual forma toda autoridad, particulares y sociedad en general, tienen que entender y aprehender, que todas las personas son valiosas, dignas de respeto y de consideraciones, con igualdad de derechos, no admitiéndose actos ni políticas discriminatorias en ningún ámbito, menos en los

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

centros educativos; por lo que, ciertamente la formación de los niños y adolescentes del Perú debe necesariamente ser conforme al respeto de los derechos fundamentales de todos en general y en cada individuo, en consecuencia **la implementación de una política pública educativa que se encuentre en consonancia con los derechos fundamentales y el respeto de la persona humana y su dignidad, así como de su orientación sexual e identidad de género, será constitucional; a la inversa, si es contraria a tales derechos, será inconstitucional.**

7.2 Correspondiendo en este punto, dilucidar si el específico enfoque de género contenido en la currícula escolar incurre en inconstitucionalidad, sustentando la parte demandante, que distorsiona la identidad de género.

7.2.1 El enfoque de género estaba presente en la anterior currícula escolar denominada "Diseño Curricular Nacional de Educación Básica Regular" (DCNEBR), en el ítem 4.2 sobre Temas Transversales, plasmados en valores y actitudes, que mediante su desarrollo se espera que los estudiantes reflexionen y elaboren sus propios juicios y sean capaces de adoptar comportamientos basados en valores, racional y libremente asumidos; que el trabajo en los temas transversales contribuirá a la formación de personas autónomas, capaces de enjuiciar críticamente la realidad y participar en su mejoramiento y transformación¹²⁸. Recoge el derecho a la identidad de género, así como la educación para la equidad de género, propone logros compatibles con el derecho de identidad de género, de respetar y reconocer las diferencias de los demás, aceptar y mostrar actitudes de empatía ante las diferencias entre las personas; y el poner en práctica un estilo de vida democrático, en pleno ejercicio de sus deberes y derechos, de respeto de las diferencias, rechazando la discriminación y aportando a la construcción de un país

¹²⁸ Indica que los temas transversales deben ser previstos y desarrollados al interior de todas las áreas curriculares, deben impregnar y orientar la práctica educativa y todas las actividades que se realizan en la institución educativa, y deben estar presentes como lineamientos de orientación para la diversificación y programación curricular; acogiendo en el nivel del diseño Curricular Nacional de EBR (educación básica regular), entre los temas transversales, "La educación para la equidad de género"; y en el 4.3 sobre logros Educativos por Niveles, señala en la educación inicial "Interactúa y se integra positivamente con sus compañeros, muestra actitudes de respeto al otro y reconoce las diferencias culturales, físicas y de pertenencia de los demás"; en el nivel de Educación Primaria "Acepta y muestra actitudes de empatía y tolerancia ante las diferencias entre las personas, referidas a género, raza, necesidades especiales, religión, origen étnico y cultura; desenvolviéndose asertivamente en diversos ámbitos sociales"; en el nivel de Educación Secundaria "Pone en práctica un estilo de vida democrático, en pleno ejercicio de sus deberes y derechos, desarrollando actitudes de tolerancia, empatía y respeto a las diferencias, rechazando todo tipo de discriminación y aportando en la construcción de un país unido, a partir de la diversidad".

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

unido a partir de su diversidad; si bien en los dos últimos niveles, refiere "tolerancia ante las diferencias entre las personas referidas a género", está soslayando que cuando se trata de derechos fundamentales como la identidad de género, **no es asunto de tolerancias, sino de respetar el derecho del otro tanto como el nuestro, por lo que no es apropiado señalar tolerar, cuando lo que debe hacerse es entender que son tan igual titulares de derechos exigibles y reconocibles, y como tal deben obligatoriamente ser respetados.**

7.4 El CNEB 2017 objeto de la demanda constitucional, establece como nuevo enfoque de identidad de género, que:

"Si bien aquello que consideramos "femenino" o "masculino" se basa en una diferencia biológica-sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones".

Los padres de familia demandantes, alegan que de acuerdo a este enfoque de género, se estaría señalando que el sexo masculino o femenino no se nace sino que se construye; por lo que pasando al análisis se ubica las siguientes normas:

N1: *Aquello que se considera femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual.*

N2: *Las nociones de femenino o masculino que se basan en una diferencia biológica sexual, se van construyendo.*

Dicho de otro modo.- N3: *Las diferencias biológicas –sexual son nociones que vamos construyendo.*

7.5 Si bien y como se tiene desarrollado en esta sentencia, la identidad de género se construye, no es lo mismo señalar que las nociones *biológica-sexual femenino* o *biológica-sexual masculino* se construyen, pues en identidad de género lo que se reconoce es que la persona nace con un sexo biológico, y la identidad de género en su construcción puede o no coincidir con el sexo biológico (cisgénero, transgénero). Reafirmando que tanto derecho tienen a su identidad, los cisgéneros como los transgéneros, en ese orden, se requiere un enfoque que coincida con la esencialidad del derecho fundamental de identidad de género, de todos y todas; por lo que un enfoque de género que no sea compatible con la interpretación convencional del derecho fundamental, es inconstitucional.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

En derecho y en la vida social, pueden darse discrepancias en temas morales, en principios y valores sociales y familiares, no obstante la moral que prevalece en el Estado Constitucional y que sirve de parámetro en la resolución de conflictos es la moral legalizada, la moral recogida en democracia y traducida por el Constituyente en la norma suprema y en la legislación del sistema jurídico nacional; esa moral legalizada se convierte en derecho, y en este caso, el derecho a la identidad de género se encuentra reconocido en la constitución y en la CADH, en un sentido propio, y no como ha sido consignado en el CNEB.

Evidenciando que el enfoque de género consignado en el CNEB presenta deficiencias de ambigüedad y falta de claridad en la redacción y uso de los términos "biológica-sexual" y "noción que se construyen", lo cual no es claro en un análisis de derecho y menos para los educandos; requiriendo acoger una interpretación que sea compatible constitucional y convencionalmente, en el sentido de que:

"El sexo biológico masculino y/o femenino se determina al nacer, y la identidad de género es la que se construye, pudiendo coincidir o no con el sexo biológico".

En términos claros, no como ha sido planteado en la currícula, sino conforme a la definición de la UNESCO:

El género es una construcción social que dicta los roles que cada persona debe desarrollar en consonancia con su sexo en cada ámbito de la vida. Tal división determina las oportunidades y limitaciones que tendrá cada individuo, según su género, para desarrollarse plenamente, pero también determina las posibilidades de desarrollo sostenible para el colectivo en el cual se desarrolla.

Reiterando que la principal diferencia entre los conceptos sexo y género, radica en que el primero se concibe como un hecho biológico y el segundo se concibe como una construcción social¹²⁹.

¹²⁹ Señala que *La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Existen variantes de la identidad de género: la guía de Unicef Módulo 1 ENTENDER EL GÉNERO, ofrece información general y aclara conceptos y definiciones sobre la perspectiva de género. Explica, de forma fehaciente, que el género es una construcción cultural, por lo que es cambiante y relativa, y susceptible de ser modificada.*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

En ese orden, es que se emite una sentencia interpretativa desestimando la demanda y rescatando la constitucionalidad de la disposición sobre enfoque de género, siempre que se interprete en el sentido anotado¹³⁰. Sin costos al no advertirse temeridad del demandante, y se está emitiendo sentencia interpretativa¹³¹.

OCTAVO: Implementación de la identidad de género en el ámbito escolar

8.1 Consideramos que se trata no solo de afirmar y expresar que todos somos iguales en derechos, que todos tenemos derechos fundamentales, y todos merecemos ser respetados como personas dignas, no se trata de tolerar al otro, se trata de entender y traducir en cada uno de los actos, en todo ámbito, el respeto de cada persona y dignidad, conforme al principio y derecho de igualdad.

8.2 En ese contexto, no podemos soslayar la información de la Asamblea de las Naciones Unidas, sobre la discriminación en la educación, la discriminación, violencia, maltrato, acosoamiento, hostigamiento de la comunidad educativa a los alumnos por su orientación sexual o expresión de género, la denegación de ingreso, la expulsión, de personas lesbianas, gays, bisexuales, y transjóvenes, quienes suelen ser víctimas de violencia, acoso, hostigamiento escolar de compañeros y profesores; las niñas y niños considerados poco femeninas o masculinos según el caso, sufren burlas y en ocasiones golpes por su apariencia y comportamiento que encajan en la identidad de género heteronormativa en el patio de las escuelas primarias, que el aislamiento el estigma generan depresión y otros problemas de salud y contribuyen al ausentismo escolar, abandono de la escuela, en casos extremos al intento de suicidio o el suicidio¹³²; requiriendo compromisos en la lucha contra estos tipos de prejuicios y violencias, requiriendo de esfuerzos

<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>

¹³⁰ En rigor conceptual, como bien en Italia han anotado autores como Crisafulli, Silvestre o Montella, toda sentencia implica una labor interpretativa. Sin embargo, y luego de plantearse la pertinencia de una eventual distinción entre conceptos como los de disposición y norma, se habla de "sentencias interpretativas" al referirse a aquellos pronunciamientos donde, a propósito de rescatar la constitucionalidad de una norma (o especificar en qué aspectos dicha norma sería inconstitucional) el juez constitucional proporciona tanto a los jueces ordinarios como a cualquier otra autoridad o ciudadano los parámetros para comprender la norma en cuestión en el mismo sentido planteado por ellos, acabando así con cualquier incoherencia o confusión previamente existente, o por lo menos, comprometiendo al legislador con la subsanación de estas deficiencias. ESPINOZA SALDAÑA, Estudios Constitucionales, vol 4, número 2, noviembre 2006, p. 206.

¹³¹ Segundo párrafo del artículo 97 C.P.CONST.

¹³² NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, 17 de noviembre de 2011, Consejo de Derechos Humanos, 19º Periodo de Sesiones, Informe Anual del Alto Comisionado de las naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 20.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

concertados de las autoridades en general, especialmente autoridades educativas, así como de la sociedad y de los padres de familia.

Sin la concertación y apoyo es difícil lograr tales objetivos, como sucede en el tema de igualdad de género de las mujeres, en *los planos mundial, regional y nacional se han tomado varias iniciativas desde la década de 1960 los países han tomado medidas políticas, han evaluado su situación, han formulado estrategias, y han firmado o ratificado diversos instrumentos internacionales y regionales, con dicho objetivo*¹³³, sin embargo aún no se logra a satisfacción, constituyendo prueba tangible el caso del Perú con una alta tasa de femicidio, discriminación y violencia laboral, familiar, etc., que responde en gran parte por la falta de compromiso de los actores involucrados, que en el caso de los docentes en la 36^a Sesión de la Conferencia General de la UNESCO 2011, se reconoce que los “docentes” son un sector clave para impulsar la calidad de la educación, la igualdad de género y la provisión equitativa de una educación para todos.

No obstante estos esfuerzos, persiste la desigualdad y la violencia de género en el ámbito social y educativo, coligiendo que no solo la incorporación del género en el proceso educativo a través de los planes de estudio y la formación del personal docente, es un paso importante hacia el logro de la igualdad de género y de respeto por la identidad de género, que es necesario e indispensable comprometer a las instituciones educativas y docentes adoptar políticas y planes de igualdad, como señala Unesco, transformar los entornos institucionales, proporcionen servicios sensibles al género, y aseguren enfoques que sean igualmente sensibles al género en sus planes de estudios y materiales pedagógicos, que promuevan prácticas de formación del personal docente sensibles al género y se incorporen como parte integral de su misión¹³⁴; así como es vital contar con el apoyo de los padres de familia en la implementación del enfoque de género en el ámbito educativo de sus

¹³³ El avance es lento, y los objetivos no se vienen cumpliendo, pese que en la Conferencia sobre Educación realizada en Jomtien, Tailandia, en 1990, se adoptó la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, aprobando seis objetivos de los cuales el quinto en referencia específica al género: estableció como tal, el suprimir las disparidades entre los géneros en la enseñanza primaria y media básica de aquí al año 2005, y lograr antes del año 2015, la igualdad entre los géneros en relación con la educación, en particular garantizando a las jóvenes un acceso pleno y equitativo a una educación básica de buena calidad.

¹³⁴ En ese aspecto, la Guía para la Igualdad de Género en las Políticas y Prácticas de la Formación docente de la Unicef, es herramienta práctica para impulsar una cultura organizacional que fortalece capacidad de docentes, directores y estudiantes, dirigida a reconocer y modificar prácticas de desigualdad de género. file:///E:/Articulos/Guia%20unicef%20identidad%20género.pdf

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

hijos, para no enfrentarlos en un ambiente de contradicciones de lo que se enseña en el colegio y lo que se enseña en casa, y para lograr que la transformación hacia una cultura de paz y respeto de los derechos fundamentales empiece y se consolide en los centros de educación escolar.

III. DECISIÓN:

Por tales consideraciones:

Primero.- EMITIR SENTENCIA INTERPRETATIVA de la norma de enfoque de género de la CNEB 2017, Declarando que el Enfoque de Género de la Currícula Escolar es constitucional, si se interpreta en el sentido siguiente en compatibilidad constitucional y convencional:

“El sexo biológico masculino y/o femenino se determina al nacer, y la identidad de género es la que se construye, pudiendo coincidir o no con el sexo biológico”.

Segundo.- En consecuencia, conforme a esos términos, **REVOCAR** la sentencia contenida en la sentencia - resolución número treinta de fecha 28 de agosto de dos mil diecisiete, que declara Fundada en parte la demanda, en consecuencia Nula la Resolución Ministerial 281-2016-MINEDU en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de Educación Básica para el año 2017, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, y EXHORTA al Ministerio de Educación a promover y/o implementar mecanismo para que la sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación; con costos del proceso; **REFORMÁNDOLA**, declarar **INFUNDADA** la demanda de acción popular interpuesta por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, contra el Ministerio de Educación (Minedu); **SE DISPONE** que la presente resolución se publique en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley;,. **Jueza Suprema: Rueda Fernández.-**

SS.

RUEDA FERNÁNDEZ

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO
CARTOLIN PASTOR SON LOS SIGUIENTES:**

VISTOS; con el expediente principal y el cuaderno de apelación; y
CONSIDERANDO:

PRIMERO: De la sentencia apelada

La sentencia apelada recaída en la resolución número treinta, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete¹³⁵, resolvió declarar fundada en parte la demanda de acción popular interpuesta por Francisco Javier Pacheco Manga, Rodolfo Martín Cotrina Barrantes, José Francisco Estrada Cotrina, Ninoska Violeta Valladares Peña, Hernán César Canales Uzategui y Giuliana Calambrogio Correa –en adelante, los demandantes– interpuesta contra el Ministerio de Educación –en adelante, el Ministerio–; en consecuencia, nula la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprobó el ‘Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017’, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II – Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egresado, en la parte que se consigna: “*Si bien que aquello que consideramos femenino y masculino se basa en una diferencia biológica sexual, éstas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación; exhortando al Ministerio de Educación para que la sociedad y los padres de familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación, con costos del proceso.

SEGUNDO: Agravios de los recursos de apelación

2.1. En el recurso de apelación de fecha cinco de septiembre de dos mil diecisiete¹³⁶, interpuesto por los demandantes, se plantean dos pretensiones impugnatorias: I) Se declare nula parcialmente la sentencia

¹³⁵. Obrante a fojas 1462 del expediente principal.

¹³⁶. Obrante a fojas 1593 del expediente principal.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

impugnada y se integre en el sentido que se declare nula toda la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y nulo todo el Currículo Nacional de la Educación Básica del año 2017 –en adelante, el CNEB–, por ser inconstitucional, al contener en su motivación una incongruencia interna; y II) se declare nula parcialmente la resolución impugnada y se integre la sentencia apelada declarando nula la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y el CNEB, porque vulnera el derecho constitucional a la libre elección del colegio que mejor responda con las convicciones de los padres, en tanto fue un extremo no desarrollado en la sentencia.

Con relación a la **primera pretensión impugnatoria**, los demandantes exponen los siguientes fundamentos: 1) La Sala de Mérito expide una sentencia con motivación sustancialmente incongruente con lo probado y argumentado en la demanda, pues lo que se demuestra con la documentación presentada es que los padres no fueron consultados no solo para tratar el tema central del enfoque de género, sino sobre ningún otro aspecto del CNEB; 2) en ese sentido, se emite una sentencia incongruente pues no existe pronunciamiento sobre la anulación de todo el CNEB, aun cuando fue solicitada en la demanda, y porque abundan pruebas en el expediente de que el CNEB no se consultó a la sociedad civil representada por los padres de familia; 3) precisa que las políticas públicas en educación sí pueden ser cuestionadas por los padres de familia, pues lo que se discute ahora no son temas relacionados con las ciencias, sino criterios morales, pues se refieren a la idea de género como concepto cultural o psicológico, que adolece de científicidad y abunda en subjetivismos.

Respecto de la **segunda pretensión impugnatoria**, los demandantes argumentan lo siguiente: 1) La sentencia impugnada contiene una motivación sustancialmente incongruente desde que el Juez no ha tenido en cuenta la plenitud de lo demandado, esto es, nulidad por inconstitucionalidad de todo el CNEB, por afectación al derecho de participar en la política educativa y por negarle la libertad a los padres de elegir el colegio que mejor les convenga, dado que el nuevo enfoque transversal de igualdad de género uniformiza la educación en un aspecto no científico; 2) si bien la igualdad ante la ley entre la

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

mujer y el varón es compartida por todos, el medio que se presenta como único es inconstitucional porque impide ejercer la libertad de elección; así, se uniformiza la visión de la sexualidad no basada en criterios científicos sino en criterios culturales o psicológicos, que no tomarían en cuenta la línea axiológica que tengan los centros educativos privados o particulares; **3)** el CNEB, además de formar en equidad de género –que es la disminución de brechas entre varones y mujeres, producto de una visión machista de los roles sociales–, formará en identidad de género, que representa una nueva visión de la sexualidad de las personas; así, este razonamiento adquiere un nuevo contenido ideológico que vulnera el contenido esencial de la educación escolar, la que aún si fuera consultada a la sociedad, vulnera la libertad de pensamiento de los padres y el derecho a guiar el proceso de formación educativa de sus hijos y, sobre todo, la libertad de poder elegir; **4) en el CNEB no se define la identidad de género, concepto que tampoco se encuentra en el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017**, ni en las normas del sector educativo; afirmar lo contrario constituye una inclusión maliciosa al introducir un elemento distorsionador de la realidad, dado que varios sectores del gobierno reconocieron que toda referencia a género debía entenderse que hacen referencia a la *mujer*, en tanto lo otro implicaría subir un nivel más respecto de la concepción de la sexualidad, según la comprensión que se quiere enseñar a la infancia peruana.

- 2.2.** Por su parte, en el recurso de apelación de fecha ocho de septiembre de dos mil diecisiete¹³⁷, interpuesto por el Procurador Público especializado en Materia Constitucional, en representación del Ministerio, se alega lo siguiente: **1)** En principio, la demanda debe ser declarada improcedente dado que ni la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU ni el CNEB son normas de alcance general, por lo que no podían ser objeto de control en un proceso de acción popular; en ese sentido, el CNEB no puede ser considerando una norma de alcance general debido a que es un documento de gestión para la implementación de políticas públicas en materia educativa, por lo que tiene una redacción ajena a la de una norma en materia administrativa; **2)** con relación al

¹³⁷. Obrante a fojas 1620 del expediente principal.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

tema de fondo, el razonamiento de la Sala Superior es erróneo, pues a través del CNEB no se busca dar a conocer una nueva visión o forma de la sexualidad, sino explicar, dentro del enfoque de género, las relaciones que en nuestra sociedad existen entre hombres y mujeres a fin de identificar y eliminar los estereotipos que limiten el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones; **3)** la sentencia apelada resulta contraria al artículo 1 de la Constitución Política, así como a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para), **considerando que el enfoque de la igualdad de género planteado en el CNEB es conforme con estas normas sobre igualdad de oportunidades, dado que es en el ámbito educativo donde resulta esencial llevar acciones para cambiar los patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres que originan una situación de desigualdad;** **4)** la Sala de Mérito comete un grave error al determinar como parámetro de control del CNEB al artículo 7 de la Ley General de Educación, norma que se relaciona con el Proyecto Educativo Nacional, del cual se realiza una interpretación forzada sobre su contenido para concluir que existe un supuesto mandato de consulta o participación de la sociedad y los padres de familia para la elaboración del contenido de la CNEB; **5)** además, se afectó el artículo 22 de la Ley General de Educación, que si bien hace referencia a que la participación se relaciona con la contribución a la calidad y equidad de la educación, tal contribución puede ser entendida como los aportes, comentarios o sugerencias que puedan brindarse en torno a la calidad y equidad de la educación, mas no como un mandato para garantizar una participación a un nivel de decisión en la formulación de las políticas educativas; **6)** por otra parte, respecto a la exhortación vinculada con la participación de la sociedad, a los padres de familia en materia educativa, esta no es vinculante y debe ser entendida solo como una recomendación del órgano jurisdiccional, pues no cumple con los supuestos fijados por el Tribunal Constitucional para las sentencias exhortativas vinculantes, siendo que, a su vez, resulta innecesaria debido a que la modalidad de participación ha sido definida en el respectivo reglamento.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

TERCERO: Norma materia de control constitucional vía acción popular

Del tenor de la demanda de acción popular interpuesta en el presente proceso, se aprecia que los demandantes postulan como pretensión que se declare la inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, publicada el tres de junio de dos mil dieciséis, así como del CNEB, el cual se incluyó como Anexo de dicha resolución ministerial y forma parte integrante de la misma, cuya implementación se dispuso a partir del 1 de enero de 2017 en todas las instituciones y programas educativos públicos y privados de la Educación Básica.

En este estadio del proceso, se advierte que se plantea como cuestión previa la procedencia de la demanda de acción popular, y como temas centrales, vinculados con la legalidad y constitucionalidad de las disposiciones objeto de control normativo, tanto cuestiones de forma como de fondo, asuntos que abordaré considerando lo expuesto por los litigantes en sus respectivos medios impugnatorios, en consonancia con lo desarrollado, además, en los escritos postulatorios.

CUARTO: improcedencia de la demanda de acción popular alegada por el Ministerio de Educación

4.1. Proceso de acción popular

El proceso de acción popular es aquel que puede ser emprendido por cualquier ciudadano, independientemente de que la norma que se impugne le afecte o no, pues procede ante un supuesto que perjudique a la colectividad. Es decir, a través de este proceso se reconoce la posibilidad de que una persona defienda un interés que no le concierne como simple particular, sino como miembro de una determinada colectividad.

En otros términos, el proceso constitucional de acción popular está pensado en una suerte de control ciudadano sobre el poder reglamentario de la Administración pública y, sobre todo, para el caso del Gobierno; en tanto que aquella, mediante una actividad que le es propia, puede vulnerar las leyes y la Constitución. En ese sentido, en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política se establece que la acción popular es un proceso constitucional que se interpone contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, por infracción de la Constitución y de la ley.

Al igual que el proceso de inconstitucionalidad, el de acción popular es uno de control concentrado y de carácter abstracto, en tanto que el Juez constitucional observará la compatibilidad o incompatibilidad de la disposición cuestionada con la Constitución y sus leyes de desarrollo –a diferencia del control difuso–, independientemente de su vinculación con un caso en particular.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 17 de la sentencia recaída en el expediente N° 00025-2010-PI/TC, de fecha diecinueve de diciembre de dos mil once, se refiere a la acción popular en los siguientes términos:

“(...) la Constitución ha previsto un proceso constitucional, de conocimiento exclusivo del Poder Judicial, denominado ‘acción popular’, para que en su seno se realice un control abstracto de validez legal y/o constitucional de los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen [art. 200.5º CP y art. 76º del CPConst]. Según el tercer párrafo del artículo 81º del CPConst., declarada la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma, resolución, reglamento o decreto de carácter general, el órgano jurisdiccional podrá declarar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas, precisando sus alcances en el tiempo, además de contar la decisión con alcances generales. La inaplicación, en este caso, no tiene que ver con los alcances generales de la sentencia que declara la invalidez de la norma, sino con los efectos retroactivos que se le pueda atribuir, luego de determinarse su nulidad (...).”

Cabe señalar que en el artículo 76 del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237¹³⁸, el cual aborda la admisibilidad de este proceso, se establece que la demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

¹³⁸. Publicado en el diario oficial ‘El Peruano’ el 31 de mayo de 2004.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Asimismo, debe precisarse que las reglas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de la acción de inconstitucionalidad le son aplicables a la acción popular dada su similar naturaleza y efectos.

4.2. La Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y el Currículo Nacional de Educación Básica del año 2017 (CNEB) como norma reglamentaria de carácter general

La entidad emplazada sostiene que la demanda de acción popular deviene en improcedente, por aplicación de lo establecido en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política, así como en el artículo 76 del Código Procesal Constitucional, dado que el CNEB contiene una redacción ajena a la de una norma en materia administrativa, es decir, no califica como una norma de carácter general, la que se caracteriza, usualmente, por contar con un supuesto de hecho y su respectiva consecuencia.

En este caso, de conformidad con la pretensión y los fundamentos esbozados en la demanda, la parte demandante inicia el presente proceso de acción popular para que se revise la constitucionalidad y legalidad de la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y del CNEB que aprueba, de modo que son estos instrumentos –el último como parte integrante del primero– los que deben revestir las condiciones que establece nuestro ordenamiento jurídico para que se admita una demanda de acción popular contra ellas.

Como se ha señalado, el artículo 76 del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política, establecen que el proceso de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos que tengan carácter general, vale decir, serán objeto de análisis aquellas disposiciones normativas que cumplan con dos condiciones: **1)** tener rango infralegal, y **2)** tener una aplicación con alcance general y abstracto¹³⁹.

¹³⁹. El criterio sobre esta condición de los instrumentos contra los que puede plantearse una demanda de acción popular es compartido con lo expuesto por Morón Urbina: “*La redacción del artículo 200 de la Constitución Política respecto del proceso de acción popular es imperfecta porque induce a errores sobre aquello que es objeto de proceso. La mención por separado de ‘reglamentos’, ‘normas administrativas’, ‘resoluciones y decretos de carácter general’ parecería indicar que son distintos fenómenos jurídicos, cuando se trata únicamente de los reglamentos que por antonomasia sobre normas de alcance general y abstractas*”

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

En principio, para efectuar este análisis, la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU no puede ser estudiada de manera independiente o inconexa con el CNEB, sino que debe serlo considerando que este último forma parte integrante de aquella, según lo dispuesto en su artículo 1¹⁴⁰; en ese sentido, el presente análisis comprenderá a ambos instrumentos como parte de una sola estructura normativa para efectos de determinar si resulta viable la procedencia de la demanda de acción popular incoada por los demandantes.

Pues bien, en cuanto a la primera condición, resulta innegable que la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU es una norma de rango infralegal y, por ende, puede estar sujeta a un control normativo de esta naturaleza en el presente proceso; presupuesto que también cumple, por inclusión, el CNEB al haber sido aprobado por dicha resolución ministerial y formar parte de la misma.

Respecto de la segunda condición, para determinar si estos instrumentos tienen alcance general y abstracto, se debe analizar si cumplen con el principio de generalidad –artículo 103 de la Constitución Política¹⁴¹–, que establece que las normas deben ser generales y no establecer un régimen contrario al derecho a la igualdad. Cabe precisar que el concepto de generalidad alude a que el supuesto comprendido por la norma es abstracto y los destinatarios de la misma son indeterminados; así, la abstracción del supuesto y la indeterminación de sus destinatarios configuran la generalidad de una norma¹⁴².

(resaltado añadido) [En Morón Urbina, Juan Carlos. (2014). “Evolución de la acción popular: el modelo peruano de control constitucional sobre reglamentos”. *Revista Pensamiento Constitucional* (19); p. 385].

¹⁴⁰. “Artículo 1.- Aprobar el Currículo Nacional de la Educación Básica, **el mismo que como Anexo forma parte integrante de la presente resolución**” (resaltado nuestro).

¹⁴¹. “Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Artículo 103.- ‘Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

¹⁴². Fundamento 25 de la sentencia de fecha 22 de junio de 2007, expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente N°007-2006-PI/TC.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Al respecto, es necesario señalar que en el inciso b) del artículo 13 de la Ley N° 28044 – Ley General de Educación¹⁴³ se establece que los Currículos Básicos son uno de los factores que interactúan para el logro de la calidad en educación, son comunes a todo el país, y se encuentran articulados entre los diferentes niveles y modalidades educativas que deben ser diversificados en las instancias regionales, locales y en los centros educativos, para atender a las particularidades de cada ámbito, y en función a las necesidades educativas de sus estudiantes¹⁴⁴.

En los artículos 33 y 34 del mismo texto legal se dispone que para el caso de la Educación Básica, el currículo debe ser abierto, flexible, integrador y diversificado, así como sustentarse en los principios y fines de la educación peruana; de igual manera, debe ser valorativo en tanto responde al desarrollo armonioso e integral del estudiante y a crear actitudes positivas de convivencia social, democratización de la sociedad y ejercicio responsable de la ciudadanía; significativo, en tanto toma en cuenta las experiencias y conocimientos previos y las necesidades de los estudiantes; y participativo, en tanto se construye por la comunidad educativa y otros actores de la sociedad, por consiguiente, está abierto a enriquecerse permanentemente y respeta la pluralidad metodológica.

En el caso de autos, se tiene que el CNEB –según su propio texto– es un documento que determina los aprendizajes que se espera logren los estudiantes como resultado de su formación básica, en concordancia con los fines y principios que se reconocen para la educación peruana, el Proyecto Educativo Nacional y los objetivos de la Educación Básica; para lo cual aprueba enfoques transversales para el desarrollo del perfil de egreso, así como las competencias, capacidades y estándares de aprendizaje nacionales de la Educación Básica que deben tomar en cuenta los sujetos que imparten la enseñanza en esta etapa formativa.

En función a ello, no se aprecia que el CNEB constituya un instrumento aprobado para tratar un asunto concreto o se encuentre dirigido a un determinado e identificable grupo de individuos; por el contrario, sus

¹⁴³. Publicada en el diario oficial 'El Peruano' el 29 de julio de 2003.

¹⁴⁴. De acuerdo con el texto modificatorio aprobado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N°29973, publicada el 24 de diciembre de 2012.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

disposiciones plantean los lineamientos y directrices que deben regir en el ámbito nacional para alcanzar una óptima calidad en el aprendizaje de estudiantes en etapa inicial, primaria y secundaria; de forma tal que se aprueba con carácter general sobre todas aquellas personas que cursan o cursarán estos niveles y quienes se encuentran dedicados a la labor educativa en este periodo instructivo –instituciones y programas educativos, sean públicas o privadas, rurales o urbanas, multigrado, polidocente o unidocente, modelos y formas de servicios educativos–. Tales aspectos denotan que el CNEB es una disposición jurídica que cumple con el principio de generalidad, por lo que es viable impugnarla en un proceso de acción popular.

Esta misma conclusión se obtiene si se toman en cuenta los criterios para identificar las normas que pueden ser objeto de control en los procesos de acción popular según el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materias Constitucional y Contencioso Administrativo¹⁴⁵: **1)** pertenencia al ordenamiento jurídico, **2)** consunción, y **3)** generalidad.

En efecto, considerando que el criterio de pertenencia al ordenamiento jurídico busca determinar si el instrumento cuestionado es una actuación que se incorpora al ordenamiento jurídico o es la mera aplicación a un caso concreto –acto administrativo–, resulta evidente que el CNEB no se aprueba con el fin de producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de algún sujeto dentro de una situación concreta¹⁴⁶, sino que se integra al ordenamiento jurídico como una disposición reglamentaria que pretende regular la actividad educativa y formativa que despliegan los docentes en beneficio de los estudiantes en la etapa de Educación Básica; de modo que se aprueba con carácter permanente en el tiempo, pues sus alcances van más allá de los sujetos determinados que puedan ubicarse en la relación educador-educando.

¹⁴⁵. Llevado a cabo en Lima entre el 2 y 10 de diciembre de 2015 [En <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f3815c804e146377866ef648a12af05b/l+Pleno+Supremo+constitucion+al+y+contencioso.pdf?MOD=AJPERES>].

¹⁴⁶. De acuerdo con la definición de acto administrativo prevista en el artículo 1 numeral 1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Esta aptitud de permanencia del CNEB en el ordenamiento jurídico como fuente de derecho se pone en evidencia, además, cuando en el artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU se dispone dejar sin efecto –a partir del uno de enero de dos mil diecisiete– los Diseños Curriculares Nacionales de la Educación Básica Regular y Alternativa, aprobados por las Resoluciones Ministeriales N.os 440-2008-ED y 276-2009-ED, respectivamente; dado que el CNEB viene a suplir el referido régimen normativo para implementar un nuevo marco reglamentario que atenderá la formación básica de calidad que exige el sector educativo a partir de las modificaciones que la entidad competente consideró necesarias.

Asimismo, con relación al criterio de consunción, por el cual debe observarse si el reglamento impugnado se consume o no con el cumplimiento por sus destinatarios; debemos anotar que el CNEB, como disposición reglamentaria que regula la actividad educativa vinculada con la Educación Básica, se encuentra destinado a ser aplicado sobre las distintas e indeterminadas situaciones jurídicas previstas en ella según se vayan produciendo en el tiempo, por lo que no puede sostenerse que se consumirá frente a la ocurrencia de eventos concretos.

Respecto del criterio de generalidad, que exige que la norma reglamentaria sea impersonal y abstracta, este también es cumplido por el CNEB al reconocer que tiene alcances sobre los distintos sujetos que se ocupan de la enseñanza de la Educación Básica así como de quienes serán instruidos con ella, para lo cual reconoce reglas de alcance amplio y principios que impide sostener, igualmente, que sus destinatarios sean identificables o se procure resolver una situación particular con carácter temporal.

En atención a todo lo expuesto, el CNEB es un dispositivo que se encuentra acorde con el principio de generalidad e, igualmente, cumple con los anotados criterios de pertenencia al ordenamiento jurídico, consunción y generalidad; siendo ello así, califica como una disposición normativa de carácter general que puede ser impugnada en un proceso de acción popular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución Política.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

4.3. El Currículo Nacional de Educación Básica del año 2017 (CNEB) como política pública

La entidad demandada alega también que el CNEB contiene la política nacional de educación en relación con la educación básica, que aprueba las directrices y lineamientos destinados a orientar la labor de los centros educativos y docentes, a fin de formar ciudadanos, cuyo impulso se encontraría a cargo del Ministerio de Educación.

Inicialmente se debe enfatizar y dejar claro que el Gobierno o cualquier estamento de la Administración pública se encuentran sometidos en su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico del país; al respecto, “(...) *el Gobierno, también cuando realiza su actuación de dirección política, esta sometido a las leyes dictadas por el Parlamento e, incluso, a las normas de carácter administrativo, en tanto estas no sean derogadas*”¹⁴⁷.

Sobre la cuestión planteada, se tiene que en el artículo 4 de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹⁴⁸, se establece lo siguiente:

“Artículo 4.- Competencias exclusivas del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas:

1. Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.

Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno.

¹⁴⁷. Baca Oneto, Víctor Sebastián. (2003). “Los Actos de Gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico”. Universidad de Piura; p. 121.

¹⁴⁸. Publicada en el diario oficial ‘El Peruano’ el 20 de diciembre de 2007.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

Política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada.

Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Para su formulación el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política.

El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales.

Las políticas nacionales y sectoriales se aprueban por decreto supremo, con el voto del Consejo de Ministros.

2. Ejercer, pudiendo desconcentrar pero no delegar, las funciones y atribuciones inherentes a:
 - a. Relaciones Exteriores;
 - b. Defensa, Seguridad Nacional y Fuerzas Armadas;
 - c. Justicia, con excepción de la Administración de Justicia;
 - d. Orden Interno, Policía Nacional del Perú y de Fronteras;
 - e. Administración Tributaria de alcance nacional y endeudamiento público nacional;
 - f. Régimen de Comercio y Aranceles;
 - g. Regulación de la Marina Mercante y Aviación Comercial;
 - h. Regulación de los Servicios Públicos de su responsabilidad;
 - i. Regulación de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional;
 - j. Otras que le señale la ley conforme a la Constitución Política del Perú.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

Los Ministerios y Entidades Públicas del Poder Ejecutivo ejercen sus competencias exclusivas en todo el territorio nacional con arreglo a sus atribuciones y según lo disponga su normatividad específica y están sujetos a la política nacional y sectorial.

Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo” (resaltado y subrayado añadido).

Del texto del citado artículo se evidencia que el Poder Ejecutivo tiene competencia exclusiva para dictar las políticas nacionales y sectoriales que serán de cumplimiento obligatorio para todos los organismos públicos sin importar su nivel al interior de la estructura de gobierno.

Sobre las anotadas políticas nacionales y sectoriales, estas constituyen, en buena cuenta, las políticas públicas que puede dictar el Poder Ejecutivo según su alcance en todo el territorio nacional o el sector al que van dirigidas para implementarse, de forma tal que las políticas nacionales son la política general de gobierno, mientras las políticas sectoriales se identifican como el subconjunto de políticas nacionales que afectan una actividad económica y social determinada, sea pública o privada.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto por la citada norma, las políticas nacionales y sectoriales solo pueden ser aprobadas mediante decreto supremo y no a través de un instrumento distinto; habiéndose establecido, además, que los Ministerios y entidades públicas están sujetos, de manera imperativa, a la política nacional y sectorial aprobada el Poder Ejecutivo.

Cabe señalar que esta competencia exclusiva otorgada al Poder Ejecutivo para diseñar las políticas públicas de gobierno debe ser ejercida con arreglo al principio de legalidad, reconocido en el artículo I del Título Preliminar de la misma ley orgánica, que prevé el sometimiento de las autoridades públicas a la Constitución, la ley y demás normas del ordenamiento jurídico:

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

“Artículo I.- Principio de legalidad”

Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas”.

En tanto el referido cuerpo normativo no brinda una definición del concepto *políticas públicas*, consideramos necesario tomar en cuenta lo expresado por Torres-Melo y Santander sobre el particular¹⁴⁹:

“La política pública hay que comprenderla como el resultado de una acción colectiva que se desarrolla en lo público y de una serie de transacciones políticas, en donde el gobierno ya no tiene como único objetivo ejecutar lo planeado, sino también garantizar la coordinación y la cooperación de los actores clave. Lo anterior recalca dos elementos fundamentales del concepto: lo político y lo público.”

Se entiende lo político en su dimensión decisional, como aquella realizada por una sociedad, la cual es subsecuentemente implementada por ella (Pennings, Kema & Kleinnijenhuis, 2006). Y el carácter de público da a entender que aquellas disposiciones que se plasman en política pública, son la expresión de la elección colectiva (González, 1998); es decir, se sustentan en el campo de los intereses comunes, en la esfera pública. **Por lo tanto, la decisión de qué asunto debe ser objeto de política está lejos de ser un proceso aséptico de definición gubernamental del bienestar social, y más bien, es el resultado de las dinámicas de conflicto y cooperación que se dan en la construcción pública de los asuntos, donde los intereses particulares entran en disputa para ser considerados de interés general, dando forma a lo público (Fraser, 1997)”** (énfasis agregado).

Del texto reseñado se tiene que las políticas públicas son el resultado de transacciones políticas que involucran a distintos actores, entre los que el Estado actúa como un ejecutor y garante en canalizar aquello que sea

¹⁴⁹. Torres-Melo, Jaime y Santander, Jairo (2013). *Introducción a las políticas públicas: Conceptos y Herramientas desde la relación entre Estado y Ciudadanía*. Bogotá: IEMP Ediciones; p. 56.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

relevante, según el debate que se produzca en la esfera pública, de la cual este no está excluido.

Por consiguiente, los organismos que conforman el Estado, en el marco de sus competencias, adoptarán una decisión sobre un asunto público en función al consenso que surja de la construcción de aquello que resulte significativo para la sociedad, acuerdo que dará lugar a la formación del interés general o público que estos, como entidades estatales, deben satisfacer y defender¹⁵⁰.

Considerando cuál es el marco normativo que permite la implementación de las políticas públicas asumidas por el Estado, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de expresar que es admisible su control normativo bajo el siguiente tenor¹⁵¹:

“(...) Lo político y lo jurídico no son lo mismo, pero en un Estado Constitucional lo político, lo social o lo económico no pueden manejarse al margen de lo dispuesto en los diferentes preceptos constitucionales y de lo que se infiere de ellos. Aquello pondrá en debate la pertinencia de mantener figuras como las ‘political questions’, ‘actos políticos’ o ‘actos de gobierno’, las cuales hoy apuntan a la conveniencia de reconocer la existencia de ciertas actuaciones que, por su naturaleza, no deberían ser revisadas bajo parámetros jurídicos en sede jurisdiccional.

Sin embargo, también hay otras expresiones de este fenómeno que convendría tener presentes. Como es de conocimiento general, el desarrollo de las actividades habitualmente asignadas al Estado incluye el diseño y la materialización de diversas políticas públicas. Ahora bien, la desconfianza en el quehacer estatal en general, reforzada con los reparos también existentes a la labor de organismos más ‘políticos’ o ‘político partidarios’, sin entrar aquí a discutir si estos

¹⁵⁰. El Tribunal Constitucional ha señalado que el interés público se configura como todo aquello que se considera útil, valioso y hasta vital para la coexistencia social según lo que estima la mayoría de los ciudadanos, y en este contexto se promueve que el Estado habilite instrumentos eficaces para su protección e instaure acciones para viabilizar su defensa, las que variarán en función a los objetivos que persiga cada entidad pública (fundamento 11 de la sentencia recaída en el expediente N°0090-2004-AA/TC y fundamento 33 de la sentencia recaída en el expediente N°3283-2003-AA/TC).

¹⁵¹. Fundamentos 14 a 16 de la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2015, expedida por el Tribunal Constitucional, recaída en los expedientes N.^os 014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

puntos de vista se condicen con la realidad de las cosas, ha generado múltiples efectos.

Además de una mayor transferencia o delegación de funciones a particulares, entre otros, uno de estos efectos es, sin duda, el reclamar que los jueces y juezas constitucionales no solamente controlen, sino que incluso pasen a hacer sugerencias y tener iniciativas frente a la configuración de políticas públicas, para así asegurar la constitucionalidad de las mismas (en ese sentido, por ejemplo, conviene revisar las denominadas ‘sentencias estructurales’, usadas en ordenamientos jurídicos iberoamericanos como el colombiano o el costarricense). Sin pronunciarnos aquí sobre este último aspecto, pues lo que aquí importa es justificar bajo qué consideraciones puede hacerse un control de políticas públicas en sede jurisdiccional, se alega que si hoy la legitimación del poder en un Estado Constitucional es jurídica, y si aquello básicamente se tutela y potencia en sede jurisdiccional, se puede entender, tal como se ha señalado en la última Conferencia Internacional de Tribunales y Cortes Constitucionales, que los jueces y juezas constitucionales pueden evaluar la constitucionalidad de ciertas políticas públicas, máxime si hoy asumen labores de integración social” (resaltado añadido).

Este posición del intérprete constitucional permite sostener, entonces, que en un proceso de acción popular sí resulta procedente cuestionar una norma reglamentaria que apruebe una política pública respecto de un asunto o tema aprobado a nivel nacional o restringido a algún sector específico –en el presente caso, el de educación–, toda vez que el órgano jurisdiccional debe revisar que su contenido no vulnere las normas constitucionales o legales que puedan servirle de sustento y sobre las cuales se habría promovido y fundamentado tanto en lo formal como en lo sustancial; en ese sentido, este alegato del recurso de apelación de la entidad demandada también debe desestimarse.

En este punto, consideramos necesario señalar que las normas reglamentarias, expresión de la potestad normativa de la Administración pública y cuyo ejercicio debe encontrarse siempre sujeto a la ley y la Constitución, no pueden estar exentas de un control abstracto que permita identificar aquellas que vulneren disposiciones de mayor jerarquía, de modo que resulta inviable sostener –como

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

alega el Ministerio de Educación a través de su Procurador– la existencia de normas reglamentarias dictadas al libre arbitrio de una autoridad pública, pues ello significaría desconocer el anotado principio de legalidad que guía la actuación de toda la Administración pública. Para fundamentar este punto, sirva lo expresado por García de Enterría y Fernández Rodríguez en cuanto a la naturaleza de la potestad normativa de las entidades estatales¹⁵²:

“(...) La esencia de la Ley es su carácter supremo (dentro de la Constitución, claro está) en la creación de Derecho, pero es obvio que tal cualidad no puede reconocerse a una norma inferior; no es una cuestión de cantidad o escalonamiento, es de grado, de calidad. **La Ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto; en el Reglamento no se expresa por ello una hipotética ‘voluntad general’, sino que es una simple regla técnica, ‘ocurrencia de los funcionarios’, a la que órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva.** La Ley es la norma originaria por excelencia: dispone desde sí misma, rompe el Derecho o las relaciones existentes, puede (dentro de la Constitución) hacerlo todo ‘menos cambiar un hombre en mujer’. **Nada de esto es propio de las determinaciones reglamentarias, que más bien se presentan como complementarias de las Leyes, como ‘ejecución’ (en un amplio sentido) de la Ley**” (énfasis agregado).

Sin perjuicio de lo expuesto, en cuanto concluimos que sí es admisible el control normativo de disposiciones infralegales que contenga políticas públicas, corresponderá, a continuación, determinar si el CNEB aprueba, en efecto, una política pública en materia educativa; y si ello es así, analizar si fue dictada bajo los parámetros que establece nuestro ordenamiento jurídico para la aprobación de este tipo de disposiciones reglamentarias, aspectos que se abordarán en los siguientes apartados.

¹⁵². García De Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Lima – Bogotá: Palestra Editores – Temis; p. 192.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

QUINTO: Análisis de forma de la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y el Currículo Nacional de Educación Básica del año 2017 (CNEB)

5.1. Sobre el derecho de participación política de los padres en la aprobación de las normas cuestionadas

Los demandantes sostienen que el marco normativo cuestionado no habría cumplido con requisitos de forma respecto del trámite para su promulgación y entrada en vigor, pues al aprobarse el CNEB sin ser consultados acerca del contenido plasmado en él o privárseles de la oportunidad para participar en el debate que significó su elaboración y aprobación, se trasgredió el derecho de los padres a dirigir el proceso educativo de sus hijos, contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política¹⁵³.

En principio, el derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación ha sido conceptualizado por el Tribunal Constitucional del modo siguiente¹⁵⁴:

“El derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación, reconocido en el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural. La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que éste no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el Estado-aparato o, si se prefiere, en el Estado-institución, sino que se extiende a su participación en el Estado-sociedad, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado. Tal es el caso, por ejemplo, de la participación de las personas en la variedad de asociaciones, con diversa finalidad, o la participación en todo tipo de cargos; la

¹⁵³. “Educación y libertad de enseñanza

Artículo 13.- La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.

¹⁵⁴. Fundamento 3 de la sentencia de fecha recaída en el expediente N ° 5741-2006-PA/TC.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

característica común de todos ellos es que su origen es un proceso de elección por un colectivo de personas. Piénsese en la junta directiva de la asociación, del colegio profesional, de los cargos precedidos por elección en las universidades, públicas y privadas, etc” (énfasis agregado).

Para el intérprete constitucional, por consiguiente, el derecho a la participación permite la libre intervención de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural de la nación, pudiendo ser parte, en virtud a este derecho, en los procesos y en la toma de decisiones que adopte el Estado respecto de aquellos temas que tengan relación con sus preocupaciones, visiones o intereses.

Es importante señalar que el referido derecho constitucional no puede ser analizado y aplicado sin tomar en cuenta el marco legal que lo desarrolla y construye sus alcances, pues al ser un derecho de configuración legal, la ley lleva a cabo una intensa labor de ordenación de la relación jurídica que nace alrededor del derecho, con lo cual la Constitución se remite a establecer un contenido mínimo del diseño final¹⁵⁵.

Así, en el presente caso, para determinar si se ha perjudicado a los padres de familia por supuestamente impedírseles de participar en la formulación, elaboración y aprobación del CNEB, resultará necesario revisar el marco normativo legal que condujo y permitió la expedición de la Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU, y advertir si se ha desconocido alguna norma de carácter legal que les otorgue tal atribución en este sector específico.

Siendo ello así, la participación de los padres de familia ha sido objeto de desarrollo a través de la Ley N°28628 – Ley que regula la participación de las asociaciones de los padres de familia en las instituciones educativas públicas. En el artículo 4 de dicho cuerpo legal se ha reconocido a las Asociaciones de Padres de Familia –en adelante, Apafa– como un mecanismo de representación de este grupo de personas:

¹⁵⁵. Como se cita en Boyer Carrera, Janeyra. (2008). *Aproximaciones al contenido esencial del derecho de participación política. Revista Pensamiento Constitucional* (13); pp. 367-368.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

“Artículo 4.- Definición

La Asociación de Padres de Familia (APAFA) es una organización estable de personas naturales, sin fines de lucro, de personería jurídica de derecho privado y puede inscribirse en los Registros Públicos. Es regulada por el Código Civil, en lo que sea pertinente, la Ley General de Educación, la presente Ley y su estatuto en los aspectos relativos a su organización y funcionamiento. **La APAFA canaliza institucionalmente el derecho de los padres de familia de participar en el proceso educativo de sus hijos”** (resaltado añadido).

En el caso de las instituciones educativas privadas, se aprueba igualmente la intervención de estas asociaciones como un medio de participación de los padres en el proceso educativo de sus hijos, según el inciso d) del artículo 72 de la Ley General de Educación:

“Artículo 72.- Las Instituciones Educativas Privadas

Las Instituciones Educativas Privadas son personas jurídicas de derecho privado, creadas por iniciativa de personas naturales o jurídicas, autorizadas por las instancias descentralizadas del Sector Educación. El Estado en concordancia con la libertad de enseñanza y la promoción de la pluralidad de la oferta educativa, reconoce, valora y supervisa la educación privada.

En lo que les corresponda, son funciones de la Institución Educativa Privada las establecidas en el artículo 68. Sin perjuicio de ello:

(...)

d) Garantizan la participación de los padres de los alumnos a través de la Asociación de Padres de Familia, e individualmente, en el proceso educativo de sus hijos” (énfasis agregado).

Pues bien, en el artículo 6 de la mencionada Ley N° 28628 se establecen las atribuciones otorgadas a las Apafa con relación al tema que nos convoca, siendo menester referirnos a los literales b), c), e) y k) de su numeral 1 y al inciso a) de su numeral 2, los que reconocen, entre otros, que estas

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

asociaciones tienen la atribución de colaborar con las actividades educativas desplegadas por la institución o participar en el Consejo Educativo Institucional:

“Artículo 6.- Atribuciones

La Asociación de Padres de Familia ejerce las siguientes atribuciones:

1. Directamente:

(...)

b) **Colaborar en las actividades educativas que ejecuta la institución educativa, promoviendo un clima armonioso favorable para el aprendizaje.**

c) **Vigilar la distribución oportuna y el uso adecuado del material educativo que utilizan los estudiantes.**

d) **Velar por la mejora de los servicios, infraestructura, equipamiento, mobiliario escolar y materiales, tanto educativos como lúdicos.**

(...)

k) **Participar, a través de sus representantes, en el Consejo Educativo Institucional [denominado CONEI]**

2. A través de su representante en el CONEI:

a) **Participar en la formulación y ejecución del Proyecto Educativo Institucional (PEI) y en el Plan Anual de Trabajo (PAT), con excepción de los aspectos técnico-pedagógicos. (...)"** (resaltado añadido).

En cuanto al Consejo Educativo Institucional (Conei), que incluye a los representantes de las Apafa en la planificación del proceso educativo, se debe tener en cuenta que este es un órgano de representación al interior de las instituciones educativas, que les permite intervenir concretamente en la ejecución del Proyecto Educativo Institucional (PEI), según el artículo 52 de la Ley General de Educación:

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

“Artículo 52.- Conformación y participación”

La comunidad educativa está conformada por estudiantes, padres de familia, profesores, directivos, administrativos, ex alumnos y miembros de la comunidad local. **Según las características de la Institución Educativa, sus representantes integran el Consejo Educativo Institucional y participan en la formulación y ejecución del Proyecto Educativo en lo que respectivamente les corresponda.**

La participación de los integrantes de la comunidad educativa se realiza mediante formas democráticas de asociación, a través de la elección libre, universal y secreta de sus representantes” (énfasis añadido).

Cabe agregar que el Proyecto Educativo Institucional (PEI), de acuerdo con el artículo 137 del Reglamento de la Ley General de Educación, aprobado por el Decreto Supremo N°011-2012-ED¹⁵⁶, es un instrumento creado para orientar la gestión de cada institución educativa, que la propia norma desarrolla de la siguiente forma:

“Artículo 137.- Instrumentos de gestión educativa”

Los instrumentos que orientan la gestión de la institución educativa son:

a) **El Proyecto Educativo Institucional (PEI). Contiene la identidad de la institución educativa, el diagnóstico y conocimiento de la comunidad educativa y su entorno, la propuesta pedagógica y la propuesta de gestión, resultados y plan de mejora.** Se elabora en el marco del proyecto educativo local y el plan de desarrollo concertado local, se fundamenta en la democracia participativa de la gestión escolar, dentro de una visión prospectiva de la educación (...)" (resaltado agregado).

En virtud al reseñado marco legal, los padres de familia ejercen su derecho a participar en el proceso educativo de sus hijos de manera institucionalizada a través de las Apafa, brindándoles la posibilidad de involucrarse en la

¹⁵⁶. Publicado en el diario oficial 'El Peruano' el 7 de julio de 2012.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

elaboración y aprobación del Proyecto Educativo Institucional (PEI) de los centros educativos donde elijan educar a sus hijos, el cual se concibe como un instrumento que sirve para la gestión u operación de cada centro educativo y no vincula a los demás, esto es, concierne únicamente a la institución educativa donde se encuentren los estudiantes.

Sin embargo, la reseñada normativa legal vinculada con el derecho de participación política de los padres, no les reconoce la potestad de intervenir en la aprobación del contenido del Currículo Nacional, que es un documento de mayor alcance y, por ende, distinto al Proyecto Educativo Institucional (PEI), de modo que no se advierte cómo es que se habría producido una vulneración al mencionado derecho de los demandantes en el procedimiento de elaboración seguido para aprobar el CNEB.

Es más, de la revisión del marco legal aplicable perteneciente al sector educativo, tampoco se aprecia que se hubiera instaurado algún derecho de consulta a favor de las Apafa o los padres representados mayoritariamente en algún tipo de sociedad, que les permita supeditar la aprobación del CNEB a su previo consentimiento, por lo que no es posible sostener que el procedimiento seguido para la expedición del mencionado instrumento hubiera trasgredido el derecho de participación política de los demandantes.

5.2. Sobre el derecho de participación política de la sociedad civil en la aprobación de las normas cuestionadas

Asimismo, los accionantes aducen que la sociedad civil tampoco habría tenido una efectiva participación en la elaboración y aprobación del CNEB, motivo por el cual se habría trasgredido igualmente el derecho a la participación política en perjuicio de la comunidad en su conjunto.

Considerando que el alegado derecho constitucional es uno de configuración legal, según lo expuesto en el acápite anterior, corresponde tomar en consideración lo previsto en el artículo 22 de la Ley General de Educación:

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

“Artículo 22.- Función de la sociedad

La sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad y equidad de la educación. Ejerce plenamente este derecho y se convierte en sociedad educadora al desarrollar la cultura y los valores democráticos.

A la sociedad, le corresponde:

- a) **Participar en la definición y desarrollo de políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local.**
- b) Colaborar en la prestación del servicio educativo y en el desarrollo de programas y proyectos que contribuyan al logro de los fines de la educación peruana.
- c) Promover la creación de un entorno social favorable al aprendizaje y cuidado de sus miembros, desarrollando una cultura de responsabilidad y vigilancia ciudadana que garantice la calidad educativa y la ética pública” (énfasis añadido).

La citada norma reconoce que la participación de la sociedad civil para la definición y desarrollo de las políticas educativas puede efectuarse según el ámbito territorial que tenga la particular política educativa que se pretenda implementar.

En este caso, de acuerdo con el artículo 33 de la misma ley, el Currículo Nacional se caracteriza por ser un instrumento de alcance nacional, por lo que corresponde analizar el marco jurídico que permite a la sociedad civil tener participación en las políticas públicas educativas con proyección a dicho ámbito.

En el artículo 81 de la Ley General de Educación se regulan las funciones del Consejo Nacional de Educación, órgano que tiene relación con el tema que se plantea previamente, disponiéndose lo siguiente:

“Artículo 81.- Finalidad y funcionamiento

El Consejo Nacional de Educación es un órgano especializado, consultivo y autónomo del Ministerio de Educación. Maneja su presupuesto. Tiene como finalidad participar en la formulación,

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

concertación, seguimiento y evaluación del Proyecto Educativo Nacional, las políticas y planes educativos de mediano y largo plazo y las políticas intersectoriales que contribuyen al desarrollo de la educación. Promueve acuerdos y compromisos a favor del desarrollo educativo del país a través del ejercicio participativo del Estado y la sociedad civil. Opina de oficio en asuntos concernientes al conjunto de la educación peruana. **Está integrado por personalidades especializadas y representativas de la vida nacional, seleccionadas con criterios de pluralidad e interdisciplinariedad.**

Una ley específica regula la composición, funciones y organización del Consejo Nacional de Educación. Instituciones representativas, públicas y privadas, vinculadas a la educación podrán proponer integrantes para el Consejo” (resaltado agregado).

Tal como se evidencia, el Consejo Nacional de Educación es el órgano que permite la participación de la sociedad civil en aquellos temas que tienen vinculación con las políticas y planes educativos de mediano y largo plazo, y las políticas intersectoriales que contribuirán al desarrollo de la educación; lo que desarrolla en su calidad de órgano especializado, consultivo y autónomo del Ministerio de Educación.

Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico otorga una vía por la cual se conduce la participación de la sociedad civil para el debate y la adopción de las políticas públicas relacionadas con el sector educativo, opción que se materializa a través del mencionado Consejo Nacional de Educación, como órgano de carácter consultivo integrado por distintas personalidades especializadas y representativas de la vida nacional.

En el presente caso, dicho órgano plasmó su opinión respecto del CNEB mediante el Oficio N° 032-2016-MINEDU/DM-CNE, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis¹⁵⁷, permitiendo de ese modo expresar la posición de la comunidad en torno a aquellos temas que –a su criterio– debían modificarse, mejorarse o eliminarse, sin que se evidencie, por ende, un desmedro en el

¹⁵⁷. En <http://www.cne.gob.pe/uploads/032-2016opinioncnecurriculo.pdf>

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

ejercicio de este mecanismo de participación, el que fue oportunamente tomado en cuenta para la emisión de la Resolución N° 281-2 016-MINEDU, tal como se verifica en sus considerandos¹⁵⁸.

En este sentido, al haberse constatado que la sociedad civil intervino en la elaboración del CNEB según los mecanismos que brinda nuestro ordenamiento jurídico, puesto que las conclusiones del Consejo Nacional de Educación reflejan la posición de la sociedad civil en estos asuntos, corresponde desestimar los alegatos de la parte demandante dirigidos a sostener que no se permitió la participación de la comunidad y que ello supondría una vulneración al anotado derecho constitucional.

SEXTO: Análisis de fondo de la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, publicada el tres de junio de dos mil dieciséis

6.1. Respecto de la inclusión del término género en el Currículo Nacional de Educación Básica del año 2017 (CNEB)

Los demandantes alegan tanto en su medio impugnatorio como en su escrito de demanda, que la expresión género adopta en la norma impugnada un sentido distinto al de varón y mujer, pues de ella se desprenden todas las nuevas formas de vivir la sexualidad, siendo un concepto que, por ser de índole ideológico, debió ser consensuado con los padres de familia.

Sobre el particular, debemos señalar que según, la Declaración de Beijing del año 1995, los Estados se comprometieron “(...) a garantizar que todas nuestras políticas y programas reflejen una perspectiva de género. (...)”¹⁵⁹.

¹⁵⁸. “Que, mediante Oficio N° 1466-2016-MINEDU-VMGP-DIGER BR, la Dirección General de Educación Básica Regular, la Dirección General de Servicios Educativos Especializados y la Dirección General de Educación Básica Alternativa, Intercultural Bilingüe, y de Servicios Educativos en el Ámbito Rural remitieron al Despacho Viceministerial de Gestión Pedagógica el Informe Técnico N°001-2016-MINEDU-VMGP-DIGEPR-LVT-JLEA, el mismo que sustenta la necesidad de aprobar el Currículo Nacional de la Educación Básica, el cual es producto de un proceso de consulta amplia con la comunidad educativa, las organizaciones sociales y comunales, entre otros agentes del Estado y la sociedad civil, incluyendo en la Educación Básica Alternativa la participación de los estudiantes a través del Consejo de Participación de Estudiantes, entre los años 2012 y 2016; el mismo que ha recibido la opinión del Consejo Nacional de Educación a través del Oficio N° 032-2016-MINEDU/DN-CNE, conforme a lo dispuesto por el artículo 27 del Reglamento de la Ley General de Educación” (resaltado añadido).

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Asimismo, en la Plataforma de Acción de Beijing se determinó que los gobiernos debían tomar diversas medidas para eliminar la discriminación de las niñas, entre ellas, la de elaborar programas y materiales de capacitación para maestros y educadores que les permitan cobrar conciencia de su propia función en el proceso educativo y aplicar estrategias efectivas de enseñanza en que se tengan en cuenta los aspectos relacionados con el género.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura —en adelante, Unesco— brindó una definición de género, por la que entiende a las construcciones socioculturales que diferencian y configuran los roles, las percepciones y los estatus de las mujeres y de los hombres en una sociedad¹⁶⁰.

En ese sentido, género “(...) es el significado social que se otorga al hecho de ser mujer u hombre y que define los límites de lo que pueden y deben hacer la una y el otro, así como los roles, expectativas y derechos que deben tener. No es una condición basada en las diferencias biológicas de hombres y mujeres sino una construcción socialmente aceptada que configura normas, costumbres y prácticas de diversa naturaleza”¹⁶¹.

En base a esta definición de género, debemos hacer mención a la distinción que existe entre este concepto y el de sexo, dado que la parte demandante los asocia como si aludieran a la misma noción, para lo cual tomaremos como referencia lo expuesto por María Elósegui¹⁶²:

“(...) El término género proveniente del campo de la literatura se aplicó a partir de los años sesenta a la psicología y a la antropología. **Mientras el primero es biológico, el segundo es una construcción cultural correspondiente a los roles o estereotipos que en cada sociedad se asignan a los sexos.** Se ha mostrado una palabra muy

¹⁵⁹. Párrafo 38 de la Declaración de Beijing; IV Conferencia Mundial de la Mujer llevada a cabo del 4 al 15 de septiembre de 1995 [en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>].

¹⁶⁰. Unesco. Identidad de Género; p. 104 [en <https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/igualdad%20de%20genero.pdf>].

¹⁶¹. Unesco. Prioridad Igualdad de Género [en <http://www.unesco.org/new/es/havana/areas-of-action/igualdad-de-genero>].

¹⁶². Elósegui Itxaso, María. (2002). *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias; p. 43.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

adecuada para discernir entre los aspectos biológicos, es decir, ‘lo dado’, y los factores culturales, es decir, ‘lo construido’ (...)” (el resaltado es nuestro).

En esa línea, el concepto género no es igualable o sustituible por el de sexo, como de algún modo aluden los demandantes al manifestar que el primero encerraría las categorías de *varón* y *mujer*, pues el término *género*, en el sentido que se viene mencionando, es una construcción social y no una de tipo biológico, la que sí alberga a dichas nociones para referirse al sexo masculino y femenino¹⁶³.

El término *género* es una construcción que ha servido históricamente para que la mujer pueda alcanzar distintos derechos cuyo disfrute antes le eran negados por ser privilegios del varón –participación política, inserción laboral, entre otros–; por lo que si bien el sexo de las personas, como representación de dichas diferencias, fue el elemento clave para erigirlo, uno y otro concepto tienen, de acuerdo a lo expuesto, acepciones distintas. Sobre este punto, téngase presente lo expresado por Jacqueline Vassallo¹⁶⁴:

“La problematización de las relaciones de género logró romper con la idea de su carácter ‘natural’ y sirvió para rechazar el determinismo biológico implícito en el uso de términos como sexo o diferencia sexual, para desnaturalizar las diferencias existentes entre varones y mujeres y para comprender las relaciones de poder” (énfasis agregado).

En ese sentido, “(...) la perspectiva de género es adecuada para describir los aspectos culturales que rodean a la construcción de las funciones del hombre y la mujer en el contexto social. Si los sexos son necesariamente varón o mujer, las funciones atribuidas culturalmente a cada sexo pueden ser en algunos

¹⁶³. De acuerdo con la Real Academia Española, se otorga al término *sexo* las siguientes definiciones: “1. Condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas. 2. Conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo. Sexo masculino, femenino” [en: <http://dle.rae.es/?id=XIApmpe>].

¹⁶⁴. Como se cita en Vassallo, Jacqueline. (2015). “¿Historia de las mujeres o historia de género? una aproximación al estudio de las mujeres en la ciudad de Córdoba a fines del siglo XVIII”. *Revista Dos Puntas* (11); p. 157.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

aspectos *intercambiables* (...)"¹⁶⁵. Asimismo, incorporar la perspectiva de género involucra no solo atender las demandas de las mujeres, sino también la interdependencia y corresponsabilidad en los roles de mujeres y varones, pero no en cuanto a la identidad de género; de ahí que desde esta perspectiva el género "(...) [r]eivindica que los dos sexos deben estar simultáneamente presentes en el mundo de lo privado y de lo público. A la vez que reclama más presencia de la mujer en la vida pública, considera igualmente necesaria una mayor presencia del varón en los asuntos domésticos, y en el mundo de la educación de los hijos (...)"¹⁶⁶.

Ingresando al caso que nos ocupa, la inclusión del concepto género en la CNEB, como tal, no permite vislumbrar que el Estado haya adoptado alguna política educativa que exija verificar si se cumplieron con las formalidades legales necesarias para aprobarla, reconocidas en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, puesto que se trata de un término utilizado en las políticas públicas vigentes dictadas con anterioridad a la publicación de este dispositivo reglamentario.

Al respecto, es preciso señalar que el Estado incorporó el *enfoque de género* como política pública desde el año dos mil siete, al aprobarse la Ley N°28983 – Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres¹⁶⁷ –en adelante, **Ley de Igualdad de Oportunidades** – (véanse sus artículos 1 y 2); por tal motivo, se evidencia que desde hace más de diez años se ha venido empleando este término y, por ende, desde mucho antes de la publicación de la cuestionada norma. En este sentido, se incorpora al CNEB el referido enfoque en cumplimiento de la política pública de transversalización del enfoque de género que establece la ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y varones, sin trasgredir nuestro ordenamiento jurídico en este extremo.

Sin perjuicio de lo expuesto, es de verse que el CNEB ha acogido definiciones de los términos género y sexo en su Glosario de Términos, introducidos a través de la Resolución Ministerial N° 159-2017-MIN EDU¹⁶⁸, que modificó la

¹⁶⁵. Elósegui Itxaso, María; op. cit. 28; pp. 81-82

¹⁶⁶. Elósegui Itxaso, María; op. cit. 28; p. 83.

¹⁶⁷. Publicada en el diario oficial 'El Peruano' el 16 de marzo de 2007.

¹⁶⁸. Publicada en el diario oficial 'El Peruano' el 9 de marzo de 2017.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, cuyas ideas concuerdan con las que han sido expuestas preliminarmente, conforme se aprecia a continuación:

“10. GÉNERO: Roles y conductas atribuidas por las diferentes sociedades y culturas a hombres y mujeres, entendidos desde una dimensión sociocultural, y no exclusivamente biológica. El concepto de género es un elemento clave para hacer posible relaciones más democráticas entre hombres y mujeres. Implica establecer las responsabilidades del individuo, la familia, la comunidad y el Estado en la construcción de las relaciones basadas en la igualdad de oportunidades y el respeto a las diferencias” (énfasis añadido).

“14. SEXO: Es el conjunto de características físicas, biológicas, anatómicas y fisiológicas de los seres humanos, que los definen como hombre o mujer. El sexo viene determinado por la naturaleza, desde el nacimiento” (resaltado agregado).

Por consiguiente, en tanto la definición aprobada en el CNEB sobre género – cuestionada por la parte demandante– no contradice la que se ha expuesto previamente como política pública, que es además la definición utilizada por la Unesco, corresponde desestimar los alegatos de los accionantes que consideran se estaría aprobando subrepticiamente una política educativa con la inserción de este término en el texto normativo impugnado en este proceso.

6.2. Respeto de la inclusión de los términos *equidad de género, igualdad de género y enfoque de género* en el Currículo Nacional de Educación Básica para el año 2017 (CNEB)

Por otro lado, los demandantes alegan en su recurso de apelación, en esencia, que si bien antes regía el concepto de *equidad de género*, el cual reconocen como aplicable para este caso –aun cuando tampoco lo comparten– ahora el CNEB incluye la idea de *igualdad de género*, la que involucra un cambio de enfoque que tiene que ver igualmente con la sexualidad de las personas,

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

producíendose un menoscabo en la enseñanza de los niños que transiten la educación básica.

En primer término, en nuestro ordenamiento jurídico ambos conceptos – *igualdad y equidad de género*– han sido acogidos inicialmente por la Ley de Igualdad de Oportunidades. En efecto, esta ley fue aprobada con el objeto 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 (artículo 1); en ese sentido, los instrumentos normativos sectoriales, entre ellos los del Ministerio de Educación que implementen esta política pública, deben necesariamente ceñirse a las disposiciones establecidas en la referida ley.

Con ese objetivo, la Ley de Igualdad de Oportunidades aprobó los lineamientos del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y locales para adoptar políticas, planes y programas, integrando distintos principios de manera transversal, que se encuentran reconocidos en su artículo 3:

“Artículo 3.- De los principios de la Ley

3.1 La presente Ley se basa en los principios fundamentales de igualdad, respeto por la libertad, dignidad, seguridad, vida humana, así como el reconocimiento del carácter pluricultural y multilingüe de la nación peruana.

3.2 El Estado impulsa la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, considerando básicamente los siguientes principios:

- a) **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.
- b) La prevalencia de los derechos humanos, en su concepción integral, resaltando los derechos de las mujeres a lo largo de su ciclo de vida.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

- c) **El respeto a la realidad pluricultural, multilingüe y multiétnica, promoviendo la inclusión social, la interculturalidad, el diálogo e intercambio en condiciones de equidad, democracia y enriquecimiento mutuo.**
- d) El reconocimiento y respeto a los niños, niñas, adolescentes, jóvenes, personas adultas y personas adultas mayores, personas con discapacidad o grupos etarios más afectados por la discriminación” (resaltado nuestro).

Asimismo, la Ley de Igualdad de Oportunidades consideró, entre los distintos lineamientos que regirán su aplicación, a los siguientes: **1)** Promover y garantizar la participación plena y efectiva de mujeres y hombre en la consolidación del sistema democrático; y **2)** garantizar la participación y el desarrollo de los mecanismos de vigilancia ciudadana para el cumplimiento de las políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (artículo 6).

En función a este marco legal, mediante el Decreto Supremo N° 004-2012-MIMP¹⁶⁹ se aprobó el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017 –en adelante, el **Plan Nacional de Igualdad de Género**–, como un mecanismo de implementación de la política pública contenida en la Ley de Igualdad de Oportunidades, siendo esta un instrumento normativo aplicable a nivel intersectorial y multisectorial, y cuyo objetivo es transversalizar el *enfoque de género* en las políticas públicas del Estado peruano.

En este dispositivo se reconoce que *género* hace referencia a roles, conductas y expectativas socialmente construidas relacionados con el ser hombre o mujer basadas en la diferencia sexual entre ellos¹⁷⁰, esto es, en el mismo sentido que se expuso en el acápite anterior.

Partiendo de este concepto, el Plan Nacional de Igualdad de Género desarrolla la idea de *enfoque de género* en el siguiente sentido¹⁷¹:

¹⁶⁹. Publicado en el diario oficial ‘El Peruano’ el 18 de agosto de 2012.

¹⁷⁰. Página 28 del Plan Nacional de Igualdad de Género.

¹⁷¹. Página 28 del Plan Nacional de Igualdad de Género.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

“(...) es una forma de mirar la realidad identificando los roles y tareas que realizan los hombres y las mujeres en una sociedad, así como las asimetrías, relaciones del poder e inequidades que se producen entre ellos. Permite conocer y explicar las causas que producen esas asimetrías y desigualdades, y a formular medidas (políticas, mecanismos, acciones afirmativas, normativas, etc.) que contribuyan a superar las brechas sociales de género.

El enfoque de género al observar de manera crítica las relaciones que las culturas y sociedades construyen entre hombres y mujeres, permite la formulación de planteamientos para modificar las relaciones de desigualdad, erradicar toda forma de violencia basada en género, asegurar a las mujeres su acceso a recursos y servicios de salud y educación, fortalecer su participación política y ciudadana, entre otros aspectos”.

Por consiguiente, se reconoce que la igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en convenios internacionales, el cual hace referencia a los derechos y responsabilidades que como seres humanos tenemos todas las personas, lo que implica dar las mismas condiciones, trato y oportunidades sin distinción de clase, sexo, edad, creencias, etnia o cultura¹⁷².

Para lograr este objetivo, el Plan Nacional de Igualdad de Género brinda inicialmente una diferenciación entre *igualdad de género* y *equidad de género*, por tratarse de conceptos que no son sinónimos. Así, en este documento se busca demarcar sus diferencias, precisando lo siguiente¹⁷³:

“Equidad de género es la justicia en el tratamiento de varones y mujeres de acuerdo a sus respectivas necesidades. Implica el tratamiento diferencial para corregir desigualdades de origen a través de medidas no necesariamente iguales, pero conducentes a la igualdad en términos de derechos, obligaciones, beneficios y oportunidades.

¹⁷². Página 7 del Plan Nacional de Igualdad de Género.

¹⁷³. Página 8 del Plan Nacional de Igualdad de Género.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

La equidad de género es un concepto que se refiere a la distribución justa entre varones y mujeres de las oportunidades, recursos y beneficios, para alcanzar su pleno desarrollo y la vigencia de sus derechos humanos. La equidad de género supone el reconocimiento de las diferencias, y la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos” (resaltado nuestro).

“Igualdad de género es la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de los hombres y las mujeres. En una situación de igualdad real, los derechos, responsabilidades y oportunidades de los varones y mujeres no dependen de su naturaleza biológica y por lo tanto tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos y ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, contribuyendo al desarrollo social y beneficiándose de sus resultados”

(resaltado nuestro).

Las definiciones recogidas en el Plan Nacional de Igualdad de Género son similares a las adoptadas por la Unesco, que conceptualiza a la *igualdad de género* como la existencia de una igualdad de oportunidades y de derechos entre las mujeres y los hombres en las esferas privada y pública que les brinde y garanticé la posibilidad de realizar la vida que deseen. En cambio, entiende a la *equidad de género* como la imparcialidad en el trato que reciben mujeres y hombres de acuerdo con sus necesidades respectivas, ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado pero que se considera equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades¹⁷⁴.

Del tenor de ambos conceptos, se tiene que la *igualdad de género* procura que tanto hombres como mujeres alcancen los mismos beneficios (oportunidades) en cualquier ámbito en el que se encuentren, los que les servirán como herramientas para desarrollarse y superarse como individuos, mientras que la *equidad de género* busca una distribución justa de estos beneficios, al propender a otorgar a cada cual un trato particular y diferenciado según la realidad en la que se encuentre, con miras a que extraigan el mayor provecho de tales beneficios.

¹⁷⁴. Unesco. Identidad de Género; p. 106 [en <https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Igualdad%20de%20genero.pdf>].

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Cabe señalar que este mismo sentido se otorga a la definición de *igualdad de género* incluida en el Glosario de Términos del CNEB, según la modificatoria aprobada por la Resolución Ministerial N° 159-2017- MINEDU:

“12. Igualdad de género:

Es la valoración igualitaria de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de los hombres y mujeres. En una situación de igualdad real, los derechos, responsabilidades y oportunidades de hombres y mujeres no dependen de su naturaleza biológica y, por tanto, tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos y ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal. De esta forma, se contribuye al desarrollo social y las mismas personas se benefician de sus resultados” (resaltado nuestro).

El Comité de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer –en adelante, CEDAW, por sus siglas en inglés– en sus observaciones y recomendaciones emitidas al VI Informe Perú, mediante el documento CEDAW/C/PER/CO/6 del dos de febrero de dos mil siete¹⁷⁵, puso énfasis en que nuestro país utiliza indebidamente estos conceptos como sinónimos, cuando no lo son; poniendo en evidencia que esta confusión surge incluso desde el propio Estado:

“12. El Comité toma nota con preocupación que, mientras que la Convención hace referencia al concepto de igualdad, el término ‘equidad’ es utilizado al referirse a los planes y programas del Estado parte de tal forma que podría interpretarse que ambos términos son sinónimos.

13. El Comité solicita al Estado parte que tome nota que los términos ‘equidad’ e ‘igualdad’ comunican diferentes mensajes y que su uso simultáneo podría llevar a una confusión conceptual. La Convención está orientada hacia la eliminación de la discriminación

¹⁷⁵. En <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/69b4cf8043f7e66282dea7009dcdef12/1.+Observaciones+finales+del+Comit%C3%A9A9+para+la+Eliminaci%C3%B3n+de+la+Discriminaci%C3%B3n+contra+la+Mujer.pdf?MOD=AJPERES>

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

contra las mujeres y asegurar la igualdad de jure y de facto (formal y sustantiva) entre mujeres y varones. El Comité recomienda al Estado parte que use el término ‘igualdad’ de manera consistente en sus planes y programas” (resaltado añadido).

Por lo tanto, *igualdad de género* y *equidad de género* son conceptos que, de acuerdo con lo expuesto, no enuncian lo mismo, siendo sus significados los esbozados anteriormente y que no comprenden a alguna visión sobre la sexualidad de las personas, vale decir, no son conceptos de índole biológico o reproductivo, sino que son construcciones de carácter social, vinculados con ofrecer tanto a hombres como mujeres las oportunidades y derechos que necesitan para arribar a una vida digna.

Asimismo, tampoco son términos que se hayan insertados en el CNEB sin contar con un desarrollo legislativo previo, pues forman parte de nuestro ordenamiento jurídico en mérito a la Ley N° 28983 – Ley de Igualdad de Oportunidades y al Plan Nacional de Igualdad de Género, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2012-MIMP, constituyendo este último instrumento la aceptación de una política pública a nivel nacional asumida por el Estado, que se aprobó según las formalidades asentadas en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Finalmente, es preciso mencionar que bajo este marco normativo se pretende la transversalización del *enfoque de género* en las políticas públicas del Estado –según el Plan Nacional de Igualdad de Género–, que consiste en el proceso de examinar las implicancias que tiene para hombres y mujeres cualquier acción planificada, incluyendo legislación, políticas o programas en todas las áreas y en todos los niveles y permite hacer de las necesidades e intereses de hombres y mujeres una dimensión integrada en el diseño, la implementación, el monitoreo y la evaluación de políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que hombres y mujeres se beneficien igualitariamente¹⁷⁶.

¹⁷⁶. Página 4 del Plan Nacional de Igualdad de Género.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

El referido concepto de *enfoque de género* ha sido recogido, a su vez, en la Ley N° 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar¹⁷⁷ –**en adelante, Ley contra la Violencia**– como una perspectiva para afrontar las distintas situaciones de desigualdad que existen entre hombres y mujeres:

“Artículo 3. Enfoques

Los operadores, al aplicar la presente Ley, consideran los siguientes enfoques:

1. Enfoque de género

Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres

(...”).

En mérito a esta ley se aprobó el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021, mediante el Decreto Supremo N° 008-2016- MIMP¹⁷⁸, tomando con sustento jurídico, entre otras normas, la Ley de Igualdad de Oportunidades. Si bien esta norma reglamentaria fue publicada posteriormente a la entrada en vigor del CNEB, valga mencionar que desarrolla igualmente el *enfoque de género* en los siguientes términos:

“a. **El enfoque de género.**– Pone en evidencia desigualdades sociales y relaciones asimétricas de poder de varones y mujeres, las cuales han determinado históricamente la subordinación de las mujeres, la violencia contra ellas y limitado sus posibilidades de realización y autonomía. Señala que roles, atributos, comportamientos, posiciones jerárquicas, asumidos de manera distinta y excluyente por hombres y mujeres no son naturales, sino construidos social y culturalmente. Recusa la división sexual del trabajo, entre el ámbito productivo,

¹⁷⁷. Publicada en el diario oficial ‘El Peruano’ el 23 de noviembre de 2015.

¹⁷⁸. Publicado en el diario oficial ‘El Peruano’ el 26 de julio de 2016.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

asignado a los hombres, y reproductivo a las mujeres, que crea desventajas para ellas e impiden su plena realización y participación en el bienestar, y propugna las responsabilidades compartidas de hombres y mujeres en los espacios públicos y domésticos. Plantea desterrar cualquier relación jerárquica basada en las diferencias sexuales y asegurar el ejercicio pleno de derechos para hombres y mujeres”.

Por lo tanto, el *enfoque de género* tampoco es un concepto novedoso o ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, como también esgrimen los demandantes en su medio impugnatorio. Ha sido incluido en el CNEB tomando en consideración la Ley de Igualdad de Oportunidades y el Plan Nacional de Igualdad de Género, y se acoge, a su vez, en la Ley contra la violencia de género (Ley N°30364); en ese sentido, corresponde desestimar los alegatos de los demandantes que sostienen que la inclusión de este concepto vulnera alguna norma legal o constitucional.

Por otro lado, considerando que la sentencia apelada ha declarado fundada en parte la demanda respecto de una sección del CNEB, corresponde analizar la parte de este documento que sirvió para ampararla parcialmente, de acuerdo con lo que se ha venido desarrollando en este punto. Se analizó el siguiente texto en el Acápite II ‘Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egreso’:

“4. Enfoque Igualdad de Género:

(...) Si bien que aquello que consideramos ‘femenino’ y ‘masculino’ se basa en una diferencia biológica sexual, éstas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones (...”).

De acuerdo con las nociones que hemos venido manejando hasta este punto, entendemos que el texto del CNEB hace referencia al concepto de *igualdad de género* que se encuentra reconocido en el Plan Nacional de Igualdad de Género, el que resulta además similar a la definición inserta en el Glosario de Términos del mencionado documento.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Así, en el fondo, este párrafo únicamente hace mención al hecho de que existen roles de género –‘femenino’ o ‘masculino’– que cada sociedad asigna a los individuos, los que no tienen relación con el sexo biológico de la persona, pues, como se ha venido mencionado, son construcciones sociales que se van elaborando según cada contexto y realidad en que uno se encuentre.

De esta forma, lo que este texto expresa es que, si bien al día de hoy la sociedad otorga a cada persona un rol de género, ‘femenino’ o ‘masculino’, en función a su sexo, que es como principalmente aún se refuerzan ciertas tareas en cada sujeto, estos roles no tienen correlato con el hecho de haber nacido mujer o varón.

Por lo tanto, siguiendo el concepto de *igualdad de género* implementado en el propio CNEB, lo que se busca es alcanzar una situación de igualdad entre ambos sexos con el objetivo de lograr el desarrollo social, pues detrás de esta noción existe la búsqueda de una situación de igualdad real de las personas, en la que los derechos, responsabilidades y oportunidades que se les reconozca a cada una no dependan de su naturaleza biológica.

En este sentido, no compartimos la posición de la Sala Superior que infiere del citado texto del CNEB que se estaría proyectando un concepto de sexualidad que iría más allá de las diferencias biológicas sexuales, es decir, que se estaría haciendo referencia a una categoría distinta a la de varón o mujer; pues es una idea que no se desprende del mismo.

6.3. Respeto de la inclusión del término *identidad de género* en el Currículo Nacional de Educación Básica del año 2017 (CNEB)

Los demandantes argumentan que el mencionado término, inserto en distintas partes del CNEB, impide a los padres de familia ejercer la libertad de elección del colegio según sus convicciones personales, pues este haría alusión a una nueva visión de la sexualidad de las personas, por la cual se plantea que no

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

existen dos manifestaciones sexuales sino muchas más, las que se irían construyendo con el paso del tiempo.

En principio, el derecho a la identidad ha sido objeto de desarrollo por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 02273-2005-HC, en cuyos fundamentos 21 a 23 se señala:

“21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial **el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1º del artículo 2º de la Carta Magna**, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediatista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas” (resaltado añadido).

De esta forma, para el intérprete constitucional, este derecho permite que una persona pueda ser reconocida en la sociedad como un individuo único, quien contará con una identidad construida sobre la base de distintos elementos, de índole objetiva y subjetiva, que conseguirán distinguirlo frente a otros sujetos.

La *identidad* se trata, por tanto, de un atributo esencial de las personas que se concibe de forma compleja debido a los variados referentes que pueden presentarse para componerla, entre los cuales se encuentran, por caso, el nombre, la herencia genética, las características corporales (objetivos), o la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación (subjetivos).

Sin embargo, la *identidad de género* es una acepción distinta y tiene íntima relación con los conceptos sexo y género. La Unesco ha brindado una definición de este concepto¹⁷⁹:

“Identidad de género: La experiencia individual e interna de género de una persona sentida íntimamente, que puede corresponder o no al sexo asignado al nacimiento. Esto incluye el sentido personal del cuerpo (que puede involucrar, por libre opción, modificación a la apariencia o función de su cuerpo por medios médicos, quirúrgicos u otros medios) y otras expresiones de género, incluyendo el vestuario, la forma de hablar y los gestos” (resaltado nuestro).

Es de verse que esta noción solo pueda ser comprendida si se entiende que la persona podría sentir –a partir de su propia experiencia– que el sexo biológico con el que nació no es el que le corresponde, lo cual le permite hacer cambios

¹⁷⁹. Unesco. (2017). *Abiertamente. Respuestas del sector de educación a la violencia basada en la orientación sexual y la identidad/expresión de género. Informe resumido*. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; p. 10 [en <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002446/244652s.pdf>].

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

en sus roles de género según identifique como propios, los que se reflejarán en su persona o comportamiento como expresión de esta percepción.

El Tribunal Constitucional ha sostenido, en la misma línea de este concepto, que las personas cuentan con el derecho a la identidad de género, conforme con la ejecutoria emitida en el expediente N° 06040 -2015-AC/TC, expresando lo siguiente en el fundamento 14:

“(...) existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. **La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como ‘hombre’ o ‘mujer’, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad”** (resaltado nuestro).

De acuerdo con esta sentencia, el derecho a la identidad de género forma parte del derecho a la identidad personal, el que comprende que una persona pueda identificarse como ‘hombre’ o ‘mujer’ en función a la manera como quiera expresar su identidad; por consiguiente, esta decisión personal, en todo caso, deberá ser igualmente objeto de protección legislativa en forma específica, como lo tiene regulado algunas legislaciones extranjeras; empero el hecho de que no exista norma especial no significa que no se encuentren protegidos, dado que su manto protector se encuentra en la dignidad de la persona humana, reconocida constitucionalmente.

Debemos precisar que esta sentencia desarrolló este derecho desde la experiencia de una persona adulta, que dista de aquello que acá se viene discutiendo, por tratarse de una norma dirigida, sobre todo, a menores de edad, a ser implementada por el Estado en materia de educación básica.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

Así, a diferencia de los términos analizados anteriormente (*equidad, igualdad y enfoque de género*), el concepto *identidad de género* no ha sido adoptado por el Estado dentro de la política pública de transversalización del *enfoque de género* en materia educativa básica (dirigida mayormente a menores de edad) nacional o sectorial que pueda ser incluida o programada en un instrumento como el Currículo Nacional; lo cual no significa que las personas, de acuerdo a su identidad de género, se encuentren desprotegidas, dado que la Constitución y los instrumentos internacionales reconocen la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, que son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Pues bien, tal como se ha mencionado preliminarmente, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en su artículo 4, ha establecido que las políticas públicas pueden ser nacionales o sectoriales, siendo de obligatorio cumplimiento para todos los organismos públicos sin importar su ubicación en la estructura de gobierno, acotando que los Ministerios y entidades públicas están sujetos a las mismas. Para su aprobación, la referida norma establece como requisito formal, que las políticas públicas, al margen de su alcance, sean aprobadas mediante decretos supremos. Sobre este instrumento normativo, en el inciso 3 del artículo 11 del anotado cuerpo legal se define en los siguientes términos:

“3. Decretos Supremos.- Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.”

Los Decretos Supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte” (resaltado nuestro).

Así, el decreto supremo es una norma dada y aprobada por la más alta instancia del órgano ejecutivo, el Presidente de la República, y presenta también la firma de al menos un Ministro, en aplicación del artículo 120 de la

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Constitución Política¹⁸⁰. En cambio, la resolución ministerial es una norma aprobada por uno o, eventualmente, más de un ministro, conforme con el numeral 8 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹⁸¹, por lo que formalmente lleva solo la firma del ministro, con lo cual tiene un rango inferior a un decreto supremo por la jerarquía de las voluntades que contribuyen a aprobarla¹⁸².

En mérito a lo expuesto, el hecho de que el legislador haya optado porque sea un decreto supremo y no una norma de menor jerarquía –como una resolución ministerial– la que apruebe una política pública que guie las actuaciones del Estado, se sustenta en la necesidad de otorgar la mayor legitimidad en una decisión de este tipo, que tendrá efectos directos en la vida de los ciudadanos, pues mientras una resolución ministerial es aprobada por uno o quizás más Ministros, el decreto supremo, dada su naturaleza en la estructura normativa, es suscrito por quien detenta la representación del Poder Ejecutivo: el Presidente de la República.

No se debe perder de vista que las políticas públicas son, como se ha mencionado anteriormente, el resultado de transacciones políticas en las que participan sendos actores, quienes alcanzarán un acuerdo luego de un debate en la esfera pública. Este resultado tendrá, además, una mayor aceptación de quienes se verán afectados con ellas si advierten que detrás se encuentra la conformidad de la figura del Presidente, quien tiene, en nuestro orden democrático, la mayor representación para ejercer algún cambio sustancial en

¹⁸⁰. “Refrendación Ministerial

Artículo 120.- Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial”.

¹⁸¹. “Artículo 25.- Ministros de Estado

El Ministro de Estado, con arreglo a la Constitución Política del Perú, es el responsable político de la conducción de un sector o sectores del Poder Ejecutivo.

Los Ministros de Estado orientan, formulan, dirigen, coordinan, determinan, ejecutan, supervisan y evalúan las políticas nacionales y sectoriales a su cargo; asimismo, asumen la responsabilidad inherente a dicha gestión en el marco de la política general del gobierno. Corresponden a los Ministros de Estado las siguientes funciones:
(...)

8. Expedir Resoluciones Supremas y Resoluciones Ministeriales” (resaltado nuestro).

¹⁸². Rubio Correa, Marcial. (2017). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP; p. 142.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

el ordenamiento jurídico respecto a los asuntos que le competen; teniendo mayor necesidad y relevancia su intervención cuando se trata de la educación de menores de edad, dado que el Currículo Nacional cuestionado está dirigido a este grupo poblacional.

En el presente caso, sin embargo, como se ha indicado, no existe un decreto supremo que hubiera aprobado y desarrollado el concepto *identidad de género* como una política pública educativa de alcance nacional o sectorial, y que hubiera permitido que se le incluya en el CNEB para efectos de obtener una difusión semejante a la contemplada en ella; o exista alguna norma de rango legal que hubiera aprobado la inclusión de este concepto en nuestro ordenamiento jurídico, con alcance abstracto y general, a fin de permitir válidamente al Ministerio adoptarlo; además, no se explica qué se debe entender por *identidad de género*.

Asimismo, debe tenerse presente que el CNEB ha sido aprobado mediante resolución ministerial (Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU modificada por la Resolución Ministerial N° 159-2017-MINEDU) y no por un decreto supremo, requisito indispensable para incorporar una política pública, como sería la inclusión del concepto de *identidad de género en el sector educativo*, que de acuerdo con lo expuesto, tampoco se incorporó en la Ley de Igualdad de Oportunidades y el Plan Nacional de Igualdad de Género.

Podemos concluir entonces que, de acuerdo con la Ley de Igualdad de Oportunidades, el objetivo de la política pública en esta materia, que se buscó plasmar en el CNEB, es garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, teniendo como principio 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; por ello, se desprende de la Plataforma de Acción de Beijing, como bien lo señala Elósegui¹⁸³, que “(...) la situación de discriminación y falta de

¹⁸³. ELÓSEGUI ITXASO, María; Op Cit.; pág. 92

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

oportunidades hacia las mujeres no tiene ningún fundamento biológico, sino una raíz cultural y es ahí donde la perspectiva de género resulta especialmente apropiada”.

Esta misma postura es la que reconoce, a su vez, el Ministerio a través de su Procurador, al haber expuesto en su escrito de contestación, lo siguiente¹⁸⁴:

“126. Corresponde indicar que en los respectivos glosarios de los tres programas curriculares mencionados en el Cuadro, no existe alguna referencia a la expresión ‘identidad de género’. Los términos objeto de definición son Género (como se describe en el cuadro), Identidad, Igualdad de Género y Sexualidad. Sobre estos tres últimos, las definiciones que los programas curriculares contienen son similares: (...).

127. En atención a lo expuesto, dado que el principal temor de la parte demandante –presentada de forma errónea como argumento jurídico– es que el término ‘género’ sea empleado para dar a conocer una nueva ‘comprensión de la sexualidad’, el propio contenido del CNEB así de los programas curriculares expuestos demuestran que dicho temor es infundado.

(...)

162. A lo expuesto debe agregarse que el CNEB, al desarrollar el contenido del Enfoque de Igualdad de Género, sigue la misma línea del Plan Nacional de Igualdad de Género 2017-2017, es decir, se centra en el principio de igualdad entre mujeres y hombres sin discriminación alguna. El contenido del mencionado enfoque, en consecuencia, es completamente diferente al planteado por la parte demandante” (resaltado nuestro).

En este sentido, la propia entidad demandada no otorga a la expresión *identidad de género* una significación distinta a aquella que permita alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres –objetivo que proviene del concepto *igualdad de género*–, pues no reconoce que dicha expresión tenga vinculación con lo desarrollado por la Unesco o el Tribunal Constitucional; por lo que se hace necesario emitir una sentencia interpretativa que permita la correcta aplicación del CNEB y evitar, de esa manera, su expulsión del

¹⁸⁴. Página 33, 34, 41 y 42 del escrito de contestación de demanda, obrantes a foja 545, 546 y 554 y 555 del expediente principal.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

ordenamiento por incluir una nueva política pública en el sector educativo no prevista en la ley.

6.4. La progresividad de derechos y su relación con el Currículo Nacional

En este punto, consideramos necesario referirnos a los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, pues entre ellos se encuentra el derecho a la educación, que viene siendo igualmente objeto de controversia en este proceso. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos constitucionales pueden ser de preceptividad automática o autoaplicativos, o también pueden ser de preceptividad diferida, progresivos o programáticos, siendo que en esta última categoría se encuentran los mencionados derechos fundamentales económicos, sociales y culturales¹⁸⁵.

La mencionada instancia constitucional ha expresado sobre estos derechos lo siguiente¹⁸⁶:

“14. Si bien los DESC [Derechos Fundamentales Económicos, Sociales y Culturales] son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean ‘creación’ del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social” (resaltado nuestro).

Atendiendo a ello, esta categoría de derechos requiere de un desarrollo legal que permita convertirlos como exigibles y, así, constituirlos en vinculantes para todos los operadores jurídicos debido a su enunciado carácter progresivo o

¹⁸⁵. Fundamento 13 de la sentencia de fecha 8 de julio de 2015, expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente N°1417-2005-AA/TC.

¹⁸⁶. Fundamento 14 de la sentencia recaída en el expediente N°1417-2005-AA/TC.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

programático, ya que con su solo reconocimiento en la norma fundamental no se obtiene su efectividad inmediata.

El principio de progresividad, reconocido para esta categoría de derechos, se encuentra previsto en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸⁷, que dispuso en su artículo 2:

“Artículo 2”

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...)**” (énfasis agregado).

Con similar tenor se encuentra en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸⁸, que reconoce:

“Artículo 26.- Desarrollo Progresivo”

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, **para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura**, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (resaltado nuestro).

En ese sentido, en virtud a este principio, existe el reconocimiento de que los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales serán implementados por cada Estado según el programa que hayan elaborado para

¹⁸⁷. Suscrito por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

¹⁸⁸. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

atender su coyuntura interna, poniendo mayor énfasis en aquellas situaciones que identifiquen como urgentes y requieran una inmediata satisfacción.

Ha sido, precisamente, a propósito de esta característica de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales –vinculado con la educación, en este caso–, que en nuestro ordenamiento el esquema de formación educativa planteado en el CNEB se aprobó adoptando como objetivo, entre otros, la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres¹⁸⁹, la que se consiguió aplicando como base jurídica la Ley de Igualdad de Oportunidades, junto con el Plan Nacional de Igualdad de Género.

Es decir, esta decisión gubernamental de acoger un currículo educativo que propicie una sociedad donde se generen menos espacios de desigualdad entre ambos sexos, fue adoptada con el propósito de generar una sociedad más tolerante frente a este grupo de personas (mujeres) y sobre la base de acuerdos políticos que buscaban dar solución a este tema en particular, el que habría merecido especial atención por, otras variables, las crecientes señales de discriminación, violencia e intolerancia que se presentaban en su contra¹⁹⁰.

Por consiguiente, ha sido a través de las mencionadas disposiciones legales, que comprendían a su vez políticas sectoriales concretas para prevenir hechos o eventos que repercutían negativamente contra un sector de la población –mujeres–, que el Estado adoptó un esquema dirigido a contrarrestar esta problemática introduciendo, a través de la instrucción educativa, la sensibilización de los educandos desde sus primeros años, como se ha venido explicando en los acápite anteriores.

¹⁸⁹. Ello se evidencia al incluirse en el CNEB los conceptos de género, *igualdad de género, equidad de género y enfoque de género*.

¹⁹⁰. De acuerdo con el documento “Perú: ‘Brechas de Género, 2016: Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres”, en el punto 1.3 sobre ‘Ubicación del Perú en América Latina’, se señala: “Al año 2015, el Índice de Desigualdad de Género se ubica en un valor de 0,420 **que refleja que nos encontramos en proceso de reducción de las desigualdades de género**. Nos ubicamos muy cerca a Ecuador. En el Perú, se ha avanzado más que en El Salvador, Colombia, Nicaragua, Panamá, Brasil, Paraguay, República Dominicana, Honduras y Guatemala” (resaltado añadido) [en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1388/Libro.pdf].

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Es relevante señalar que el derecho a la educación, conforme con el intérprete constitucional, permite el cumplimiento de lo establecido en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política, relativo al libre desarrollo de la persona humana, lo cual presupone un proceso de transmisión del saber y la afirmación de valores que ayuden a la persona en su desarrollo integral y en la realización de sus proyectos de vida en comunidad¹⁹¹.

Entre los objetivos que se buscan alcanzar con la educación existe el compromiso asumido por el Estado peruano para que, por esta vía, se adopten medidas que permitan fomentar la tolerancia en nuestra sociedad; reconocido ante la Unesco en la Declaración de Principios sobre la Tolerancia¹⁹², en cuyos artículos 4, numeral 4.4, y 5 se establece lo siguiente:

“Artículo 4 Educación

(...)

4.4 Nos comprometemos a apoyar y ejecutar programas de investigación sobre ciencias sociales y de educación para la tolerancia, los derechos humanos y la no violencia. Para ello hará falta conceder una atención especial al mejoramiento de la formación del personal docente, los planes de estudio, el contenido de los manuales y de los cursos y de otros materiales pedagógicos, como las nuevas tecnologías de la educación, a fin de formar ciudadanos atentos a los demás y responsables, abiertos a otras culturas, capaces de apreciar el valor de la libertad, respetuosos de la dignidad y las diferencias de los seres humanos y capaces de evitar los conflictos o de resolverlos por medios no violentos” (énfasis agregado).

“Artículo 5 Compromiso para la acción

Nos comprometemos a fomentar la tolerancia y la no violencia mediante programas e instituciones en los ámbitos de la educación, la ciencia, la cultura y la comunicación” (resaltado añadido).

En este escenario, el Estado peruano asumió la ejecución de programas educativos que permitan alcanzar una sociedad más tolerante, los que se

¹⁹¹. Fundamento 10 de la sentencia de fecha recaída en el Expediente 04232-2004-PA/TC.

¹⁹². Con motivo de la 28^a reunión de la Conferencia General, del 25 de octubre al 16 de noviembre de 1995 [en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-RL_ID=13175&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION =201.html]

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

implementarían de acuerdo con su propio ordenamiento legal, considerando que el derecho a la educación –según lo expuesto– se efectiviza y desarrolla de manera progresiva a partir de las políticas públicas que, en el debate público destinado a implementarlas, se adopten.

Las políticas públicas, al ser el resultado de una serie de transacciones políticas en cuanto a qué temas o asuntos merecerán mayor atención frente a otros para ser proyectados hacia la sociedad, no pueden ser aprobadas soslayando las vías legales que se han previsto para encaminarlas de manera democrática, por ser la manera idónea en que se logrará que sean un reflejo de los objetivos que la sociedad busca alcanzar en un determinado momento.

Es cierto que el Estado cuenta con las atribuciones y los mecanismos jurídicos que le permitirían afrontar los temas que se presenten como urgentes y prioritarios; sin embargo, estos deben ser canalizados en el orden que el debate público los hayan consensuado a través de políticas nacionales o sectoriales, lo que no significa desatender o postergar permanente asuntos que demanden solución, sino que se reconoce que los esfuerzos del Estado deben concentrarse en aquello que los diferentes actores que intervienen en su proceso de formación reclamen con mayor apremio.

Lo expresado en los párrafos anteriores es expuesto por Alejandra Valverde del modo siguiente¹⁹³:

“Existe un acuerdo sobre comprender las políticas públicas como las acciones del Estado frente a los problemas que aquejan a la polis. Su estudio permite conocer tanto los resultados de las políticas públicas como sus causas (Stone, 2002), los actores que participan en ellas, los juegos políticos en los que se involucran (Scatarsini, Spiller, Tommasi y Stein, 2011) y también los factores que influencian cada una de las fases que componen el proceso hacia la toma de decisiones en el Estado.

[...]

¹⁹³. Valverde Valverde, Alejandra. (2014). “Los condicionantes de la fase de diseño de políticas: el caso de la política de adaptación al cambio climático en el Perú”. *Revista Ciencia, Política y Gobierno*; volumen 1 (2), 2014; pp.186-187.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

Stone (2002) afirma que **las opciones de política pública son los argumentos sobre los cuales se decidirá la política pública que, en un contexto de la ‘polis’, responderán no solo al Estado, y al policy maker como su representante, sino a los actores que están relacionados al problema que se busca resolver.**

De ello que **las opciones de política no serán exclusivas del Estado, sino también vendrán desde la sociedad civil, empresas y actores internacionales.**

Recordemos que el Estado como sistema de gobierno, está compuesto por diferentes entes con el poder y la capacidad de no solo dar opciones nuevas, **sino oponerse a las que brinda tanto la polis como otros entes con su misma competencia.** Es decir, **pensar que las respuestas del Estado son de carácter unitario resulta simplista, en tanto cada cartera ministerial, por ejemplo, posee un interés y comportamiento diverso**” (resaltado nuestro).

En el presente caso –es relevante dejarlo señalado–, el Ministerio de Educación ha sostenido, en defensa de la legalidad y constitucionalidad del CNEB, que este constituye un documento de gestión que implementa una política educativa a nivel nacional en lo que se refiere a la Educación Básica¹⁹⁴, por lo que resultaba necesario que su contenido haya sido aprobado según las políticas públicas que en dicho sector se hubieren adoptado.

En este orden de ideas, según las normas internacionales reseñadas previamente, si bien es cierto el Estado se comprometió a fomentar la tolerancia mediante programas educativos con el fin de alcanzar la convivencia pacífica entre sus ciudadanos, en favor principalmente de grupos que se encuentren en situación de vulnerabilidad; también lo es que este compromiso debe ser asumido según las políticas públicas que cada país asuma como propias, las cuales deberán atenderse cumpliendo con las exigencias legales que se hubieran aprobado para implementarlas.

¹⁹⁴. Página 13 del recurso de apelación, obrante a fojas 1632 del expediente principal (tomo II), en la que señala: “*El CNEB es un documento de gestión para la implementación de la política pública en materia educativa, que por lo demás contiene una redacción completamente ajena a la de una norma en materia administrativa* (que –como regla general- contiene un supuesto de hecho más una consecuencia o un mandato expreso sobre las acciones que corresponde llevar a cabo a la Administración Pública”.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Esto es lo que ha ocurrido de manera válida y legítima en nuestro país, con relación a la política pública referida a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres –vinculada con los conceptos de *igualdad de género, equidad de género y enfoque de género*–, pudiéndose considerar otras concepciones, siempre que el Poder Ejecutivo los incorpore siguiendo las disposiciones legales aprobadas para ello.

6.5. De las sentencias interpretativas.

Tal como se ha señalado previamente, resulta necesario emitir una sentencia interpretativa que deje establecido que el CNEB no comprende o impulsa la adopción de alguna nueva política educativa que no hubiere sido instaurada previamente por el Estado de acuerdo con el marco legal aplicable, en tanto una decisión de esta índole no se aprueba mediante resoluciones ministeriales sino, únicamente, a través de decretos supremos, según lo dispuesto en el citado artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Al respecto, como ya se ha afirmado, las reglas desarrolladas por el Tribunal Constitucional respecto de la acción de inconstitucionalidad son aplicables a la acción popular; en ese sentido, el mismo órgano desarrolló la clasificación de las sentencias que se emiten en este tipo de procesos constitucionales, tal es así que consideró a las sentencias interpretativas señalando lo siguiente¹⁹⁵:

“3.2. Las sentencias interpretativas propiamente dichas

En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida.

Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado ‘normas

¹⁹⁵. Fundamento 3 de la sentencia de fecha 31 de diciembre de 2004, expedida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N°004-2004-CC/TC.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

nuevas', distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución"

El intérprete constitucional ha establecido que a través de las sentencias interpretativas, el órgano de control normativo puede aprobar sentencias de este tipo en caso concluya que por interpretación se construyeron 'normas nuevas', distintas a aquellas contenidas en la norma objeto de examen –en este caso, el CNEB–; por lo tanto, en un proceso de acción popular puede igualmente ordenarse que se prohíba la interpretación que las crea y prohibir su aplicación en tanto sean contrarias a la ley o la Constitución.

Como ha venido sosteniéndose en los considerandos precedentes, el CNEB no puede aprobar la adopción de una nueva política pública, sino que debe implementar y desarrollar aquellas que ya hubieran sido aprobadas previamente, debido, principalmente, a que dicho documento no es un instrumento construido y concebido para introducir ese tipo de cambios o alteraciones en el ordenamiento jurídico.

No obstante, en el presente caso, el CNEB ha incluido la expresión *identidad de género*, la que no ha merecido desarrollo en ninguna norma de rango legal ni cuenta con respaldo infralegal mediante un decreto supremo, en cumplimiento de la formalidad para la aprobación de políticas públicas, establecida en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, lo que impide reconocer que su inclusión se haya efectuado con arreglo a ley.

En este sentido, se hace necesario aprobar una sentencia interpretativa, en la que se establezca que el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017 deberá ser interpretado en el sentido de que no incorpora ni comprende una nueva política pública al adoptar el término *identidad de género*, debiendo interpretarse de conformidad con aquellas de carácter nacional y del sector educativo que previamente se hubieran dictado; empero,

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

ello no significa que las personas, de acuerdo a su identidad de género, vayan a quedar desprotegidas, dado que la Constitución y los instrumentos internacionales reconocen la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, que son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Por tales consideraciones, mi **VOTO** es por que:

- 1) Se **REVOQUE** la sentencia apelada recaída en la resolución número treinta, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, que declaró fundada en parte la demanda; y **REFORMÁNDOLA**, se declare **INFUNDADA** la demanda de acción popular en todos sus extremos; en consecuencia, el Currículo Nacional de la Educación Básica del año 2017 es constitucional y legal, siempre que sea interpretado del modo siguiente:

“El Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, aprobado mediante la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, incorpora la política pública basada en el enfoque de género que comprende la equidad e igualdad de género, debiendo interpretarse en el marco de la Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Ley N° 28983), y el Plan Nacional de Igualdad de Género (aprobado mediante el Decreto Supremo N° 004-2012-MIMP), que no incluyen el término ‘identidad de género’”.

- 2) **SE PUBLIQUE** la presente resolución en el diario oficial ‘El Peruano’ conforme a ley; en el proceso seguido por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, contra el Ministerio de Educación y otros, sobre acción popular; y devolvieron los actuados. **Juez Supremo Cartolin Pastor.**

S.S.

CARTOLIN PASTOR

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA MARTINEZ MARAVÍ, ES COMO SIGUE:-----

La suscrita se encuentra de acuerdo con la decisión a que arriban los Señores Jueces Supremos Wong Abad y Bustamante Zegarra, sin embargo considero necesario hacer las siguientes precisiones:

VISTOS:

Vienen en grado, los recursos de apelación formulados contra la sentencia contenida en la resolución número treinta, de fecha trece de julio del dos mil diecisiete, que declara FUNDADA EN PARTE la demanda de acción popular interpuesta por Francisco Javier Pacheco Manga y otros; y, en consecuencia, NULA la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del año dos mil diecisiete, solamente respecto del Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II – Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso, en el extremo que consigna: “*si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley General de Educación - Ley N°28044, y EXHORTA al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la sociedad y los padres de familia participen bajo diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación; con costas del proceso.

I. Recurso de apelación de la parte demandante

La parte demandante, en su recurso de apelación, peticiona la nulidad parcial de la sentencia de primera instancia y, en vía de integración, se declare nula toda la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y nulo todo el Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete; en atención a los fundamentos siguientes:

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

- 1.1 Aspecto procesal: nulidad de la sentencia por defectos de motivación, por cuanto incurre en un defecto de motivación interna al contener su decisión una conclusión imposible, puesto que en el expediente se encuentra demostrado que los padres no fueron consultados para tratar el tema del enfoque de género ni ningún otro aspecto del currículo; por lo tanto, la anulación parcial del Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete es incoherente con lo probado y argumentado, debiéndose anular la totalidad de dicho documento. Por lo mismo, también se acusa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por no haber tenido en cuenta la totalidad de lo demandado, que implica la nulidad de toda la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU por afectación al derecho a participar en la política educativa y al derecho a elegir el centro de educación.
- 1.2 Aspecto material: vulneración de los derechos a participar en la política educativa y a elegir el centro de educación, por el hecho que el nuevo enfoque transversal de igualdad de género, uniformiza la educación en un aspecto no científico desde que lo biológico no es lo determinante para configurar la sexualidad, sino que lo masculino y lo femenino se construye, lo que evidencia que la sexualidad adquiere un contenido ideológico y, siendo así, el referido enfoque de igualdad de género como parte de la política en educación del Estado, aunque sea consultado con la sociedad, vulnera la libertad de pensamiento de los padres y el derecho a guiar el proceso de formación educativo de los hijos.

II. Recurso de apelación de la parte demandada

La parte demandada, en su recurso de apelación, peticiona la revocación de la sentencia de primera instancia y se declare improcedente la demanda o, alternativamente, se declare infundada la demanda en todos sus extremos y se deje sin efecto la exhortación al Ministerio de Educación y la condena al pago de costos, en atención a los fundamentos siguientes:

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

- 2.1 Aspecto procesal: improcedencia de la demanda por cuestionarse el texto de un documento que forma parte de la Política del Estado en materia de educación, el que no puede ser considerado como una norma administrativa de carácter general; ya que, el proceso de acción popular se inicia contra decretos supremos, resoluciones, directivas u otras normas jurídicas de alcance general, que establecen cómo debe llevarse a cabo la función administrativa del Estado y no contra instrumentos o documentos de gestión.
- 2.2 Aspecto material: carencia de fundamentos de la demanda por cuanto no existe ninguna vulneración de los derechos alegados en tanto que la frase “*Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, no busca dar a conocer una nueva visión o forma de la sexualidad humana, sino explicar, junto con todo el texto del Currículo de la Educación Básica, el Enfoque de Igualdad de Género, las relaciones que en nuestra sociedad existen entre hombres y mujeres, a fin de identificar y eliminar los estereotipos que limiten el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación de la materia controvertida

- 1.1 De acuerdo con el artículo 200, numeral 5, de la Constitución Política del Estado, la acción popular procede “*por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen*”. En consecuencia, los cuestionamientos expuestos en los recursos de apelación interpuestos delimitan, como materia controvertida, el determinar si la Resolución Ministerial N°281-2016 -MINEDU que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, vulnera los derechos alegados en la

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

demandó contenidos en disposiciones constitucionales y legales; habiendo sido estimada en parte la demanda por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1.2 Conteniendo los recursos de apelación interpuestos por las partes, cuestionamientos de índole procesal y material; corresponde primero, resolver los agravios referidos a la nulidad de la sentencia de primera instancia e improcedencia de la demanda; y, luego, si fuere el caso, emitir pronunciamiento sobre los temas de fondo.

SEGUNDO: Pronunciamiento sobre los cuestionamientos procesales

2.1 Como se ha indicado, la parte demandante peticiona la nulidad de la sentencia por defectos de motivación, por cuanto incurre en un defecto de motivación interna al contener su decisión una conclusión imposible, puesto que en el expediente se encuentra demostrado que los padres no fueron consultados para tratar el tema del enfoque de género ni ningún otro aspecto del currículo; por lo tanto, la anulación parcial del Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, es incoherente con lo probado y argumentado, debiéndose anular la totalidad de dicho documento. Por lo mismo, se acusa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por no haber tenido en cuenta la totalidad de lo demandado, que implica la nulidad de toda la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU por afectación al derecho a participar en la política educativa y al derecho a elegir el centro de educación.

2.2 Al respecto y de conformidad con los artículos II y III del Título Preliminar y 20 del Código Procesal Constitucional, debe tenerse presente que son fines de los procesos constitucionales el garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales; por lo que, el Juez Constitucional tiene el deber de adecuar la exigencia de las formalidades procesales al logro de los mencionados fines. En ese sentido, si en la

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

pretensión impugnatoria se acusa un vicio del proceso que afecta el sentido de la decisión, el Juez Constitucional, de ser el caso, debe anular la resolución impugnada y ordenar se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio; en cambio, si en la pretensión impugnatoria se acusa que el vicio incurrido solo alcanza a la resolución impugnada, el Juez Constitucional procede a pronunciarse sobre el fondo.

- 2.3 De acuerdo a lo expuesto y siendo que la parte demandante ha acusado que el vicio incurrido sólo alcanza a la sentencia apelada, no corresponde amparar su pretensión impugnatoria sustentada en este aspecto procesal. Debe agregarse que, los procesos constitucionales exigen del Juez Constitucional una especial sensibilidad y dejar de lado cualquier comportamiento que pueda significar un exceso de formalidad procesal, cuando su observancia represente un acto atentatorio a la consecución de los fines de los procesos constitucionales; más aún, como ocurre en el presente caso, que se trata de un cuestionamiento al Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, aprobado por Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, en el que mayores dilaciones podrían devenir en perjuicio irreparable a los derechos invocados como vulnerados en este proceso.
- 2.4 De otro lado, la parte demandada peticiona la improcedencia de la demanda por cuestionarse el texto de un documento que forma parte de la Política del Estado en materia de educación, el que no puede ser considerado como una norma administrativa de carácter general; siendo que, el proceso de acción popular se inicia contra decretos supremos, resoluciones, directivas u otras normas jurídicas de alcance general que establecen cómo debe llevarse a cabo la función administrativa del Estado, y no contra instrumentos o documentos de gestión.
- 2.5 Sobre el particular, el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo, realizado el dos de diciembre de dos mil quince, acordó por unanimidad que “*para identificar las normas –*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

reglamentos, normas administrativas, decretos y resoluciones de carácter general- que son objeto de control en los procesos constitucionales de acción popular, y en consecuencia evaluar su procedencia, los jueces deberán observar los criterios de (1) pertenencia al ordenamiento jurídico, (2) consunción y (3) generalidad”.

2.6 En lo que se refiere al criterio de “*pertenencia al ordenamiento jurídico*” o análisis de incorporación al ordenamiento para interpretar, modificar o desplazar una norma jurídica anterior preexistente, el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo ha precisado que “*por este criterio debe apreciarse si el reglamento (norma administrativa, decreto o resolución de carácter general) que ha sido impugnado en la demanda de acción popular “es una actuación que se incorpora al ordenamiento jurídico” o es más bien la mera aplicación a un caso concreto, en cuyo último caso nos encontraríamos más bien frente a un acto administrativo*”; vale decir, “*el juez deberá apreciar si el reglamento (norma administrativa, decreto o resolución de carácter general) impugnado se incorpora al “ordenamiento jurídico previamente existente” con la finalidad de modificarlo, innovarlo, derogarlo o interpretarlo con carácter permanente en el tiempo o no. Si ello ocurre, estaríamos frente a una norma reglamentaria objeto de control en un proceso de acción popular. Si más bien ello no ocurriese, nos encontraríamos frente a un acto administrativo o un acto de la administración*”. En el presente caso, la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU es efectivamente una “*actuación que se incorpora al ordenamiento jurídico*” en tanto que dispone la implementación del Currículo Nacional de la Educación Básica, a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, en todas las instituciones y programas educativos públicos y privados de la Educación Básica; y, deja sin efecto, a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, el Diseño Curricular Nacional de la Educación Básica Regular, aprobado por la Resolución Ministerial N° 440-2008-ED y su modificación aprobada por Resolución Ministerial N° 199-2015-MINEDU; así como el Diseño Curricular

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Nacional Básico Nacional de Educación Básica Alternativa, aprobado por Resolución Ministerial N° 0276-2009-ED.

2.7 Respecto al criterio de “*consunción*” o análisis de permanencia y reiterancia, el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo ha precisado que “*por este criterio debe observarse si el reglamento (norma administrativa, decreto o resolución de carácter general) impugnado se consume o no “con su cumplimiento por sus destinatarios –como el acto [administrativo]- sino que es susceptible de una infinidad de cumplimiento por calificar como un precepto con vocación de permanencia en el sistema*”. En el presente caso, la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU tiene “*vocación de permanencia*” por cuanto está destinada a ser aplicada continuamente a las futuras situaciones jurídicas previstas en su supuesto de hecho, hasta su derogación, lo que se comprueba cuando dispone el desarrollo de las acciones de difusión y capacitación por parte de la Dirección General de Educación Básica Regular, en coordinación con la Dirección General de Servicios Educativos Especializados; la Dirección General de Educación Básica Alternativa, Intercultural Bilingüe y de Servicios Educativos, en el ámbito rural; las Direcciones Regionales de Educación, o quien haga sus veces; y, las Unidades de Gestión Educativa Local.

2.8 Con relación al criterio de “*generalidad*” o análisis de abstracción, el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo ha precisado que “*por este criterio debe analizarse si el reglamento (norma administrativa, decreto o resolución de carácter general) impugnado tiene las características de ser impersonal y abstracto. Y ello tiene que ver con observar si la norma reglamentaria objeto de cuestionamiento establece consideraciones de alcance amplio, para un conjunto indeterminado de destinatarios*”. En el presente caso, la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU tiene características de ser impersonal, abstracto y de alcance amplio en tanto que aprueba el Currículo Nacional de

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, que, conforme al artículo 32 de la Ley General de Educación, “*satisface las necesidades básicas de aprendizaje de niños, jóvenes y adultos, considerando las características individuales y socioculturales de los educandos*”.

2.9 De acuerdo a lo expuesto, la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, es una norma de carácter general objeto de control en un proceso constitucional de acción popular, de acuerdo con los criterios establecidos por el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo; razón por la cual, debe desestimarse la pretensión impugnatoria de la parte demandada sustentada en este aspecto procesal.

TERCERO: Pronunciamiento sobre los cuestionamientos materiales

3.1 Como ha quedado expuesto, habiéndose desestimado los cuestionamientos de índole procesal contenidos en los recursos de apelación interpuestos por las partes, corresponde ahora emitir pronunciamiento sobre los temas de fondo. Al respecto, la controversia se centra en la incorporación de la igualdad de género como un enfoque transversal en el Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, aprobado por la Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU.

3.2 De acuerdo al texto del Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, los enfoques transversales para el desarrollo del perfil de egreso responden “*a los principios educativos declarados en la Ley General de Educación y otros principios relacionados a las demandas del mundo contemporáneo*”; precisándose que, son los principios de calidad, equidad, ética, democracia,

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

conciencia ambiental, interculturalidad, inclusión y creatividad e innovación, los que provienen del artículo 8 de la Ley General de Educación; mientras que, los principios relacionados a las demandas del mundo contemporáneo son el de desarrollo sostenible e igualdad de género. Sobre este último se indica que: “*El principio de Igualdad de Género se ha tomado y adaptado del Plan Nacional de Igualdad de Género 2012 – 2017*” (Aprobado por D.S N°004-2012-MIMP; p. 17), el cual se encuentra en la línea normativa que coloca a la igualdad de género como política de Estado”. Estos enfoques transversales “aportan concepciones importantes sobre las personas, su relación con los demás, con el entorno y con el espacio común y se traducen en formas específicas de actuar, que constituyen valores y actitudes que tanto estudiantes, maestros y autoridades, deben esforzarse por demostrar en la dinámica diaria de la escuela”. De acuerdo con ello, los anotados enfoques transversales influyen en todos los alcances del Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, aprobado por la Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU.

- 3.3 Sobre el enfoque de igualdad de género, en el texto del Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del 1 de enero del 2017, aprobado por la Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU, se señala: “*Todas las personas, independientemente de su identidad de género, tienen el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente. La Igualdad de Género se refiere a la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones. En una situación de igualdad real, los derechos, deberes y oportunidades de las personas no dependen de su identidad de género, y, por lo tanto, todos tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos, así como para ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, contribuyendo al desarrollo social y beneficiándose de sus resultados. Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

construyendo día a día, en nuestras interacciones. Si bien las relaciones de género históricamente han perjudicado en mayor medida a las mujeres, también existen dimensiones donde perjudican a los varones. En general, como país, si tenemos desigualdades de género, no podemos hablar de un desarrollo sostenible y democrático pleno” (lo subrayado es nuestro). De acuerdo con ello, el enfoque de igualdad de género, derivado de uno de los principios relacionados a las demandas del mundo contemporáneo, está dirigido a formar estudiantes, en valores y actitudes, para que asuman a la equidad de género como forma de convivencia en la sociedad y, con ello, promuevan la defensa y el respeto a los derechos humanos y deberes ciudadanos, comprendiendo que todas las personas, independientemente de su identidad de género, tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos, así como para ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, con el propósito de construir una sociedad justa, democrática y equitativa. En atención a los alcances del enfoque de igualdad de género en el Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete, resulta necesario señalar los conceptos de sexo, género e identidad de género, y su relación con los derechos humanos.

3.4 En relación a los conceptos de sexo, género e identidad de género, se sigue lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC – 24/17:

a) Sexo: “*En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

nacer¹⁹⁶. En ese sentido, puesto que este término únicamente establece subdivisiones entre hombres y mujeres, no reconoce la existencia de otras categorías que no encajan dentro del binario mujer/hombre”.

- b) Género: “*Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas*¹⁹⁷.
- c) Identidad de Género: “*La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos*¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Cfr. OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12, veintitrés de abril de dos mil doce, párr. 13.

¹⁹⁷ Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – CEDAW, *Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5, y OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. veintitrés de abril de dos mil doce, párr. 14.

¹⁹⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbt/terminologia-lgbt.html>; ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No. 9, Solicitud de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, HCR/IP/12/09, veintitrés de abril de dos mil doce, párr. 8; ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversas, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

3.5 Sobre estos conceptos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido su íntima vinculación cuando indica que “*el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada.* *Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables*¹⁹⁹ (el subrayado es nuestro). En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a la identidad de género como un “*elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las*

asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex, diciembre de 2015, y Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007. Los principios de Yogyakarta están contemplados en un documento elaborado a petición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por varios expertos, académicos y activistas del derecho internacional de los derechos humanos. El documento propone una serie de principios relativos a la orientación sexual e identidad de género que tienen la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos para proteger a las personas LGBTI. El documento final fue publicado en marzo de 2007. Posteriormente, el 10 de noviembre de 2017, se adoptaron los principios de Yogyakarta “plus 10” como un suplemento a los principios del año 2007. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado esos principios en su jurisprudencia (*Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 110).

¹⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17. Fundamentos jurídicos 94 y 95.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

personas”²⁰⁰ y, siendo así, como un derecho humano protegido por la Convención Americana de los Derechos Humanos en los artículos 7 (Derecho a la Libertad Personal) y 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad), ligado “al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones”²⁰¹. Concluye señalando que el reconocimiento de la identidad de género por un Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas LGTBI y erradicar la discriminación y marginación en la que históricamente han estado colocadas; y, por lo mismo, el temor a visibilizarse por miedo a ser agredidas, de tal manera que se asegure a “los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas”²⁰².

3.6 El derecho a la identidad de género se funda en la dignidad de la persona, cuyo respeto constituye un valor fundamental de una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello obliga al Estado a respetar y garantizar la protección y promoción de los derechos; más aún, en el caso de las personas LGTBI, cuya invisibilidad determina un contexto permisible para la vulneración de los derechos. La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos²⁰³. La

²⁰⁰ Op. cit. Fundamento jurídico 98.

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17. Fundamentos jurídicos 93.

²⁰² Op. cit. Fundamento jurídico 100.

²⁰³ Así lo ha comprendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ha señalado que “la primera obligación asumida por los Estados partes, en los términos del citado artículo, es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión: [...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal [...]. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia sobre el fondo de veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho. Párrafo 165; caso Godínez Cruz. Sentencia sobre el fondo de veinte de enero de mil novecientos ochenta y nueve. Párrafo 174.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

obligación de garantizar exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes sujetos a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos, no importando la condición de nacional o extranjero²⁰⁴. Como consecuencia de lo anterior, se encuentra la obligación no sólo de implementar un orden normativo, sino que también de materializar una actuación o conducta gubernamental que asegure la existencia y eficacia de los derechos²⁰⁵. Adicionalmente, también se considera que el Estado está en la obligación de prevenir razonablemente las violaciones de derechos. Para ello deberá adoptar todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como delitos, y que por lo tanto sean sujeto de una sanción, así como de la obligación de indemnizar a las víctimas²⁰⁶.

²⁰⁴ En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “[...] los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención [...].” Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantos. Sentencia sobre el fondo de veintiocho de noviembre de dos mil dos. Párrafo 49.

²⁰⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos [...].” Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia sobre el fondo de veintinueve de julio de mi novecientos ochenta y coh. Párrafo 175.

²⁰⁶ Este criterio permite también considerar la responsabilidad del Estado por la falta de prevención de actos vulnerados de derechos, cuando estos son producto de prácticas: “Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto [...].” Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia sobre el fondo de veintinueve de julio de il novecientos ochenta y ocho. Párrafo 175.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

3.7 Resulta importante recordar que la falta de un consenso al interior de nuestro país sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “*un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie, y bajo ninguna circunstancia, con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Lo anterior violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como la orientación sexual, y la identidad de género, que no pueden servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención*”²⁰⁷. Por tanto, el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos humanos, que constituye un valor fundamental en un Estado Social y Democrático de Derecho, no puede quedar sometida a la opinión de un sector de la población; por lo que, en este sentido, resulta improcedente recurrir a la consulta de la sociedad y de los padres de familia en lo que se refiere al Enfoque de Igualdad de Género del Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del dos mil diecisiete. Cabe recordar que, conforme a los artículos 1 y 48 de la Constitución Política del Perú, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, siendo deberes primordiales del Estado el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y el promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

²⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17. Fundamento jurídico 83.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

3.8 Debe agregarse que, conforme al párrafo 1 del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la educación del niño debe estar encaminada a: “a) *Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental, física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural*” (el subrayado es nuestro); precisándose, en el párrafo 2 del mismo artícululo, que “nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado” (el subrayado es nuestro). Conforme a esta disposición convencional, existe un consenso mundial acerca de los objetivos fundamentales de la educación, los cuales deben ser obligatoriamente observados por los ciudadanos y las entidades de enseñanza: desarrollar la personalidad del niño hasta el máximo de sus posibilidades, preparar al niño para una vida responsable en una sociedad libre e inculcar al niño el respeto de los demás así como del medio ambiente natural.

Por tales consideraciones: **MI VOTO** es porque **SE REVOQUE** la sentencia contenida en la resolución número treinta, de fecha trece de julio del dos mil diecisiete, que declara FUNDADA EN PARTE la demanda de acción popular interpuesta por Francisco Javier Pacheco Manga y otros; y, en consecuencia,

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

NULA la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica a ser implementado a partir del primero de enero del año dos mil diecisiete, solamente respecto del Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II – Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso, en el extremo que consigna: “*si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley General de Educación - Ley N°28044, y EXHORTA al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la sociedad y los padres de familia participen bajo diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación; y, **SE REFORME** declarando **INFUNDADA** la demanda de acción popular; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; sin costas; en los seguidos por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, contra el Ministerio de Educación y otra, sobre acción popular; y, **se devuelva. Jueza Suprema: Martínez Maraví.**

S.S.

MARTINEZ MARAVÍ

Acc

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Lima, ocho de marzo
de dos mil diecinueve.-

**EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TOLEDO TORIBIO,
ES COMO SIGUE:**-----

Me adhiero al voto emitido por los señores Jueces Supremos Wong Abad, Bustamante Zegarra y Martínez Maraví; sin embargo, considero adicionar los siguientes argumentos:

I.- ASUNTO:

Viene a conocimiento, el recurso de apelación formulado por **Francisco Javier Pacheco Manga, Hernán César Canales Uzátegui, Rodolfo Martín Cotrina Barrantes, José Francisco Estrada Cotrina, Ninoska Violeta Valladares Peña y Giuliana Calambrogi Correa**, de fecha cinco de setiembre de dos mil diecisiete, obrante de fojas mil quinientos noventa y tres y el recurso de apelación formulado por el **Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, de fecha ocho de setiembre de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil seiscientos veinte; ambos contra la sentencia de primera instancia, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que resolvió declarar **fundada en parte** la demanda de Acción Popular; en consecuencia, **nula** la Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II – Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egresado, en la parte que se consigna: “*Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, exhortándose al Ministerio de Educación para que promueva y/o

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

implemente un mecanismo específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la Sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación; con costos del proceso.

II.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

2.1 De los señores Francisco Javier Pacheco Manga, Hernán César Canales Uzátegui, Rodolfo Martín Cotrina Barrantes, José Francisco Estrada Cotrina, Ninoska Violeta Valladares Peña y Giuliana Calambrogio Correa

La parte impugnante, en su escrito de apelación de fecha cinco de setiembre de dos mil diecisiete, expone lo siguiente:

Respecto a la primera pretensión impugnatoria

- a) Señala que viola el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales por existir un problema de motivación interna al contener una motivación sustancialmente incongruente e insuficiente, asimismo por tener una motivación incompleta dado que si la Sala quería restringir la conclusión (parte resolutiva) que se fundaba en las premisas (considerandos) debió indicar por qué no iba a resolver de conformidad con lo razonado en los considerandos; sin embargo, no lo hizo. Finalmente, señala que se viola el derecho a participar en la política pública educativa.
- b) Está demostrado que los padres no fueron consultados no solo para tratar el tema del enfoque de género sino tampoco sobre ningún otro aspecto del currículo, por tanto, la anulación parcial del currículo es incoherente con lo probado y argumentado debiéndose anular todo el currículo, hasta que, como manda la Constitución (artículos 13, 14 y 16) y la Ley General de Educación (artículos 7, 22 y 33) y según el petitorio

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

de la demanda, se pueda respetar el derecho de los padres a participar en la confección de los instrumentos de la política educativa.

- c) El *A quo* decidió que no se pronunciaría sobre la anulación de todo el currículo, sino solo sobre el enfoque de género sin emitir mayor sustento que el interpretar que era lo solicitado por los demandantes. Ello, constituye una violación al derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al contener la resolución impugnada una motivación sustancialmente incongruente, no solo porque sí se solicitó la anulación de todo el currículo, sino porque abunda la prueba en el expediente de que nada del currículo se consultó a la sociedad representada por los padres de familia.
- d) Lo que está claro y así lo decidió el Constituyente en mil novecientos noventa y tres, es que la política educativa es la única política pública que se confecciona en coordinación con la sociedad civil, en este caso con los padres de familia. Y así lo desarrolla expresamente la Ley General de Educación (artículos 7, 22 y 34), decidir en contra sería desobedecer la ley y prevaricar. Por lo tanto, no es correcto lo que sostienen algunos expertos en los medios de comunicación: que esto generaría un caos en las políticas públicas, ya que ninguna debe consultarse con la ciudadanía, lo cual es abiertamente contrario al espíritu y texto de la Constitución Política vigente, pues esta política educativa sí debe consultarse a los padres y, como se dijo, correctamente desarrollado por la Ley General de Educación, todo el éxito de la política pública depende de que el mecanismo de consulta y trabajo con los padres sea el más adecuado, para que las políticas públicas no se entrampen.

Respecto a la segunda pretensión impugnatoria

- e) Considera que se ha violado el derecho a la tutela jurisdiccional al contener la sentencia apelada una motivación sustancialmente

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA**

incongruente o insuficiente, asimismo se transgrede el derecho a elegir el colegio que mejor convenga según las convicciones personales de los padres.

- f) La resolución impugnada viola manifiestamente el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al contener una motivación sustancialmente incongruente, desde que el juez no ha tenido en cuenta la plenitud de lo demandado, nulidad por inconstitucionalidad de todo el currículo de dos mil diecisiete, por afectación a dos grandes derechos, uno el de participar en la política educativa; y otro, el de negarle la libertad de los padres de elegir el colegio que mejor les convenga porque el nuevo enfoque transversal de igualdad de género uniformiza la educación en un aspecto que no es científico.
- g) El *A quo* no se pronuncia ni emite valoración alguna respecto a los argumentos demandados, los padres de familia deben tener la libertad de poder elegir el colegio que mejor les convenga, no solo por criterios económicos, científicos o deportivos, sino también cuando el ideario del colegio redunda en una formación moral que los padres comparten. La finalidad es compartida por todos, la igualdad ante la ley entre la mujer y el varón, el problema es el medio, que se presenta como el único, uniformizante y por eso inconstitucional porque impide ejercer la libertad de elección.
- h) La Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, publicada el tres de junio de dos mil dieciséis, que aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete, contiene, en diversas partes, una frase que hace referencia a una comprensión de la sexualidad que distingue géneros sexuales más allá del masculino y del femenino: “identidad de género”; por tanto, se entiende que el currículo además de formar en “equidad de género” (disminución de brechas

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

entre el varón y la mujer, producto de una visión machista de los roles sociales, pero ya contenido en otros tres enfoques transversales), formará en “identidad de género”, lo que representa una nueva visión de la sexualidad de las personas humanas.

- i) Sobre el tema de la identidad de género, la sentencia solo indica que no se consultó a los padres pero no lo analiza como lo que es, cómo el currículo que vulnera el derecho de los padres a elegir libremente un colegio de acuerdo con sus convicciones: al ser un enfoque transversal, el de igualdad de género, uniformiza una nueva visión de la sexualidad en la que lo biológico no es determinante. La consecuencia de impedir una segunda visión, un segundo razonamiento, que permita a los padres ser libres cuando ejerzan la elección de un colegio, es que el enfoque transversal de igualdad de género imbuye absolutamente todos los contenidos y el quehacer académico de los niños y adolescentes en los colegios.
- j) De hecho con el razonamiento del currículo de que lo biológico no es determinante para configurar la sexualidad, sino que lo masculino y lo femenino se construye, está absolutamente claro que la sexualidad adquiere un nuevo contenido ideológico. El contenido de enfoque de igualdad de género, como parte de la política de educación del Estado, aunque sea consultado con la sociedad vulneraría la libertad de pensamiento de los padres y el derecho a guiar el proceso de formación educativa de los hijos, y sobre todo, la libertad de poder elegir, la cual por naturaleza reclama la existencia de al menos dos opciones para poder existir como tal, es decir como libertad, por esto, es que dicha Resolución Ministerial vulnera la Constitución Política y las leyes vigentes debiendo ser declarada inconstitucional.

2.2 Del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

La parte impugnante, en su escrito de apelación de fecha ocho de setiembre de dos mil diecisiete, expone lo siguiente:

Respecto a la primera pretensión impugnatoria

- a) Considera que la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU no debió ser considerada como objeto de control, así lo indicó la Procuraduría en su contestación de la demanda e incluso, la Sala Superior así lo entiende en el fundamento tercero y otros más de la sentencia; sin embargo, a pesar de esta precisión que la propia Sala Superior realiza, en los demás fundamentos de la sentencia alude a la Resolución Ministerial que es objeto de control. Esta observación es importante, por cuanto la Sala se refiere a dicha resolución para considerarla como norma de alcance general y extender esa característica al Currículo Nacional de Educación Básica.
- b) La interposición de una demanda de Acción Popular por la forma no da lugar a considerar que lo que es objeto de control pueda ser calificado de forma automática como una norma de alcance general. La Sala debió previamente analizar si la Resolución Ministerial y el Currículo Nacional de Educación Básica demandados pueden ser calificados como normas administrativas de alcance general para después pronunciarse sobre los argumentos contra ambos textos, tanto de forma como de fondo; sin embargo, ello no ha ocurrido y, por el contrario, para desestimar el pedido de improcedencia de la demanda formulado por la Procuraduría se ha empleado un argumento totalmente ajeno para el análisis de este pedido.

Respecto a la segunda pretensión impugnatoria

- c) Considera que la sentencia contiene una contradicción respecto a la labor de control que corresponde realizar a los órganos jurisdiccionales respecto a las políticas públicas. En ese sentido, si bien en el fundamento décimo cuarto señala que: “el juez

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

constitucional no se le está atribuyendo la facultad de formular o reformular y ejecutar políticas educativas, o escoger cual (sic) es la mejor alternativa entre ellas o cual (sic) deben ser los objetivos y metas de esas políticas”, al calificar que el extremo cuestionado implica una “nueva visión de la sexualidad” está realizando una afirmación que va en contra de la política educativa en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. El hecho que la sentencia haya declarado ilegal el extremo cuestionado por no haberse garantizado la participación de la sociedad y los padres de familia, no puede dejar de lado que lo decidido por la Sala Superior tiene incidencia en la referida política.

- d) En su decisión, la Sala Superior acoge la posición expuesta por la parte demandante sobre el extremo cuestionado, pues a su consideración implica una nueva visión y concepto de la sexualidad humana; sin embargo, la manera en que la Sala ha entendido dicho extremo es completamente errada, pues a través del mismo no se busca dar a conocer una nueva visión o forma de la sexualidad humana, sino explicar, junto con todo el texto que se usa en el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB para definir el enfoque de igualdad de género, las relaciones que en nuestra sociedad existen entre hombres y mujeres a fin de identificar y eliminar los estereotipos que limiten el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones. Sobre el término género y su relación con el derecho existe amplia doctrina y jurisprudencia. En el caso del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, contiene definiciones al respecto bastante claras, que no han sido declaradas ilegales por la Sala Superior, y que evidencian que no se orienta a promover una nueva forma de la sexualidad humana.
- e) El Enfoque de Igualdad de Género planteado en el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB es conforme a la normativa

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

constitucional, supranacional y nacional sobre igualdad de oportunidades, dado que es en el ámbito educativo en donde resulta esencial llevar acciones para cambiar los patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres que originan una situación de desigualdad. Ninguna relación tiene, por lo tanto, con lo alegado por la parte demandante respecto a una “nueva visión de la sexualidad humana”, acogida por la Sala, que en su breve análisis sobre el extremo cuestionado del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, no hizo referencia alguna de las normas constitucionales, supranacionales y legales como son la Constitución Política del Estado, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

- f) La participación política reconocida en normas constitucionales y legales, por lo tanto, debe darse conforme a lo que desarrolla el respectivo marco normativo, el mismo que debe precisar: el grado o nivel de participación y el procedimiento para concretar dicha participación. La Procuraduría, sobre la base de lo expuesto, informó a la Sala Superior sobre el marco normativo vigente que regula la participación de la sociedad y los padres de familia en materia educativa; sin embargo, la Sala no ha tomado en cuenta estos argumentos, pues se ha limitado a señalar que la sociedad y los padres de familia deben participar en la implementación de las políticas públicas en educación, a exhortar al Ministerio de Educación a establecer un mecanismo que permita concretar dicha participación e invocar dos normas legales para concluir que no se concretó la referida participación respecto al Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

- g) La Sala Superior ha cometido un grave error jurídico al determinar como parámetro de control del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB una norma legal, el artículo 7 de la Ley General de Educación, que se relaciona con otro instrumento de gestión de la educación en el país, como lo es el Proyecto Educativo Nacional, el cual fue aprobado hace más de diez años y con proyección al año dos mil veintiuno. La Sala Superior no solo desconoce los alcances del artículo 7 de la Ley General de Educación, al confundir el Proyecto Educativo Nacional con el Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, sino que realiza una interpretación forzada sobre su contenido para concluir – sin sustento jurídico alguno – que existe un supuesto mandato de consulta o participación de la sociedad y los padres de familia para la elaboración y aprobación del contenido del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB.
- h) Sobre la violación del artículo 22 de la Ley General de Educación: función de la sociedad respecto a la calidad y equidad de la educación, considera que si bien en el inciso a) se hace referencia a la participación en la definición y desarrollo de políticas educativas, la misma requiere se precise en cuanto a sus alcances, a fin de identificar las acciones del Estado que pueden ser calificadas como políticas educativas y que, por lo tanto, deben implicar un espacio de participación. Esta norma no puede ser interpretada en el sentido de que toda decisión en materia educativa debe ser el resultado de un proceso de participación.
- i) La modalidad de participación de la sociedad y los padres de familia respecto a la formulación del Currículo Nacional de Educación Básica - CNEB, se concreta mediante el proceso de consulta al que hace referencia el Reglamento de la Ley General de Educación, el mismo que no se restringe únicamente a los padres de familia. Además, aparte de la referencia general a un proceso de consulta, la norma no

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

brinda mayores detalles sobre el procedimiento a seguir, lo que implica reconocer a las autoridades administrativas la facultad de identificar las vías que permitan dar cumplimiento a lo estipulado en la norma reglamentaria, por ello, el Ministerio de Educación procedió a realizar una serie de acciones orientadas a concretar el proceso de consulta y recibir opinión del Consejo Nacional de Educación.

III.- CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANTECEDENTES DEL PROCESO

1.1.- El seis de enero de dos mil diecisiete, los señores Francisco Javier Pacheco Manga, Hernán César Canales Uzátegui, Rodolfo Martín Cotrina Barrantes, José Francisco Estrada Cotrina, Ninoska Violeta Valladares Peña y Giuliana Calambrogio Correa, presentaron demanda de Acción Popular contra el Ministerio de Educación - MINEDU, solicitando se declare inconstitucional e ilegal, se deje sin efecto y se derogue la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, publicada el tres de junio de dos mil dieciséis, mediante la cual se aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete, así como todos los documentos (guías, manuales, folletos, etc) que se sustenten en aquellos, y se apliquen criterios educativos vigentes que no incluyan disposiciones sobre la sexualidad no acordes con lo que los padres de familia no hayan consensuado.

1.2.- El dieciséis de enero de dos mil diecisiete, mediante resolución número uno, obrante a fojas trescientos noventa y tres, se admitió a trámite la demanda de Acción Popular; en consecuencia; se dispuso correr traslado por el plazo de diez días a la parte emplazada para que conteste la demanda y dispusieron la publicación de la resolución por una sola vez en el Diario Oficial “El Peruano”.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

1.3.- El dieciséis de febrero de dos mil diecisiete, mediante escrito de fojas quinientos catorce, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, se apersonó al proceso, contestando la demanda de Acción Popular en sus términos, solicitando se declare improcedente o, en su defecto, infundada la demanda en todos sus extremos.

1.4.- El trece de julio de dos mil diecisiete, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, resolvió declarar fundada en parte la demanda de Acción Popular; en consecuencia, nula la Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II – Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egresado, en la parte que se consigna: “*Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, exhortándose al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la sociedad y los padres de familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación; con costos del proceso.

SEGUNDO: DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIAS

2.1.- Corresponde emitir pronunciamiento en segunda instancia resolviendo los recursos de apelación formulados por Francisco Javier Pacheco Manga, Hernán César Canales Uzátegui, Rodolfo Martín Cotrina Barrantes, José Francisco Estrada Cotrina, Ninoska Violeta Valladares Peña y Giuliana Calambrogio Correa y por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, contra la

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

sentencia de primera instancia, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, que resolvió declarar fundada en parte la demanda de Acción Popular.

2.2.- El pronunciamiento se debe sustentar básicamente en los agravios formulados por los apelantes, los cuales de una forma u otra cuestionan la Resolución Ministerial N°281-2016-MINEDU, de fecha dos de junio de dos mil dieciséis, pero publicada en el diario oficial “El Peruano” el tres de junio de dos mil dieciséis, que entre otras cosas, aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica y dispuso que la correspondiente implementación sea a partir del uno de enero de dos mil diecisiete, en todas las instituciones y programas educativos públicos y privados de la Educación Básica.

TERCERO: SOBRE EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

3.1.- El artículo 76 del Código Procesal Constitucional, contempla que la demanda de Acción Popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley.

3.2.- El proceso de Acción Popular constituye un mecanismo de control concentrado de las normas reglamentarias, que es ventilado exclusivamente al interior del Poder Judicial y que presenta como objetivos el velar por la defensa del artículo 51 de la Carta Magna y el artículo 118 inciso 8 del mismo texto normativo. Así, la Acción Popular es el remedio para defender la constitucionalidad y legalidad frente a las normas administrativas que la contradicen, es decir, es un medio de control constitucional y legal de tipo jurisdiccional sobre normas inferiores como son las de nivel administrativo²⁰⁸.

²⁰⁸ GARIBALDI PAJUELO, Giancarlo. “El proceso de Acción Popular” en CÓRDOVA SCHAFFER, Jesús (coord.) Garantías Constitucionales, Lima, Ediciones Caballero Bastamente, 2009, pp. 396-397.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

3.3.- En el proceso de Acción Popular, se requiere acudir previamente a la interpretación de las normas cuestionadas, agotando los medios para ubicar una compatible con las normas constitucionales; por lo que, la labor hermenéutica y emisión de sentencias interpretativas no son ajenas a los Jueces del Poder Judicial; en el control judicial de constitucionalidad de las normas la primera tarea es agotar la búsqueda de una interpretación acorde a la Constitución y a las Leyes; declarando la inconstitucionalidad o ilegalidad cuando es manifiesta y no sea factible encontrar alguna interpretación compatible con las mismas²⁰⁹; la labor interpretativa evita declaraciones innecesarias de inconstitucionalidad, contribuye a la seguridad jurídica y a mantener el orden de nuestro sistema normativo, preservando las normas que admitan interpretación conforme a la Constitución y a la ley²¹⁰.

CUARTO: SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE ACCIÓN POPULAR

4.1.- Con la finalidad de absolver los agravios planteados por los apelantes, se considera pertinente iniciar el análisis por los **agravios a) y b) del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, los mismos que están orientados a cuestionar la procedencia de la demanda de Acción Popular contra la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, pues consideran que esta y el Currículo Nacional de Educación Básica no debieron ser objeto de control, ya que no se ha analizado si son normas administrativas de alcance general.

²⁰⁹ MESÍA RAMÍREZ, Carlos. “Exégesis del Código Procesal Constitucional”, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2004, p. 77.

²¹⁰ La revisión judicial de las leyes tiene como antecedente la "judicial review" de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en el caso Marbury vs Madison, actuando como Juez Supremo y Presidente de la Sala John Marshall en la acción de "Writ of Mandamus", estableciendo la supremacía de la Constitución y que una ley contraria a ella era nula e ineficaz; sin embargo dicha Corte también tiene establecido que la validez constitucional es la última cuestión que realizará sobre una ley, debido que en principio no se busca una confrontación de la ley con la Constitución, debiendo agotarse todos los recursos para encontrar su constitucionalidad, y solo cuando sea inevitable se admite la revisión judicial de la ley.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

4.2.- Al respecto, debemos acudir a la Constitución Política del Estado que, en el inciso 5 de su artículo 200, prescribe lo siguiente: “*La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen*” (subrayado agregado).

4.3.- El Tribunal Constitucional, en el fundamento veinticinco de la sentencia emitida en el Expediente N° 007-2006-PI/TC, señala lo siguiente: “*El principio de generalidad de las normas que se infiere de lo establecido en el artículo 103º, ab initio, de la Constitución, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho. Conforme a este principio las normas deben ser generales y no establecer un régimen contrario al derecho a la igualdad. El concepto de generalidad alude a que el supuesto comprendido por la norma es abstracto y los destinatarios de la misma son indeterminados. Así, la abstracción del supuesto y la indeterminación de sus destinatarios configuran la generalidad de una norma. Desde tal perspectiva, una norma que satisfaga estas condiciones es general*” (subrayado agregado).

4.4.- Mediante Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, se aprobó el Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General, el mismo que en su artículo 4 señala lo siguiente: “*Para efectos de lo dispuesto en el presente Reglamento, entiéndase por norma legal de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica. En tal sentido, se deben publicar obligatoriamente en el Diario Oficial El Peruano:*

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

(...) **6. Las Resoluciones Ministeriales** (...)" (subrayado y resaltado agregado).

4.5.- Nuestra Carta Magna, en el artículo 16 señala que: “(...) El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación. (...)” (subrayado agregado), lo cual fue replicado en la normativa infraconstitucional, como lo es el artículo 79 de la Ley N°28044, Ley General de Educación, que prescribe lo siguiente: “El Ministerio de Educación es el órgano del Gobierno Nacional que tiene por finalidad definir, dirigir y articular la política de educación, cultura recreación y deporte, en concordancia con la política general del Estado” (subrayado agregado) y en el artículo 27 del Reglamento de la Ley N° 28044, aprobado por el Decreto Supremo N°011-2012-ED que contempla lo siguiente: “El Currículo Nacional de la Educación Básica (...). Es la base de la Política Pedagógica Nacional y es elaborado por el Ministerio de Educación. (...)”.

4.6.- En ese contexto, podemos afirmar que la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, publicada en el diario oficial “El Peruano” el tres de junio de dos mil dieciséis, es una norma de alcance general no solo por ser la norma estipulada en el inciso 6 del artículo 4 del Decreto Supremo N°001-2009-JUS, sino también porque aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica (en adelante CNEB) para el año dos mil diecisiete, el cual pone de manifiesto las diversas ideas y estrategias que el Estado considera necesario su implementación y materialización en la educación peruana; por ende, no queda duda de que su alcance es para todo el territorio de nuestro país e involucra en sentido estricto tanto a instituciones educativas nacionales como privadas.

4.7.- Adicionalmente, debemos tener presente lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley N°28044, Ley General de Educación, en cuanto señala que: “ *El*

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

currículo es valorativo en tanto responde al desarrollo armonioso e integral del estudiante y a crear actitudes positivas de convivencia social, democratización de la sociedad y ejercicio responsable de la ciudadanía. El currículo es significativo en tanto toma en cuenta las experiencias y conocimientos previos y las necesidades de los estudiantes. (...)" (subrayado agregado), consecuentemente, el CNEB es una forma de política pública en el sector educación y, como tal, posee ciertos objetivos que comprenden mejoras en la formación de los diversos estudiantes que reciben el servicio de educación en la actualidad, dichas mejoras deberían verse cristalizadas en el futuro. Siendo así, está claro que los referidos avances están enfocados en temas de progresión personal y ciudadana para la universalidad de educandos en el Perú; por lo tanto, la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y el CNEB que aprobó no son normas especiales o dirigidas a un grupo en concreto, antes bien constituyen dispositivos normativos dirigidos a la colectividad, lo que en definitiva permite que su cuestionamiento sea ventilado en un proceso de Acción Popular; en consecuencia, los agravios examinados merecen ser **desestimados**.

QUINTO: SOBRE EL DERECHO A UNA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1.- En relación a los **agravios a), c), e) y f)** de los señores Francisco Javier Pacheco Manga, Hernán César Canales Uzátegui, Rodolfo Martín Cotrina Barrantes, José Francisco Estrada Cotrina, Ninoska Violeta Valladares Peña y Giuliana Calambrogio Correa, debemos tener presente que el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, prescribe lo siguiente: "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan", asimismo que en el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial se señala que: "Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

fundamentos en que se sustentan” y que en el artículo 122 inciso 4 del Código Procesal Civil se menciona: “Las resoluciones contienen: La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. (...”).

5.2.- Respecto al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, la Corte Suprema en el sexto fundamento de la Casación N° 2139-2007-Lima, publicada el treinta y uno de agosto de dos mil siete, ha señalado: “(...) además de constituir un requisito formal e ineludible de toda sentencia constituye el elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico, y está formado por el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los que el magistrado ampara su decisión; por ende, la exigencia de la motivación constituye una garantía constitucional que asegura la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias; además, la motivación constituye una forma de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial, y así, es deber de las instancias de revisión responder a cada uno de los puntos planteados por el recurrente, quien procede en ejercicio de su derecho de defensa y amparo de la tutela judicial efectiva” (subrayado agregado).

5.3.- Como es sabido uno de los principales componentes del derecho al debido proceso se encuentra constituido por el denominado derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, respecto al cual, el Tribunal Constitucional en el fundamento décimo primero de la sentencia del Expediente N° 8125-2005-PHC/TC manifestó que: “*En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir*

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. (...)" (subrayado agregado).

5.4.- En esa misma línea de ideas, el Tribunal Constitucional, ha establecido que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso; sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 728-2008-PHC/TC, señaló que: "(...) este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: (...) **d) La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. **e) La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva)” (resaltado agregado).

5.5.- Por lo tanto, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso, garantiza que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica, siendo exigible que toda resolución, a excepción de los decretos, contenga los fundamentos de hecho y de derecho, así como la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena. Esta garantía se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada. Su finalidad en todo momento es salvaguardar al justiciable frente a la arbitrariedad judicial, toda vez, que garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

5.6.- En atención a lo expuesto, podemos establecer que la obligación impuesta por estos dispositivos legales a todos los órganos jurisdiccionales es que atiendan todo pedido de protección de derechos o intereses legítimos de las personas, a través de un proceso adecuado, donde no solo se respeten las garantías procesales del demandante sino también del demandado, y se emita una decisión acorde al pedido formulado, el mismo que debe ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica; siendo además exigible que toda resolución, a excepción de los decretos, se encuentre debidamente

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

motivada, conteniendo los fundamentos de hecho y de derecho, así como la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena.

5.7.- Ahora bien, en el caso concreto se ha podido observar en los considerandos décimo séptimo y vigésimo de la sentencia objeto de apelación que, para la Sala Superior, el CNEB se impregna en las competencias que se busca que los estudiantes desarrollen y orienta en todo momento el trabajo pedagógico en la educación básica, por lo que independientemente del juicio de valor o apreciación que se tenga en específico sobre esa visión y sobre cuyo contenido no realiza control de constitucionalidad o legalidad en este proceso, por estimar que no corresponde a la controversia fijada, considera debió ser formulado o elaborado con la participación de la sociedad y los padres de familia lo cual no ocurrió, por lo que concluye que la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU vulneró los artículos 7 y 22 de la Ley N°28044, Ley General de Educación.

5.8.- En consecuencia, independientemente de que el criterio adoptado por la Sala Superior sea correcto o no, resulta factible afirmar que no se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ya que ha resuelto efectuando un análisis detenido, razonado y lógico de la controversia suscitada, es decir, con una valoración racional y conjunta de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso concreto; por lo tanto, al quedar descartado cualquier tipo de motivación insuficiente o sustancialmente incongruente, los agravios analizados también corresponden ser **desestimados**.

SEXTO: SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIAS

Finalmente, corresponde absolver los **agravios b), d), g), h), i) y j)** de los señores Francisco Javier Pacheco Manga, Hernán César Canales Uzátegui, Rodolfo Martín Cotrina Barrantes, José Francisco Estrada Cotrina, Ninoska Violeta Valladares Peña y Giuliana Calambrogio Correa así como los **agravios c), d), e), f), g), h), e i)** del Procurador Público Especializado en

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El primer grupo de agravios están dirigidos a tratar de demostrar la inconstitucionalidad y/o ilegalidad de la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU y el CNEB que aprobó en su momento; mientras que el segundo grupo de agravios están orientados a lo contrario, es decir, a validar la constitucionalidad y/o legalidad de la normativa sometida a cuestionamiento en el presente proceso; por lo tanto, creemos pertinente que el análisis de lo suscitado en el caso de autos y de lo expuesto por los apelantes, se deberá desarrollar desde una perspectiva convencional, constitucional, legal, doctrinaria y de la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) como del Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC).

SÉPTIMO: EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD

7.1.- Desde la Constitución Política y de instrumentos internacionales

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú, consagra lo siguiente: “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*” (subrayado agregado).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 1 señala que: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*” (subrayado agregado).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inciso 1 del artículo 11 prescribe: “*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*” (subrayado agregado).

7.2.- Visión doctrinaria

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Según Fernández Sessarego²¹¹, la dignidad es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual, y además, por el hecho de que, a pesar de que todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. **Es esta dignidad inherente a su ser el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana.** Los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad. Es esta dignidad la que justifica y explica los derechos fundamentales de la persona y le sirve de fundamento.

7.3.- Desde la jurisprudencia del TC

El Tribunal Constitucional, en el quinto fundamento de la sentencia emitida en el Expediente N° 10087-2005-PA/TC, ha sostenido que: “*En ese sentido la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dinamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos*” (subrayado agregado).

Por otro lado, el mismo máximo intérprete de la Constitución Política del Estado, en el décimo fundamento de la sentencia recaída en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC, señaló que: “10. *El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas: Primero, en tanto*

²¹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. En: “*La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*”. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005. p. 46.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares. Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección (...)" (subrayado y resaltado agregado).

OCTAVO: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

8.1.- Desde la Constitución Política y de instrumentos internacionales

El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, consagra lo siguiente: “*Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*” (subrayado agregado).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 1 señala que: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*” (subrayado agregado) y, en su artículo 7 señala que: “*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*” (subrayado agregado).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inciso 1 del artículo 1 prescribe: “*Los Estados Partes en esta Convención se*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

comprometen 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, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (subrayado agregado) y en el artículo 24 estipula lo siguiente: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*” (subrayado agregado).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”, en su artículo 3 señala que: “*Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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*” (subrayado agregado).

8.2.- Visión doctrinaria

Según Chanamé Orbe²¹², la función primordial del Estado es vigilar que sea respetada esta igualdad legal. La igualdad jurídica es un principio según el cual todos los individuos sin distinción alguna tienen el mismo trato ante la ley y que importa principalmente la actitud correspondiente de todos y cada uno de los individuos. Como en el caso de la igualdad procesal en el que sea cual fuere la naturaleza de éste (civil, penal, laboral, etc) tienen igual posición, merecen idéntico trato y tiene derecho a ejercitar las mismas facultades, porque lo contrario, implicaría parcialidad. La igualdad jurídica tiene 2 aspectos o mejor dicho detenta doble condición: igualdad como principio y como derecho. En cuanto principio constituye el enunciado de

²¹² CHANAMÉ ORBE, Raúl. “Comentarios a la Constitución”. Jurista Editores, Quinta edición, Lima, 2009, pp. 112 - 113.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

un contenido material objetivo; **en cuanto derecho fundamental** constituye el reconocimiento auténtico derecho subjetivo. La igualdad es la armonía, proporción y reciprocidad entre los elementos que conforman un todo, trato paritario, ausencia de privilegios, carencia de preferencia, reciprocidad de derechos ante similares situaciones.

8.3.- Desde la jurisprudencia de la CIDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-4/84, emitida el diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, señaló que: “56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. (...)" (subrayado agregado).

Por otro lado, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Atala Riff y niñas vs Chile*, emitida el veinticuatro de febrero de dos mil doce, dejó claro que: “78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. 80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. (...)” (subrayado agregado).

8.4.- Desde la jurisprudencia del TC

El Tribunal Constitucional, en los fundamentos cincuenta y nueve y sesenta de la sentencia emitida en el Expediente N° 048-2004-PI/TC, ha sostenido que: “59. *La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993 (...) Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.* 60. Constitucionalmente, 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” (subrayado y resaltado agregado).

De otro lado, el máximo intérprete de la Constitución Política del Estado, en el fundamento veinte de la sentencia emitida en el Expediente N° 045-2004-PI/TC, señaló que: “Como este Tribunal ha afirmado, la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes. (...)” (subrayado y resaltado agregado).

Finalmente, en el fundamento segundo de la sentencia recaída en el Expediente N° 02510-2002-AA/TC, se expone lo siguiente: “(...) como ya lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: **a)** paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y **b)** paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato” (subrayado y resaltado agregado).

NOVENO: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

9.1.- Desde la Constitución Política y de instrumentos internacionales

El artículo 13 de la Constitución Política del Perú, consagra lo siguiente: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. (...)” (subrayado agregado).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el inciso 2 del artículo 26 señala que: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz” (subrayado agregado).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”, en los incisos 1 y 2 del artículo 13 señala que: “1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz” (subrayado agregado).

9.2.- Visión doctrinaria

Para Salazar Gallegos²¹³, la educación constituye la base fundamental para el desarrollo de la persona natural, y por ende, de la sociedad en su conjunto. Educación y Desarrollo deben ser comprendidos aunados. La educación se constituye como un pilar para que la persona comprenda y se integre al entorno en el que se desenvuelve. Sin educación es imposible reconocer, elegir y entender o por lo menos avizorar de manera razonable los efectos de las decisiones que tomamos y los actos y hechos que nos circunscriben. La educación adopta diferentes formas y dimensiones, y debe entenderse que la Constitución reconoce el acceso a todas ellas.

9.3.- Desde la jurisprudencia de la CIDH

²¹³ SALAZAR GALLEGOS, Max. En: “La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo”. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005, pp. 459-460.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Gonzales Lluy vs Ecuador*, emitida el uno de setiembre de dos mil quince, dejó claro que: “234. (...) Asimismo, dicho derecho se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, y que “[l]a educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos” (subrayado agregado).

9.4.- Desde la perspectiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), en la Observación General N° 13, E/C.12/1999/10, del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, párrafo 1, señaló que: “6. Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas:

a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos [...]; *ii) Accesibilidad material.* La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia); *iii) Accesibilidad económica.* La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c) Aceptabilidad. *La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres;* este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza [...].

d) Adaptabilidad. *La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”* (subrayado y resaltado agregado).

9.5.- Desde la perspectiva del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Observación General N°35, CEDAW/C/GC/35, del veintisésis de julio de dos mil diecisiete, párrafo 30, expuso lo siguiente “30. *El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas preventivas: (...) b) Formular y aplicar medidas eficaces, con la participación activa de todas las partes interesadas, como representantes de organizaciones de mujeres y de grupos marginados de mujeres y niñas, para abordar y erradicar los estereotipos, los prejuicios, las costumbres y las prácticas establecidas en el artículo 5 de la Convención, que consienten o promueven la violencia por razón de género contra la mujer y sustentan la desigualdad estructural entre la mujer y el hombre.* Tales medidas deberían incluir lo siguiente: **i) La integración de contenidos sobre la igualdad de género en los planes de estudios a todos los niveles de la enseñanza**, tanto públicos como privados, desde la primera infancia, y en los programas de educación con un enfoque basado en los derechos humanos. *El contenido debería centrarse en los papeles estereotipados asignados a cada género y promover los valores de la igualdad de género y la no discriminación, en particular la masculinidad no violenta, y garantizar una educación sexual integral para niñas y niños, apropiada en función de la edad, con base empírica y científicamente exacta (...)*” (subrayado y resaltado agregado).

De otro lado, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Observación General N°36, CEDAW/C/GC/36, del veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete, párrafo 9, expuso lo siguiente: “9. La educación, como derecho humano, favorece el disfrute de otros derechos humanos y libertades fundamentales, aporta considerables beneficios en materia de desarrollo, facilita la igualdad de género y promueve la paz. Además, reduce la pobreza, impulsa el crecimiento económico y aumenta los ingresos, brinda más posibilidades de tener una vida sana, reduce el matrimonio infantil y la mortalidad materna y proporciona a las personas las

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

herramientas que precisan para combatir las enfermedades” (subrayado y resaltado agregado).

9.6.- Desde la jurisprudencia del TC

El Tribunal Constitucional, en el sexto fundamento de la sentencia emitida en el Expediente N° 0091-2005-PA/TC, sostuvo que: “La educación es un derecho fundamental intrínseco y un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, y permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades. Cabe acotar que la educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Es a través de este derecho que se garantiza la formación de la persona en libertad y con amplitud de pensamiento, para gozar de una existencia humana plena, es decir, con posibilidades ciertas de desarrollo de las cualidades personales y de participación directa en la vida social. (...)” (subrayado y resaltado agregado).

Por otro lado, en el décimo primer considerando de la sentencia emitida en el Expediente 04232-2004-PA/TC, señaló que: “Asimismo, si bien mediante el derecho fundamental a la educación se garantiza a toda persona el interés jurídicamente protegido de recibir una formación que tiene por finalidad lograr su desarrollo integral y la promoción del conocimiento, entre otras, también se impone a toda persona el deber de cumplir con aquel conjunto de obligaciones académicas y administrativas establecidas por los órganos competentes. De otro lado, la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana” (subrayado y resaltado agregado).

DÉCIMO: EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

10.1.- Desde los instrumentos internacionales

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 26 prescribe: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (subrayado y resaltado agregado).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el inciso 1 del artículo 2, contempla lo siguiente: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (subrayado y resaltado agregado).

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

10.2.- Visión doctrinaria

El principio de que los derechos humanos deben alcanzarse progresivamente significa que los gobiernos tienen la obligación inmediata de asegurar las condiciones que permitan gradual y constantemente la plena realización de estos derechos, al ser los derechos humanos inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre será posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Lo importante es que un derecho sea inherente a la persona, no por el hecho de estar establecido en la Constitución, ya que los derechos humanos, deben ser considerados como inviolables y, que por la fuerza de la dignidad humana deben ser objeto de protección y garantía por el Estado²¹⁴.

Sobre el principio de progresividad, se dice que es un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al sólo poder aumentar, progresan gradualmente. Es importante notar que la naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique²¹⁵. Asimismo, se dice que el principio de progresividad debe pensarse siempre acompañado de al menos tres principios más de aplicación de los derechos humanos: **la identificación de los elementos mínimos de cada derecho** (ya sea a través del mecanismo de los mínimos esenciales o por medio de los límites razonables del derecho); **la prohibición de aplicaciones regresivas del derecho, y el**

²¹⁴ PICARD DE ORSINI, Marien y USECHE, Judith. “*El principio de progresividad y la actuación de los órganos del Poder Público conforme a la Constitución vigente*”. Extraído de: <https://www.redalyc.org/html/555/55509914/>.

²¹⁵ MANCILLA CASTRO, Roberto Gustavo. “*El Principio de Progresividad en el Ordenamiento Constitucional Mexicano*”. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Número 33. Julio – Diciembre 2015. p. 3. Extraído de: <http://tareasjuridicas.com/2017/02/19/que-es-el-principio-de-progresividad/>.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

máximo uso de recursos disponibles. Sin estos tres principios, la progresividad es simplemente inconcebible²¹⁶.

10.3.- Desde la jurisprudencia de la CIDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, emitida el veintiocho de febrero de dos mil tres, dejó claro que: “147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente” (subrayado agregado).

En el caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia emitida el ocho de setiembre de dos mil cinco, expuso que: “(...) Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria

²¹⁶ VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”. Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual de instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 3. Extraído de: <http://tareasjuridicas.com/2017/02/19/que-es-el-principio-de-progresividad/>.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual” (subrayado agregado).

DÉCIMO PRIMERO: EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

11.1.- Desde la ley peruana y de los instrumentos internacionales

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el inciso 1 del artículo 3, señala que: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*” (subrayado agregado).

La Declaración de los Derechos del Niño, en su principio 2, contempla lo siguiente: “*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño*” (subrayado agregado), mientras que en el principio 7 señala que: “*El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres. (...)”* (subrayado y resaltado agregado)

Por su parte, en el Manual Autoformativo en Acceso a la Justicia y Derechos de la Niñez y Adolescencia en Centroamérica del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el punto 1.3 referido a la doctrina de la protección

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

integral: derecho como equilibrio de las relaciones de poder, se ha señalado que: “*Se ha dicho que con la entrada en vigencia de la Convención se introduce una nueva visión de la infancia y, en consecuencia, de sus relaciones con los/as adultos y con el Estado. Esta perspectiva es la que se ha denominado como “doctrina de la protección integral”, la cual pretende, bajo la consideración de persona de los/as niños/as y adolescentes, instaurar un sistema que sea respetuoso de sus derechos, pero también de su diversidad.* (...) *Parte de la asunción de que la “doctrina de la protección integral” implica la determinación de límites para los demás, que se originan en el respeto de los derechos, sea por el cumplimiento de los deberes correlativos que ellos generan, lo cual, a su vez, conlleva la disminución de los niveles de discrecionalidad en quienes, de una u otra manera, deben tomar decisiones que puedan afectar tales derechos*” (subrayado agregado).

En nuestro país, el Código de los Niños y Adolescentes, en el artículo IX de su Título Preliminar, señala que: “*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*” (subrayado agregado).

La Ley N°30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, prescribe que: “*El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos*” (subrayado agregado).

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

11.2.- Visión doctrinaria

Para Aguilar Cavallo²¹⁷, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños. En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio de interés superior del niño es, justamente que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad, este principio solo exige tomar en cuenta o en consideración del niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derecho que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.

11.3.- Desde la jurisprudencia de la CIDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Bulacio vs Argentina*, emitida el dieciocho de setiembre de dos mil tres, manifestó lo siguiente: “134. Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (subrayado agregado).

11.4.- Desde la perspectiva del Comité de los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 14, CRC/C/GC/14, del veintinueve de mayo de dos mil trece, párrafo 6, detalló lo siguiente: “6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

²¹⁷ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 229-230. Extraído de: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

a) **Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos" (subrayado y resaltado agregado).

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

DÉCIMO SEGUNDO: SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIAS

12.1.- Cuestiones previas – Delimitación del análisis

En el apartado II denominado Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso del Currículo Nacional de la Educación Básica, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, publicada en el diario oficial “El Peruano”, el tres de junio de dos mil dieciséis, se observan los siguientes enfoques: 1) el enfoque de derechos, 2) el enfoque inclusivo o de atención a la diversidad, 3) el enfoque intercultural, 4) el enfoque de igualdad de género, 5) el enfoque ambiental, 6) el enfoque de orientación al bien común y 7) el enfoque búsqueda de la excelencia.

En el presente proceso, se pone en controversia un aspecto del punto 4 llamado **Enfoque de Igualdad de Género**, del apartado II denominado Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso del Currículo Nacional de la Educación Básica, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, que señala expresamente lo siguiente: “*Todas las personas, independientemente de su identidad de género, tiene el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente. La Igualdad de Género se refiere a la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones. En una situación de igualdad real, los derechos, deberes y oportunidades de las personas no dependen de su identidad de género, y por lo tanto, todos tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos, así como para ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, contribuyendo al desarrollo social y beneficiándose de sus resultados. Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones. Si bien las relaciones de género históricamente han perjudicado en mayor medida a las mujeres, también existen dimensiones donde perjudican a los varones. En general, como país,*

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

si tenemos desigualdades de género, no podemos hablar de un desarrollo sostenible y democrático pleno.

TRATAMIENTO DEL ENFOQUE DE GÉNERO

Valores	Actitudes que suponen	Se demuestra, por ejemplo, cuando:
Igualdad y Dignidad	<i>Reconocimiento al valor inherente de cada persona, por encima de cualquier diferencia de género.</i>	<ul style="list-style-type: none">• Docentes y estudiantes no hacen distinciones discriminatorias entre varones y mujeres• Estudiantes varones y mujeres tienen las mismas responsabilidades en el cuidado de los espacios educativos que utilizan.
Justicia	<i>Disposición a actuar de modo que se dé a cada quien lo que le corresponde, en especial a quienes se ven perjudicados por las desigualdades de género</i>	<ul style="list-style-type: none">• Docentes y directivos fomentan la asistencia de las estudiantes que se encuentran embarazadas o que son madres o padres de familia.• Docentes y directivos fomentan una valoración sana y respetuosa del cuerpo e integridad de las personas; en especial, se previene y atiende adecuadamente las posibles situaciones de violencia sexual (Ejemplo: tocamientos indebidos, acoso, etc.)

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Empatía Transformar las diferentes situaciones de desigualdad de género, evitando el reforzamiento de estereotipos.

Estudiantes y docentes analizan los prejuicios entre géneros. Por ejemplo, que las mujeres limpian mejor, que los hombres no son sensibles, que las mujeres tienen menor capacidad que los varones para el aprendizaje de las matemáticas y ciencias, que los varones tienen menor capacidad que las mujeres para desarrollar aprendizajes en el área de Comunicación, que las mujeres son más débiles, que los varones son más irresponsables” (subrayado agregado).

Como podemos observar, el cuestionamiento gira en torno al referido Enfoque de Igualdad de Género como uno de los Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso del Currículo Nacional de la Educación Básica aplicable para el años dos mil diecisiete. Siendo así, consideramos pertinente desarrollar un análisis exhaustivo de todo lo que implica el Enfoque de Igualdad de Género desde la perspectiva de lo consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – “Protocolo de San Salvador”, el Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos el Niño, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer - “Convención de Belem do Para”, la Constitución Política del Perú, leyes ordinarias; así como desde

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

los diversos criterios expuestos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Tribunal Constitucional peruano (TC).

12.2.- Sexo, género e identidad de género para la CIDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, empleando diversas opiniones debidamente citadas, en la Opinión Consultiva OC – 24/17, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, ha señalado que:

“32. (...) la Corte recuerda que los siguientes conceptos, tomados de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional:

a) Sexo: En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer. En ese sentido, puesto que este término únicamente establece subdivisiones entre hombres y mujeres, no reconoce la existencia de otras categorías que no encajan dentro del binario mujer/hombre. (...)

e) Género: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

f) Identidad de Género: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos” (subrayado y resaltado agregado).

12.3.- Sexo y género

Corresponde tener presente que **sexo**, es el conjunto de características físicas, biológicas, anatómicas y fisiológicas que definen como varón o mujer a los seres humanos. El sexo está determinado por la naturaleza²¹⁸.

Asimismo, se dice que es una etiqueta usualmente dada primero por un médico basado en los genes, hormonas y partes del cuerpo (como los genitales) con las que se nace. Se incluye en el certificado de nacimiento y describe el cuerpo como femenino o masculino²¹⁹. En resumen, el sexo no es más que el grupo de características de índole biológico o somático que permiten otorgarle la condición de varón o mujer a una persona al nacer, por lo que en mérito a dichos rasgos, se le considera como masculino o femenino.

Por su parte, el **género** es un elemento constitutivo de las relaciones sociales, las cuales se expresan como relaciones de poder que se dan entre hombres y mujeres. Permite explicar las desigualdades jerarquizadas que existen entre mujeres y hombres, el cual denota un problema social que

²¹⁸ Artículo: “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas. Perspectiva de Género”. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Argentina, mayo del 2017. p. 12. Extraído de: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1_PerspectivaGenero_WEB.pdf.

²¹⁹ Todo sobre Sexo, Género e Identidad de Género. Extraído de: <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/para-adolescentes/todo-sobre-sexo-genero-e-identidad-de-genero>.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

involucra a cada individuo, así como a las relaciones entre ellos y el sistema del que forman parte²²⁰. El género es algo dinámico, que se expresa mediante las acciones, la conducta. Esto significa que no puede ser conocido de un modo fiel realizando mediciones objetivas, dado que depende de una perspectiva aportada por el lenguaje. El género es, hasta cierto punto, un fenómeno psicológico y simbólico²²¹. El género se refiere a la construcción histórica, psicosocial y cultural de atributos, roles y papeles aprendidos por mujeres u hombres²²².

La Corte Constitucional de Colombia, en la **Sentencia C-862 del veinticinco de octubre del dos mil doce**, tuvo a bien considerar que: “*El concepto género es una creación social que frecuentemente se contrasta con el término “sexo”, que se refiere más bien, a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, en este sentido, resulta erróneo identificar o asimilar la palabra género con sexo. El género es una noción explicativa de las relaciones entre los seres humanos más amplia, mientras que la segunda categoría, da cuenta exclusivamente a las diferencias biológicas y fisiológicas entre mujeres y hombres. Asimismo, género no es igual a “mujer” o a “hombre”, pues engloba también los roles socio-culturales que se asignan a cada uno de los sexos en la sociedad por el hecho de nacer con atributos femeninos o masculinos*” (subrayado agregado).

El **género** es un concepto relacional que se refiere a identidades, roles y relaciones entre hombres y mujeres tal como se han instituido socialmente.

²²⁰ MEENTZEN, Ángela y RUIZ BRAVO, Patricia citadas en: “Pensando en género: Marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género”, Comisión de Justicia de Género en el Poder Judicial, Fondo Editorial del Poder Judicial, primera edición, setiembre del 2018. p. 13.

²²¹ Las 5 diferencias entre sexo y género: Estos conceptos suelen usarse para distinguir entre hombres y mujeres, pero pueden crear confusión. Extraído de: <https://psicologiamujer.com/psicologia/diferencias-sexo-genero>.

²²² Extraído de: “Pensando en género: Marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género”, Comisión de Justicia de Género en el Poder Judicial, Fondo Editorial del Poder Judicial, primera edición, setiembre del 2018. p. 15.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

En cambio, el sexo (entendido usualmente como concepto binario) alude a las características biológicas de hombres y mujeres, tales como las diferencias fisiológicas, inmunológicas, genéticas y hormonales. Si bien el sexo y el género a menudo se usan en forma indistinta, son en realidad dos términos diferenciados. El sexo se determina biológicamente y no conlleva implicaciones sobre cómo se percibe a la persona en la sociedad, mientras que el género es multidimensional, y se refiere al sexo en determinado contexto (social). Incluye roles e identidades de género, y la manera en que se definen, perciben y viven²²³.

Como es lógico existe una relación entre sexo y género, por lo que, para situarnos mejor en el tema puede resultar útil exponer, de manera tipográfica, los modelos de conexión entre sexo y género, que se han sucedido a lo largo de la historia. La relación entre las categorías de sexo y género que nos permiten distinguir, al menos, cinco modelos de relación varón-mujer: el de la subordinación, los primeros movimientos por la igualdad, la evolución hacia el modelo igualitarista, el pensamiento de la diferencia y el modelo de la igualdad en la diferencia que, como ya se ha indicado, puede ser también denominado de la corresponsabilidad, reciprocidad o complementariedad²²⁴.

El primer modelo, el de la subordinación, se caracteriza por la desigualdad entre varón y mujer, al confundir, como ya se ha indicado, diferencia con inferioridad. Además, se entiende que el sexo biológico determina el género, es decir, las funciones o roles, que la persona debe desempeñar en la sociedad. Por otro lado, esta se presenta dividida en dos

²²³ ¿Qué es un enfoque de género? Una guía producida por la Iniciativa alemana BACKUP. Extraído de: <https://www.giz.de/fachexpertise/downloads/giz2013-es-backup-gender-guidelines.pdf>.

²²⁴ Elósegui, 2011 citado por APARISI MIRALLES, Ángela. “Género y persona. Del posfeminismo de género al modelo de igualdad en la diferencia” en: Género y Justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Colección Derecho & Sociedad, Lima – Perú. p. 30.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

espacios: el público y el privado, teniendo primacía el primero sobre el segundo. La actividad de la mujer se limita al espacio privado, fundamentalmente a la crianza de los hijos y a las labores domésticas. Al varón le corresponde la actividad pública: la política, la economía, la cultura, la guerra, etc²²⁵.

En líneas generales, **es viable concluir que sexo y género no son términos que guardan el mismo significado**; el primero, se relaciona más que todo con lo anatómico, es decir con la configuración del cuerpo humano, mientras que el segundo, se orienta en mejor medida a lo social y cultural, esto es, a regular las conductas y vínculos entre varones y mujeres. Justamente en esas relaciones interpersonales, es que salta a la vista esa sensación de superioridad de lo masculino sobre lo femenino, un sometimiento que aún persiste en ciertos sectores de la población mundial, una realidad que consideramos reprochable por donde la miremos.

12.4.- Igualdad de género

Por su parte, la **igualdad de género** significa que todos los seres humanos son libres de desarrollar sus habilidades personales y tomar decisiones sin verse restringidos por estereotipos, prejuicios y roles de género rígidos. No debería existir la discriminación basada en el género para la asignación de recursos o beneficios, o para el acceso y el uso de servicios. También significa que las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de hombres y mujeres deben considerarse, valorarse y apoyarse en igual forma. La igualdad de género se mide en términos de la igualdad de oportunidades²²⁶. Vale precisar que promover la igualdad entre mujeres y

²²⁵ APARISI MIRALLES, Ángela. “Género y persona. Del posfeminismo de género al modelo de igualdad en la diferencia” en: Género y Justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Colección Derecho & Sociedad, Lima – Perú. p. 30.

²²⁶ ¿Qué es un enfoque de género? Una guía producida por la Iniciativa alemana BACKUP. Extraído de: <https://www.giz.de/fachexpertise/downloads/giz2013-es-backup-gender-guidelines.pdf>.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

hombres no significa hacer de ellos algo idéntico, sino más bien, equivalente, es decir, significa otorgarles igual valoración. Promover la igualdad de género implica, por tanto, acabar con las discriminaciones basadas en el sexo, otorgando el mismo valor, los mismos derechos y las mismas oportunidades a mujeres y hombres en una sociedad determinada²²⁷.

Una muestra de que en el Perú no existe igualdad de género y de que se mantiene el pensamiento de superioridad del varón es la violencia contra la mujer; estadísticamente²²⁸ se ha podido determinar que, en el año dos mil dieciséis se reportaron 258 casos de tentativa de feminicidio y 124 casos de feminicidio haciendo un total de 382 casos; en el año dos mil diecisiete se reportaron 247 casos de tentativa de feminicidio y 121 casos de feminicidio haciendo un total de 368 casos; en el año dos mil dieciocho se reportaron 304 casos de tentativa de feminicidio y 149 casos de feminicidio haciendo un total de 453 casos y en lo que va del año dos mil diecinueve (enero y febrero) ya han reportado 70 casos de tentativa de feminicidio y más de 30 casos de feminicidio, cifras que, obviamente no pasan desapercibidas y que causan conmoción social.

A modo de complemento y a propósito del caso que nos ocupa, es importante traer a colación que también coexiste en la realidad peruana la violencia contra niñas y niños en etapa escolar. Esto, se puede observar en el número de casos reportados en el SíseVe²²⁹ a Nivel Nacional del Ministerio de Educación en el periodo que va desde el quince de setiembre de dos mil trece al veintiocho de febrero de dos mil diecinueve. Al respecto,

²²⁷ LÓPEZ MÉNDEZ, Irene. “*El enfoque de género en la intervención social*”. Extraído de: http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/2006_3_IS/BIBLIOTECA/MANUAL%20DE%20G%C9NERO.PDF.

²²⁸ Reportes Estadísticos de casos feminicidios y de tentativas de feminicidio atendidos por los Centros de Emergencia Mujer del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Extraídos de: <https://www.mimp.gob.pe/contigo/contenidos/pncontigo-articulos.php?codigo=33>

²²⁹ Plataforma SíseVe contra la Violencia Escolar del Ministerio de Educación.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

según datos estadísticos²³⁰ del referido lapso de tiempo, se reportaron 26,446 casos de violencia escolar, de los cuales 12,884 casos (49%) fueron dirigidos contra niñas y 13,562 casos (51%) fueron dirigidos contra niños; asimismo, se puso de conocimiento que 12,179 casos (46%) fueron ocasionados por personal de las instituciones educativas hacia los escolares y que 14,267 casos (54%) fueron ocasionados entre los mismos escolares.

La información vertida nos pone de manifiesto una situación alarmante, concurren altos índices de violencia hacia la mujer que en su mayoría de casos es provocada por varones, por lo que el Estado peruano, en estricta observancia del artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señala siguiente: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto*” (subrayado agregado), se encuentra en la obligación de promover un marco normativo y políticas públicas orientadas a cambiar esa realidad tan agresiva contra la mujer y asegurar que tanto varones como mujeres ejerzan con equidad sus derechos. En efecto, la violencia y el acoso contra la mujer es una forma de discriminación que no se puede tolerar en un Estado democrático y social de derecho.

En esta orientación, el Tribunal Constitucional en el octavo, noveno y décimo considerando de la reciente sentencia emitida el cinco de marzo de dos mil diecinueve en el Expediente N° 01479-2018-PA/TC, ha expuesto lo siguiente: “*8. A pesar de que el carácter normativo de la Constitución garantiza la eficacia de su aplicabilidad en tanto vincula a todos los poderes públicos y propicia un deber de respeto a su contenido por parte de todas las personas, una regulación constitucional y legislativa que se proponga tutelar los derechos de las mujeres y el respeto que ellas merecen como personas*

²³⁰ Número de Casos Reportados en el SíSeVe a Nivel Nacional (www.siseve.pe) del 15/09/2013 al 28/02/2019 del Ministerio de Educación. Extraído de: <http://www.siseve.pe/Seccion/Estadisticas>.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

iguales en dignidad no es suficiente; sobre todo cuando las desigualdades culturalmente concebidas contribuyen a la creación de problemas estructurales de relevancia constitucional, como lo es, por ejemplo, la violencia de género en el Perú y que, consecuentemente, ha colocado a las mujeres en una situación de especial vulnerabilidad que demanda una atención prioritaria, real y efectiva por parte del Estado (cfr. Sentencia 5121-2015-PA/TC). 9. La desaparición de las desigualdades es un desafío social y es un objetivo cuyo cumplimiento involucra principalmente al Estado, pero también a todos sus integrantes en conjunto. En ese sentido, la perspectiva de igualdad de género, entendido como una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (y también en el ámbito privado), ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque también constituye un instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tornen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria. 10. La perspectiva de igualdad de género es, pues, una nueva forma de análisis que evidencia cómo es que determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres, vale decir, un análisis con sensibilidad de género y motivado por lograr la equidad entre hombres y mujeres. Es esta definición conceptual la que explica por sí sola la necesidad de su incorporación en el ámbito institucional” (subrayado y resaltado agregado).

12.5.- Identidad de género

Por último, sobre la **identidad de género** podemos decir que, es el concepto que se tiene de uno mismo como ser sexual y de los sentimientos que esto conlleva; se relaciona con cómo vivimos y sentimos nuestro cuerpo desde la experiencia personal y cómo lo llevamos al ámbito público, es decir, con el resto de las personas. Se trata de la forma individual e interna de vivir el

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

género, la cual podría o no corresponder con el sexo con el que nacimos²³¹. También conocida como identidad genérica es la forma en cómo se identifica la persona, si como hombre o como mujer, la forma en que se reconoce a sí misma, basando su conducta y su forma de ser y pensar a ese género con el que se siente identificada, todo esto va indistintamente de su sexo, orientación sexual, edad, nivel socio-económico, etc. Es la conciencia de la persona de sentir pertenencia al sexo masculino o femenino. Una persona puede sentir una identidad de género distinta de sus características fisiológicas innatas²³².

En lo particular, nos queda claro que la identidad de género **pretende dejar en el libre albedrío de cada persona la forma de cómo se identifica frente a los demás fuera del sexo con el que vino al mundo;** no obstante, como es lógico, existe un sector de la sociedad que pone en tela de juicio a la identidad de género dada la concepción que implica en sentido estricto, esto, en mérito a algunas concepciones dirigidas a considerar que el varón se debe comportar como tal y la mujer de igual manera, postura que en muchas ocasiones ha conllevado a excesos que atentan contra los derechos humanos de las personas que defienden la identidad de género.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento noventa y uno de la sentencia del caso *Atala Rifo y niñas vs Chile*, emitida el veinticuatro de febrero de dos mil doce, señaló lo siguiente: “*Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a*

²³¹ ¿Qué es la identidad de género? Extraído de: <https://www.gob.mx/segob/articulos/que-es-la-identidad-de-genero>.

²³² Identidad de género. Extraído de: https://www.ecured.cu/Identidad_de_g%C3%A9nero.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

90), *la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual*" (subrayado y resaltado agregado).

De otro lado, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la reciente Opinión Consultiva OC – 24/17, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, señaló que: "95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). (...)" (subrayado y resaltado agregado).

En esa línea de ideas, la identidad de género conlleva a que la persona determine libremente cómo se siente y cómo desea mostrarse ante la

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

sociedad, esto, independientemente del sexo con el que nació. En ese escenario, es pertinente recordar que, en el afán de alcanzar esa manera de identificación, diversas personas, en algunas ocasiones, se someten a ciertos cambios en su cuerpo a través de intervenciones quirúrgicas que, como es de público conocimiento, vienen siendo llevadas a cabo en algunos establecimientos médicos a lo largo del mundo.

En la actualidad, existen diversos tipos de identidad de género debidamente reconocidos, estos son: lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero e intersexual, los cuales en conjunto dan origen al acrónimo LGTBI que, a su vez, ha permitido en el Perú y en diversos países del mundo, dar un nombre o denominación a diversos colectivos activistas que tienen como principal misión, proteger los derechos de la población LGTBI.

Es indudable que, bajo una concepción principista de respeto a los derechos fundamentales de toda persona, resulta completamente racional la postura planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que **las personas LGTBI merecen la protección de cada uno de sus derechos por el solo hecho de tener la condición de seres humanos, es decir, aquellos que asuman alguno de los tipos de identidad género antes mencionados no pueden ser sometidos a un trato discriminatorio ni a un maltrato físico o psicológico por la decisión que adoptaron, correspondiendo atribuirles únicamente las limitaciones que el resto de la población posee.**

La perspectiva antes expuesta, se fundamenta esencialmente en el principio de dignidad y en el derecho a la igualdad y no discriminación debidamente desarrollados legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente en el séptimo y octavo considerando del presente voto, respectivamente. Como ya hemos señalado anteriormente, las personas LGTBI deben ser tratadas bajo criterios de igualdad, ya que eso garantiza el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, resultando imperioso recordar que

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

la población LGTBI, antes que cualquier prejuicio social (mayormente sin fundamento), está conformada por seres humanos que merecen todas las facilidades para el libre y correcto ejercicio de sus prerrogativas.

En ese sentido, aunque no está estrictamente vinculado a lo que es materia de disquisición en el caso concreto que nos ocupa, es importante recalcar que el respeto hacia las personas LGTBI en específico y a sus derechos en general, es un avance significativo que tiene como uno de sus principales fundamentos al principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales, el cual ha sido descrito en el considerando décimo del presente voto. Con el referido principio, se garantiza que las personas LGTBI puedan gozar efectivamente de todos sus derechos, sin riesgo a ser discriminados o poner en peligro su integridad; asimismo, se asegura que cualquier retroceso en lo que se ha ido reconociendo y protegiendo a la población LGTBI quede totalmente descartado.

12.6.- Igualdad de género e identidad de género

Basándonos en lo detallado tanto en el considerando 12.4 como en el considerando 12.5 del presente voto, es viable afirmar que igualdad de género e identidad de género **no son lo mismo**, cada término posee un objetivo distinto y regula aspectos diferentes. El primero, apunta a desaparecer cualquier acto de discriminación hacia la mujer, procura otorgarle la misma valoración que al varón, por lo que se orienta a desechar las ideas retrógradas referidas a que el varón no puede (o no debe) asumir algunos roles que tradicionalmente se le asignan a la mujer y, viceversa, que las mujeres no están en la capacidad de desempeñarse en algunos rubros que, por un criterio machista y errado, se les ha conferido solo a los varones. El segundo, tiene como finalidad incentivar la aceptación de que las personas gozan de la libertad de identificarse como mejor les parezca muy aparte del sexo con el que nacieron sin que eso implique un trato humillante, es decir, si una persona se considerada lesbiana, gay, bisexual, travesti,

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

transexual, transgénero o intersexual no puede recibir un tratamiento vejatorio.

En lo que respecta a la **igualdad de género**, hoy en día se pueden observar en nuestro país grandes avances a nivel legislativo, como lo es, por ejemplo, la Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, en cuyo artículo 1 se estipula lo siguiente: “*La presente Ley tiene por objeto 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*” (subrayado agregado) y la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, en cuyo artículo 1 señala que: “Prohibir la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo. (...)” (subrayado agregado).

En cuanto a la **identidad de género**, también han surgido ciertos avances de gran trascendencia a nivel jurisprudencial, uno de ellos es lo vertido en el noveno fundamento de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06040-2015-PA/TC, en el que se expresa lo siguiente: “*En consecuencia, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la STC 0139-2013-PA*” (subrayado agregado).

Por último, debemos precisar que lo expuesto en este apartado, tiene como objetivo ratificar que igualdad de género e identidad de género son dos términos distintos, siendo dicha concepción de vital importancia para el caso

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

de autos, ya que producto de tal diferenciación podremos determinar cuál de ellas (igualdad de género o identidad de género) es la que contempla el enfoque contenido en el Currículo Nacional de Educación Básica aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, hoy objeto de cuestionamiento en el presente proceso de Acción Popular.

12.7.- Enfoque de género

El enfoque de género es una herramienta de análisis que nos permite identificar los estereotipos, roles, espacios y atributos apropiados para mujeres y hombres. Estos elementos constituyen mandatos que hemos aprendido a lo largo de nuestras vidas, que se han reafirmado por generaciones. Que los tenemos “inscriptos” y naturalizados en nuestro propio ser. Así, la perspectiva de género “(...) es útil para evidenciar cómo el Derecho también ha contribuido a reforzar el conjunto de características diferenciadas que cada sociedad asigna a las mujeres y a los hombres”²³³. La aplicación del enfoque de género impacta positivamente en la vida concreta de mujeres y hombres, y beneficia al conjunto de la sociedad, pues se orienta a superar los obstáculos, desigualdades y discriminaciones de vida más igualitarias que permitan el desarrollo, tanto de mujeres como de hombres, en igualdad de oportunidades y sin discriminación alguna²³⁴.

El enfoque de género es una forma de mirar la realidad identificando los roles y tareas que realizan los hombres y las mujeres en una sociedad, así como las asimetrías, relaciones de poder e inequidades que se producen entre ellos. Permite conocer y explicar las causas que producen esas asimetrías y desigualdades, y a formular medidas (políticas, mecanismos,

²³³ VILLANUEVA FLORES, Rocío citada en: “*Pensando en género: Marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género*”, Comisión de Justicia de Género en el Poder Judicial, Fondo Editorial del Poder Judicial, primera edición, setiembre del 2018. p. 33.

²³⁴ LAMAS, Marta citada en: “*Pensando en género: Marco conceptual para la administración de justicia con enfoque de género*”, Comisión de Justicia de Género en el Poder Judicial, Fondo Editorial del Poder Judicial, primera edición, setiembre del 2018. p. 42.

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

acciones afirmativas, normas, etc.) que contribuyan a superar las brechas sociales de género. El enfoque de género al observar de manera crítica las relaciones que las culturas y sociedades construyen entre hombres y mujeres, permite la formulación de planteamientos para modificar las relaciones de desigualdad, erradicar toda forma de violencia basada en género, asegurar a las mujeres su acceso a recursos y servicios de salud y educación, fortalecer su participación política y ciudadana, entre otros aspectos²³⁵.

Históricamente la diferencia en el acceso a derechos entre el género de hombre y mujer ha sido marcada fuertemente, desde el inicio de la vida social, económica y política a nivel mundial. Por ejemplo, en algunos países y hace algunos años, se le negaba los derechos a la mujer a ser escuchada, a opinar, o a elegir su papel en la familia o en la sociedad, pues existía una división de responsabilidades muy diferenciada; el hombre se dedicaba al trabajo y la mujer al cuidado de la casa y de la familia²³⁶.

No es secreto que en la actualidad los comerciales que publicitan alimentos insisten en mostrar mujeres en el supermercado, cocinando, lavando o planchando, modernizadas en su aspecto y siempre sonrientes y felices con el mismo mensaje que a mediados del siglo XX cuando se enaltecía a la “Reina del Hogar”. Las niñas jugando con su muñeca o aprendiendo a maquillarse “como mamá” son habituales en las tandas que se emiten en los canales infantiles. Y por último, aunque solo a modo de ejemplo, el cuidado de la familia siempre aparece como una responsabilidad exclusiva de una “madresposa” a decir de Marcela Lagarde. En ese contexto, la inclusión de conceptos como el de transversalidad de género (sinónimo de gender

²³⁵ Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. p. 40.

²³⁶ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos-COPREDEH. “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Versión comentada*”. Extraído de: <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marco-normativo/legal/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Politicos.pdf>.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

mainstreaming o enfoque integrado de género) es una práctica deseable para un periodismo responsable, como lo es también para el avance hacia la igualdad y la equidad real de quienes ejercen los poderes públicos de todas las áreas del Estado. La transversalidad de género es la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación de oportunidades a las políticas públicas entre las personas que conviven en una sociedad²³⁷.

Sobre el enfoque de género, la Ley N°30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, publicada el veintitrés de noviembre de dos mil quince, en el inciso 1 del artículo 4 señala: “*Los operadores, al aplicar la presente Ley, consideran los siguientes enfoques: 1. Enfoque de género: Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*” (subrayado y resaltado agregado).

Por su parte, el Reglamento de la Ley N° 30446, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, aprobado mediante Decreto Supremo N°002-2018-MIMP, en el literal d) de su artículo 4 prescribe: “*El presente Reglamento se rige por los siguientes enfoques que repercuten en el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente; los cuales son aplicados según el artículo 2 de la presente norma: d) Género: Identificar los roles y oportunidades que tienen las niñas, niños y adolescentes en la sociedad así como las asimetrías que*

²³⁷ Artículo: “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas. Perspectiva de Género”. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Argentina, mayo del 2017. pp. 10-11. Extraído de: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1_PerspectivaGenero_WEB.pdf.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

existen entre ellos, con el fin de lograr la igualdad en el ejercicio de sus derechos” (subrayado y resaltado agregado).

En ese sentido, consideramos que enfoque de género debe ser entendido como una manera de conocer los roles e inequidades que existen entre mujeres y varones en la colectividad; asimismo, **otorga la opción de plantear mecanismos o políticas orientadas a reforzar el valor de las mujeres en la sociedad, de erradicar cualquier discriminación en el ejercicio de sus derechos, de eliminar la ola de violencia física y psicológica (el acoso en el hogar, en el centro de trabajo y el acoso callejero), a las que vienen siendo sometidas, entre otros aspectos que se puedan ir presentando con el transcurrir del tiempo.** En definitiva, el enfoque de género significa un avance importante y necesario en pro de un trato igualitario para la mujer, que le permita a su vez, el libre desarrollo de su personalidad desde el ámbito que considere pertinente.

Finalmente, es importante tener presente que el enfoque de igualdad de género ha sido destacado recientemente por el Tribunal Constitucional en el décimo primer y décimo sexto considerando de su sentencia emitida en el Expediente N° 01479-2018-PA/TC, al haber señalado que: “11. Ahora bien, *la adopción de la perspectiva de igualdad de género en el ámbito institucional supone un proceso de cambio en la acostumbrada forma de ejercer la función y el servicio públicos, que propicia, a su vez, ajustes en las estructuras institucionales, así como la flexibilización en los procedimientos y prácticas rígidas diseñados para el funcionamiento estatal. De ahí que, por ejemplo, la adopción del enfoque de género en el ámbito de la administración de justicia supondría la creación de una jurisdicción y fiscalía especializadas, así como exigiría de un análisis con perspectiva de género presente en el razonamiento que sustenta las decisiones de jueces y fiscales al momento de impartir justicia y perseguir e investigar el delito. (...) 16. En tal sentido, resultará ocioso el esfuerzo que desde el ejecutivo, con su diseño de políticas públicas, y desde el legislativo, con el dictado de una*

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

regulación normativa especializada, se pueda hacer para combatir la discriminación contra las mujeres y la violencia de género si el poder que se encarga de administrar justicia y tutelar los derechos de las mujeres ejerce su función de espaldas a dicho objetivo constitucional y público. El sistema de administración de justicia también es un actor — probablemente el más importante— en la ejecución de la política pública de lucha contra la violencia de género y, por ello, el enfoque o perspectiva de género debe ser incorporado y practicado en el ejercicio de la función judicial y fiscal" (subrayado agregado).

DÉCIMO TERCERO: SOBRE EL CASO CONCRETO

13.1.- Enfoque de género en el Currículo Nacional de Educación Básica aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016- MINEDU

El punto 4 llamado **Enfoque de Igualdad de Género** del apartado II denominado Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso del Currículo Nacional de la Educación Básica, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, señala explícitamente que: "Todas las personas, independientemente de su identidad de género, tiene el mismo potencial para aprender y desarrollarse plenamente. La Igualdad de Género se refiere a la igual valoración de los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones. En una situación de igualdad real, los derechos, deberes y oportunidades de las personas no dependen de su identidad de género, y por lo tanto, todos tienen las mismas condiciones y posibilidades para ejercer sus derechos, así como para ampliar sus capacidades y oportunidades de desarrollo personal, contribuyendo al desarrollo social y beneficiándose de sus resultados. Si bien aquello que consideramos “femenino” o “masculino” se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones. Si bien las relaciones de género históricamente han perjudicado en mayor medida a las mujeres, también

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

existen dimensiones donde perjudican a los varones. ***En general, como país, si tenemos desigualdades de género, no podemos hablar de un desarrollo sostenible y democrático pleno***” (subrayado y resaltado agregado).

Atendiendo a todo lo expuesto en los considerandos 12.4, 12.5 y 12.6 del presente voto, resulta a todas luces que lo regulado en el punto 4 del apartado II denominado Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil de Egreso que forma parte integrante del Currículo Nacional de Educación Básica, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, es un enfoque de igualdad de género al señalar claramente que se pretende una igual valoración de sus capacidades, aspiraciones y necesidades de mujeres y varones y al mostrar la preocupación de que si tenemos desigualdades de género, no podemos hablar de un desarrollo sostenible y democrático pleno. Es más, y si quedara alguna duda, se señala expresamente que: “Si bien las relaciones de género históricamente han perjudicado en mayor medida a las mujeres, también existen dimensiones donde perjudican a los varones” (subrayado agregado). Por lo tanto, quedó excluido cualquier parecer de que lo que se pretende fomentar en los estudiantes de educación básica, a través del Currículo Nacional de Educación Básica, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, es un enfoque de identidad de género tal y como lo han dado a entender los demandantes en el séptimo fundamento de hecho y derecho de su demanda, al señalar que: “(...) Pero ahora se aprecia hacia donde apunta: lo que realmente implica el contexto que utiliza la palabra “género”, es hacia lo determinado por una nueva visión de la sexualidad, en donde además del género masculino y femenino, se quiere enseñar que hay otros géneros más”; en mérito a esto último, no nos queda duda que, la perspectiva de los actores, es una visión errada del verdadero significado del término enfoque de género.

Al haber quedado definido que, el Currículo Nacional de Educación Básica, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016- MINEDU, contempla un

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

enfoque de igualdad de género, podemos concluir que el referido planteamiento es una muestra de que el Estado peruano, a través del Ministerio de Educación, está dando cumplimiento a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La mujer (CEDAW), en cuyo literal a) del artículo 5, contempla que: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*” (subrayado y resaltado agregado) y en cuyo literal c) del artículo 10, prescribe que: “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza*” (subrayado y resaltado agregado).

Asimismo, debemos considerar que el enfoque de igualdad de género regulado en el Currículo Nacional de Educación Básica, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, es una forma importante de acatar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, también conocida como “Convención de Belem do Para”, en cuyo literal b) del artículo 8, señala lo siguiente: “*Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: b) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de*

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerbaban la violencia contra la mujer” (subrayado y resaltado agregado).

Por último, corresponde afirmar que lo dispuesto en el literal a) del artículo 5 y en el literal c) del artículo 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) así como lo consagrado en el literal b) del artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, también conocida como “Convención de Belem do Para”, se encuentra en la misma línea de orientación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 28, contempla lo siguiente: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho (...) 2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención” (subrayado agregado).

En resumen, el enfoque de igualdad de género contenido en el Currículo Nacional de Educación Básica, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU no tiene como finalidad promover la enseñanza de otros géneros distintos al masculino y femenino, sino antes bien, **desaparecer esas brechas que aún persisten entre varón y mujer en la sociedad y dar paso a una educación progresista basada en criterios de igualdad, tolerancia y no discriminación**, por lo tanto en el caso concreto, el Currículo Nacional de Educación Básica analizado, tiene como objetivo principal incentivar a que los alumnos (mujeres y varones) desde pequeños, aprendan que la mujer no es inferior al varón así como ir desterrando esa

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

concepción de que solo los varones pueden salir a trabajar y las mujeres deben quedarse haciendo los quehaceres del hogar y cuidando a los hijos, de que los varones no pueden vestir determinado color de ropa porque está reservado para las mujeres y viceversa, de que mamá está en la obligación de atender a papá con el desayuno, almuerzo, cena e incluso lavarle y plancharle la ropa, entre otros.

El enfoque de igualdad de género en la educación no significa sino la plasmación de los principios básicos del Estado Constitucional de Derecho, esto es, el respeto por la dignidad humana y el rechazo de toda forma de discriminación. Resulta vital que los ciudadanos del mañana sean educados bajo dichas concepciones.

13.2.- Sobre la participación de los padres de familia en el Currículo Nacional de Educación Básica

Al respecto, el artículo 13 de la Constitución Política del Perú, consagra lo siguiente: “(...) *Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo*” (subrayado agregado).

La Ley N°28044, Ley General de Educación, en el artículo 7 establece que: “El Proyecto Educativo Nacional es el conjunto de políticas que dan el marco estratégico a las decisiones que conducen al desarrollo de la educación. Se construye y desarrolla en el actuar conjunto del Estado y de la sociedad, a través del diálogo nacional, del consenso y de la concertación política, a efectos de garantizar su vigencia. Su formulación responde a la diversidad del país” (subrayado agregado) y en el inciso a) del artículo 22 prescribe lo siguiente: “La sociedad tiene el derecho y el deber de contribuir a la calidad y equidad de la educación. Ejerce plenamente este derecho y se convierte en sociedad educadora al desarrollar la cultura y los valores democráticos. A la sociedad, le corresponde: a) Participar en la definición y desarrollo de

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

políticas educativas en el ámbito nacional, regional y local” (subrayado agregado).

Por otro lado, la misma Ley N° 28044, Ley General de Educación, en el artículo 33 prescribe: “*El currículo de la Educación Básica es abierto, flexible, integrador y diversificado. Se sustenta en los principios y fines de la educación peruana. El Ministerio de Educación es responsable de diseñar los currículos básicos nacionales.* (...)” (subrayado agregado), mientras que en el artículo 34 se expone lo siguiente: “*El currículo es valorativo en tanto responde al desarrollo armonioso e integral del estudiante y a crear actitudes positivas de convivencia social, democratización de la sociedad y ejercicio responsable de la ciudadanía.* (...) *El proceso de formulación del currículo es participativo y se construye por la comunidad educativa y otros actores de la sociedad* (...)” (subrayado agregado).

Sobre el Consejo Nacional de Educación, el artículo 81 de la Ley N° 28044 prescribe lo siguiente: “*El Consejo Nacional de Educación es un órgano especializado, consultivo y autónomo del Ministerio de Educación.* Maneja su presupuesto. *Tiene como finalidad participar en la formulación, concertación, seguimiento y evaluación del Proyecto Educativo Nacional, las políticas y planes educativos de mediano y largo plazo y las políticas intersectoriales que contribuyen al desarrollo de la educación.* (...)” (subrayado y resaltado agregado).

El Reglamento de la Ley N° 28044, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-2012-ED, en el artículo 27 consagra que: “*El Currículo Nacional de la Educación Básica guarda coherencia con los fines y principios de la educación peruana, señalados en la Ley, el Proyecto Educativo Nacional y los objetivos de la Educación Básica. Es la base de la Política Pedagógica Nacional y es elaborado por el Ministerio de Educación.* (...) *Este currículo es flexible, permite adecuaciones que lo hacen más pertinente y eficaz para responder a las características, necesidades e intereses de los*

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

estudiantes. La construcción de este currículo es fruto de un proceso de consulta amplia con la comunidad educativa, las organizaciones sociales y comunales, otros agentes del Estado y la sociedad civil. (...) La aprobación o modificación se realiza sobre la base de un proceso de consulta y con opinión del Consejo Nacional de Educación, con el propósito de asegurar el logro de sus objetivos y mejorar la calidad educativa. El Currículo Nacional tiene una vigencia de cinco años” (subrayado agregado).

Doctrinariamente, la participación de los padres en el proceso educativo se da tanto en el hogar como en la institución a la cual se delegue tal función y su complementación. Los padres de familia no pueden interferir o imponer criterios, sino participar. La participación implica en primer lugar colaboración, luego opinión y después dirección. Los padres de familia eligen conforme a su criterio, y es propio asegurar que esa elección también es libre. Por lo tanto, se presume conformidad con la política de enseñanza de la institución, siempre y cuando se haya proporcionado de manera previa la información necesaria para elegir. Nuevamente, el Estado debe garantizar que el ciudadano pueda elegir a comodidad²³⁸.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento veintisiete de la sentencia emitida en el Expediente N° 02018-2015-PA/TC, señaló expresamente que: “Ahora bien, la participación de los padres en el proceso educativo de sus hijos no implica que los padres puedan reemplazar al Estado en sus funciones y competencias constitucionales, sino más bien que aquellos coadyuvan a este, desde su posición privilegiada y propia de la esfera familiar, a alcanzar el objetivo constitucionalmente valioso que ambos tienen en común, y que se refiere al desarrollo integral de los educandos” (subrayado y resaltado agregado) y en el fundamento catorce de la sentencia expedida en el Expediente N° 01643-2014-P A/TC, expuso que: “La participación institucional de los padres de familia, tutores y

²³⁸ SALAZAR GALLEGOS, M.: “Comentarios a la Constitución. Análisis artículo por artículo”. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005, p. 463.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

curadores en las escuelas públicas de educación básica, regular y especial se canaliza mediante las asociaciones de padres de familia, denominadas Apafas, cuyas funciones y prerrogativas están reguladas por Ley 28628” (subrayado y resaltado agregado).

En esa secuencia de ideas y en observancia a todo lo expuesto en el noveno considerando del presente voto, es correcto afirmar que la educación es un derecho y un servicio público fundamental para cualquier persona, debe ser disponible, accesible, aceptable y adaptable con el objetivo de alcanzar el pleno desarrollo de los educandos. **De la educación en sentido estricto, se desprende el derecho de los padres a intervenir en el proceso educativo de sus hijos; sin embargo, esta prerrogativa de ninguna forma implica que los padres de familia tengan la potestad de reemplazar las atribuciones que están reservadas por mandato constitucional y/o legal al Estado,** antes bien, deben encauzar su contribución a través de organizaciones colectivas que tengan legítima representatividad y con ello obtener aportes de forma ordenada y, sobre todo, de gran relevancia para la educación básica peruana, la misma que urge de innovaciones en diversos puntos; siendo uno de los más importantes, reforzar la igualdad de género que conlleve a instruir desde muy pequeños tanto a niñas como a niños que, cualquier criterio de superioridad o discriminación entre varones y mujeres debe quedar absolutamente suprimido, es decir, corresponde fomentar un trato igualitario y de respeto a los valores que corresponden a un sociedad democrática y social de derecho, tomando en consideración siempre el **interés superior del niño**, ampliamente desarrollado en el décimo primer considerando del presente voto. Dichos aportes pueden ser formulados por los padres sin perjuicio de que, ejercitando sus naturales funciones de educadores, orienten debidamente a sus hijos.

Tras la precisión indicada en el párrafo precedente; en primer lugar, corresponde dejar claro que en el caso de autos, la Resolución Ministerial N°

**ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA**

281-2016-MINEDU materia de cuestionamiento, aprobó el Currículo Nacional de Educación Básica mas no el Proyecto Educativo Nacional, por lo que **no existe forma de que se haya transgredido el artículo 7 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación** (que regula el Proyecto Educativo Nacional), al estar frente a dos instrumentos de gestión educativa con naturaleza y objetivos disímiles.

Así pues, **tampoco existe transgresión del inciso a) del artículo 22 de la Ley N° 28044**, pues si bien esta última norma contempla la opción de que la sociedad (incluye a los padres de familia) pueda participar en la definición y desarrollo de políticas educativas, esta injerencia no significa que puedan diseñar el contenido del Currículo Nacional de Educación Básica reemplazando al Ministerio de Educación (el Estado) que, por mandato del artículo 16 de la Constitución Política del Estado, los artículos 33 y 79 de la Ley N° 28044 así como del artículo 27 del Reglamento de la Ley N° 28044, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2012-ED, tiene la competencia de elaborar el contenido de los currículos nacionales para la educación básica peruana.

En ese sentido, es imperioso precisar que, los padres de familia están habilitados para participar en el proceso educativo desde otras tribunas distintas a la elaboración del contenido del Currículo Nacional de Educación Básica, tales como, las Asociaciones de Padres de Familia (APAFAS), reconocidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 01643-2014-PA/TC, en el artículo 4 de la Ley N° 28628, Ley que regula la participación de las asociaciones de padres de familia en las instituciones educativas públicas y, en el literal d)²³⁹ del artículo 72 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación.

²³⁹ **Artículo 72.- Las Instituciones Educativas Privadas.**- (...) En lo que les corresponda, son funciones de la Institución Educativa Privada las establecidas en el artículo 68. Sin perjuicio de ello: (...) d) Garantizan la participación de los padres de los alumnos a través de la Asociación de Padres de Familia, e individualmente, en el proceso educativo de sus hijos.

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

Otra manera de intervenir, es mediante un proceso consultivo ante el Consejo Nacional de Educación (CNE), lo cual para el caso del Currículo Nacional de Educación Básica, aprobado por la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU sí se dio, como se corrobora en el Oficio N° 032-2016-MINEDU/DM-CNE, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, obrante a fojas setecientos sesenta y tres; es más, en el sexto considerando de la aludida Resolución Ministerial se observa lo siguiente: “(...) remitieron al Despacho Viceministerial de Gestión Pedagógica el Informe Técnico N° 001-2016-MINEDU-VMGP-DIGBR-LVT-JLEA, el mismo que sustenta la necesidad de aprobar el Currículo Nacional de la Educación Básica, el cual es producto de un proceso de consulta amplia con la comunidad educativa, las organizaciones sociales y comunales, otros agentes del Estado y la sociedad civil, incluyendo en la Educación Básica Alternativa la participación de los estudiantes a través del Consejo de Participación de Estudiantes, entre los años 2012 y 2016; el mismo que ha recibido la opinión del Consejo Nacional de Educación a través del Oficio N° 032-2016-MINEDU/DM-CNE, conforme a lo dispuesto por el artículo 27 del Reglamento de la Ley General de Educación” (subrayado agregado).

El referido Oficio N° 032-2016-MINEDU/DM-CNE, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, debe ser contrastado con el comunicado del Consejo Nacional de Educación sobre la igualdad de género en el currículo nacional, obrante a fojas setecientos sesenta y siete, en el que claramente expuso lo siguiente: “(...) Sobre el particular, tomando en cuenta la gran cantidad de estudios sobre las diversas formas de discriminación y falta de oportunidades de muchos peruanos y peruanas a lo largo de su historia, es opinión del Consejo Nacional de Educación que el enfoque de igualdad de género debe ser mantenido como un elemento transversal en el Currículo Nacional. (...)” (subrayado y resaltado agregado), por lo que no existe infracción al derecho de los padres de familia a participar en el proceso educativo de sus hijos; en consecuencia, en mérito a todo lo antes expuesto,

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

los agravios de los señores Francisco Javier Pacheco Manga, Hernán César Canales Uzátegui, Rodolfo Martín Cotrina Barrantes, José Francisco Estrada Cotrina, Ninoska Violeta Valladares Peña y Giuliana Calambrogio Correa deben ser **desestimados** mientras que los agravios formulados por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos merecen ser **estimados**.

A modo conclusión, debemos aseverar que la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, de fecha dos de junio de dos mil dieciséis, pero publicada en el diario oficial “El Peruano” el tres de junio de dos mil dieciséis, aprobó el Currículo Nacional de la Educación Básica y dispuso que la correspondiente implementación sea a partir de uno de enero de dos mil diecisiete, en todas las instituciones y programas educativos públicos y privados de la Educación Básica, no posee inconstitucionalidad o ilegalidad alguna, por lo que corresponde revocar la sentencia de primera instancia que declaró fundada en parte la demanda; y, reformándola declarar infundada la demanda en todos sus extremos en virtud del aforismo jurídico que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

IV.- DECISIÓN:

Por tales consideraciones: **MI VOTO** es porque se **REVOQUE** la sentencia de primera instancia, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró **fundada en parte** la demanda de Acción Popular; en consecuencia, **nula** la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año dos mil diecisiete, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II – Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egresado, en la parte que se consigna: “*Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones*

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones”, por vulnerar los artículos 7 y 22 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, exhortándose al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la Sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación; con costos del proceso; y, **REFORMÁNDOLA** se declare **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos, **sin costos**; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano” conforme a ley; en los seguidos por Giuliana Calambrogio Correa de Balmaceda y otros contra el Ministerio de Educación y otros, sobre Proceso de Acción Popular; y los devolvieron.- **Señor Juez Supremo: Toledo Toribio.**

S.S.

TOLEDO TORIBIO

Bjsm/spa

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N° 23822 – 2017
LIMA

Lima, primero de abril de dos mil diecinueve.

VISTOS; con la razón de Relatoría que antecede; y **CONSIDERANDO:** que los **Jueces Supremos señores WONG ABAD, BUSTAMANTE ZEGARRA y MARTÍNEZ MARAVI** votaron porque se **REVOQUE** la sentencia de primera instancia, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró **fundada en parte** la demanda de Acción Popular; en consecuencia, **nula** la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II – Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egresado, en la parte que se consigna: “*Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, por vulnerar los artículo 7 y 22 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, exhortándose al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación, con costos del proceso; y, **REFORMÁNDOLA** se declare **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos, **sin costos**. Que, llamado al señor **Omar Toledo Toribio** para dirimir la discordia, se adhirió al voto de los mencionados Jueces Supremos. Por tanto, se han obtenido cuatro votos conformes para formar resolución, acorde a lo establecido por el artículo ciento cuarenta y uno primer párrafo del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, la votación final resuelve, por mayoría:

REVOCAR la sentencia apelada de primera instancia, de fecha trece de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y dos, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró **fundada en parte** la demanda de Acción Popular; en

ACCIÓN POPULAR
EXPEDIENTE N°23822 – 2017
LIMA

consecuencia, **nula** la Resolución Ministerial N° 281-2016-MINEDU, solamente en el extremo que aprueba el Currículo Nacional de la Educación Básica para el año 2017, respecto al Enfoque de Igualdad de Género, contenido en el acápite II – Enfoques Transversales para el Desarrollo del Perfil del Egresado, en la parte que se consigna: “*Si bien que aquello que consideramos femenino o masculino se basa en una diferencia biológica sexual, estas son nociones que vamos construyendo día a día, en nuestras interacciones*”, por vulnerar los artículo 7 y 22 de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, exhortándose al Ministerio de Educación para que promueva y/o implemente un mecanismo específico, democrático, deliberativo, transparente y efectivo, para que la sociedad y los Padres de Familia participen bajo las diversas modalidades en la formulación de las políticas públicas en educación, con costos del proceso; y, **REFORMÁNDOLA** Declararon **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos, **sin costos**; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano” conforme a ley; en los seguidos por Francisco Javier Pacheco Manga y otros, contra el Ministerio de Educación y otros, sobre Proceso de Acción Popular; y los devolvieron.-

S.S.

BUSTAMANTE ZEGARRA