

INFORME JURIDICO¹

LA PRIVATIZACIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS CONTRATOS DE SEGURIDAD PRIVADA ENTRE EMPRESAS MINERAS Y LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

Juan Carlos Ruiz Molleda
Álvaro Másquez Salvador

I. INTRODUCCION

La tesis central de este informe es que los Convenios actuales de *servicios extraordinarios complementarios* (en adelante, «los convenios) celebrados entre las empresas mineras y petroleras y la Policía Nacional del Perú (en adelante, «la Policía Nacional» o la «PNP»), lesionan y resultan incompatibles con un conjunto de derechos, principios y bienes jurídico contenidos en la Constitución Política. La cobertura normativa de estos convenios son el artículo 49, inciso 5 de la *Ley de la Policía Nacional del Perú*, aprobada por Decreto Legislativo N.º 1148, y el Decreto Supremo N° 004-2009-IN, que aprobó el *Reglamento de prestación de servicios extraordinarios complementarios a la función policial –normas que regulan los convenios de prestación de servicios extraordinarios complementarias a la función policial–*.

Estos convenios son inconstitucionales en primer lugar, porque al distraer recursos humanos y logísticos de la PNP, afectan, limitan y menoscaban la protección del orden interno y la seguridad pública de la población en general. Nos referimos a las personas que sin oponerse o cuestionar estos proyectos mineros, viven en las zonas de influencia de los proyectos mineros, cuyas empresas han firmado convenios con la Policía Nacional del Perú, y consideran que estos convenios afectan, limitan o menoscaban la protección del orden interno y la seguridad pública de las localidades donde viven.

En segundo lugar, estos convenios afectan de manera más intensa y grave a aquellas personas o a aquel grupo social que se oponen o han cuestionado los proyectos extractivos, fundamentalmente los proyectos mineros, pudiendo realizar actos de protesta abiertos y públicos. Estos cuestionamientos son porque estos proyectos violan derechos de los pueblos indígenas -como por ejemplo el derecho a la consulta previa cuando estos proyectos están en territorios de los mismos--, porque hay violación del medio ambiente o derechos conexos, o por otro tipo de razones como por ejemplo, por considerar insuficientes el canon, sobre canon, regalías o porque consideran que la población no se beneficia en forma adecuada o justa.

¹ Agradezco los comentarios siempre lúcidos de César Bazán Seminario, Isabel Urrutia Villanueva y Arturo Huaytalla Quispe del Área de Seguridad Ciudadana del Instituto de Defensa Legal.

En concreto, los convenios y las normas que los sustentan, vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación y constituyen una amenaza cierta e inminente al derecho constitucional difuso a la seguridad ciudadana² y a los derechos conexos a esta, como son el derecho a la vida, a la propiedad y a la libertad ambulatoria. Asimismo, se desnaturaliza la función policial, establecida en la Constitución Política, que debe ser imparcial y pensada en función de la protección de toda la población, y no al servicio de una empresa, lo cual resulta más preocupante aún, por el contexto de alta conflictividad social en las zonas donde existen estos convenios.

En tal sentido, los convenios y su aplicación en los lugares donde rigen, lesionan un conjunto de bienes jurídicos de relevancia constitucional –que limitan el ejercicio de la libertad contractual– con los que son incompatibles. En efecto, su aprobación y su aplicación constituyen un incumplimiento de la obligación del Estado de garantizar los derechos fundamentales de las personas y de protegerlas contra las amenazas a su seguridad, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 44 del texto de la Constitución Política. Estas afectaciones significan desconocer la cláusula del Estado social de Derecho, consagrada en el artículo 43 de la Constitución Política, el deber estatal de protección a los sectores que sufren cualquier exclusión, consagrado en el artículo 59 de la Constitución Política, y de la obligación estatal de remover todos los obstáculos legales y de cualquier otro tipo que impidan la vigencia efectiva de los derechos humanos, contenida en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, inclusive de la obligación del Estado de prevenir las violaciones de derechos humanos, reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (párrafo 164).

De igual manera, los convenios y las normas que los sustentan, vulneran el principio de jerarquía normativa contenido en los artículos 51 y 138 de la Constitución Política, pues mediante una ley y un reglamento se modifica tácitamente el artículo 166 del texto constitucional. De esta misma forma, se vulnera su artículo 60, conforme el principio de subsidiaridad, y de interdicción a la arbitrariedad, reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 00090-2004-AA/TC.

II. ANTECEDENTES

1. El “andamiaje normativo” de la privatización de la seguridad ciudadana³

La primera norma emitida en materia de servicios de seguridad privada fue el Decreto Supremo N.º 005-94-IN. Esta legalizó el sistema en el que se faculta a privados a ejercer funciones de seguridad que tradicionalmente solo asumían las fuerzas policiales. Posteriormente, en el año 2006, durante el

² Si bien en la Constitución no existe un derecho fundamental a la seguridad ciudadana, consideramos que hay suficiente base normativa en la propia Carta Política, para sustentar la existencia de un derecho a la seguridad ciudadana, de rango constitucional de configuración autónoma, tesis que sustentaremos en este trabajo. Como luego lo explicaremos, este derecho en opinión de los autores se desprende de la dimensión subjetiva del bien jurídico constitucional seguridad ciudadana, y de la obligación del Estado de protegerlo.

³ A fin de elaborar la argumentación en esta sección, hemos seguido lo desarrollado en el informe *Conflictos sociales y vulneración de derechos humanos en el Perú*, presentado por la CNDDHH, Fedepaz, Cejil y Grufides en la audiencia pública realizada el 11 de marzo de 2013 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington DC.

gobierno de Alejandro Toledo se introdujo una modificación del artículo 51 de la Ley de la Policía Nacional del Perú (Ley N.º 27238)⁴, autorizando por primera vez los *Servicios Extraordinarios complementarios* de la Policía Nacional, **los cuales no son más que servicios de seguridad privados que se ofrecen a favor de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, a cambio de una retribución económica**. La norma autoriza celebrar convenios legales con el representante de esta fuerza del orden⁵, contemplando además la posibilidad de que este servicio se realice no solo con personal que se encuentren de franco o de vacaciones, sino con efectivos que se hallen de servicio⁶.

Más adelante, en el año 2009, mediante el Decreto Supremo N° 004-2009-IN se expide el *Reglamento de Prestación de Servicios Extraordinarios Complementarios a la Función Policial*. En este se regula la facultad que tiene la Policía Nacional, como institución, de ofrecer servicios de seguridad vía contratos civiles de locación y convenios. En la norma se diferencian dos clases de *Servicios Extraordinarios Complementarios* (en adelante, «SEC»): los individuales y los institucionales. Los primeros están referidos a la autorización que la policía otorga a su personal a celebrar contratos de manera individual con privados, para ofrecerle servicios de seguridad a cambio de un pago (personal), durante los días que se encuentren de franco o vacaciones.

En cambio, la segunda forma está referida a los contratos celebrados por la institución policial con privados vía convenio. En esta modalidad, es la propia institución quien compromete el servicio, las condiciones y plazos, y por supuesto, reclama a cambio una retribución económica. Este tipo de servicio contempla dos tipos de pago: un porcentaje a favor de la institución, y otro a favor de cada policía que hayan intervenido en el servicio. Para esta forma de SEC, la institución compromete efectivos policiales que están de servicio público, contemplando incluso la posibilidad de disponer de la totalidad de miembros de una unidad o comisaría, dependiendo del requerimiento que se le realice, tal como se señala en el artículo 10.A de la norma.

⁴ La Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 27238, introduce todo lo referente a *Servicios Complementarios* de la Policía Nacional.

⁵ Art. 51.1: “El Director General de la Policía podrá celebrar o aprobar convenios con personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, así como entidades públicas en general, para la prestación de servicios extraordinarios complementarios a la función policial”.

⁶ Art. 51.2: “Los servicios extraordinarios que brinde la Policía Nacional del Perú vía los referidos convenios, podrán ser prestados con personal de la Policía Nacional del Perú que se encuentre de servicio, de franco o de vacaciones, quienes deberán recibir un pago adicional por dicho Servicio (...)”

Artículo 10º.- Modalidades del servicio extraordinario complementario a la función policial

Los servicios extraordinarios complementarios a la función policial se prestan bajo dos modalidades: Servicios Extraordinarios Complementarios Institucionales y Servicios Extraordinarios Complementarios Individualizados.

A. Servicios Extraordinarios Complementarios Institucionales

Son los servicios de custodia y/o seguridad que realiza el personal policial en establecimientos públicos o privados, así como a entidades públicas en general, empresas de

propiedad del Estado, instalaciones de servicios públicos privados, asociados o de propiedad estatal a nivel nacional y a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que requieran la prestación del servicio extraordinario complementario a la función policial.

Es responsabilidad del Director General de la Policía Nacional y de las autoridades policiales delegadas, cautelar que estos servicios se brinden previa acreditación por parte de los beneficiarios de los servicios, del seguro por responsabilidad por daños contra terceros y que cuenten con registro activo en la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT.

Requieren la suscripción de un Convenio, suscrito por el Director General de la Policía Nacional del Perú o las autoridades policiales delegadas.

Excepcionalmente, se podrá delegar para su firma a comandos de menor nivel, cuando sus sedes sean muy distantes de los comandos de las Direcciones Territoriales o Regionales.

El servicio se brinda con personal policial en servicio. De ser el caso se podrá convocar la participación del personal policial que se encuentre de vacaciones o franco que voluntariamente acepten participar.

Se presta con medios logísticos de unidades policiales determinadas por el comando Institucional, puede comprender a la totalidad o parte de sus efectivos, dado que por su naturaleza pueden exceder la capacidad operativa de la dependencia policial - Comisaría, de la respectiva jurisdicción.

Dichos servicios tienen un costo para el beneficiario del mismo que consiste en la contraprestación económica que éste debe abonar.

Los servicios Institucionales pueden brindarse en dos modalidades:

1) Servicios Extraordinarios Complementarios Institucionales Permanentes

Son servicios que se brindan de forma continuada por un período de tiempo acordado en el Convenio respectivo.

Estos servicios son ejecutados por unidades policiales que el comando institucional establezca sin excepción, comprometiendo a parte o la totalidad de sus efectivos, salvo los que se encuentran en goce de vacaciones o de franco para quienes la participación es voluntaria.

Le corresponde al Director General o a la autoridad delegada, la organización equitativa de la participación del personal policial, teniendo en cuenta los requerimientos del servicio a prestar.

2) Servicios Extraordinarios Complementarios Institucionales Eventuales

Son servicios que el personal policial realiza, por un período de una (01) hasta ocho (08) horas.

Implican la participación de una o más unidades policiales de distintas jurisdicciones, en apoyo a una dependencia que presenta insuficiencia de recursos para atender las demandas de un evento que se desarrolla en el área de su responsabilidad.

Finalmente, el 11 de diciembre del año 2012, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1148, norma mediante la cual se aprobó la *Ley de la Policía Nacional del Perú*. En esta, mediante su única disposición complementaria derogatoria, se deroga la Ley N° 27238. Esta norma, antes que acabar con estos convenios, los reconoce en el artículo 49, inciso 5, cuyo texto se reproduce a continuación:

«Artículo 49°.- Recursos

Son recursos de la Policía Nacional del Perú:

5) Los recursos que se generan por la prestación de servicios extraordinarios complementarios a la función policial, autorizados mediante la Resolución de la Dirección General [...]» [el resaltado es nuestro].

2. La celebración sistemática de convenios entre la Policía Nacional y empresas de industrias extractivas

De acuerdo con información remitida por la DIROES al Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp)⁷, a través del Informe N.° 02-2013-DIROES-Policía Nacional/EM-UNIPEP, las empresas extractivas con las que mantienen convenios son las siguientes:

⁷Idehpucp. *Diagnóstico Nacional sobre la Situación de la Seguridad y el Respeto a los Derechos Humanos. Referencia particular al sector extractivo en el Perú*. Lima, 2013, p. 49. Disponible en: <http://goo.gl/vPlmLN>. Según este cuadro no hay convenio, sin embargo por información de fuente confiables sabemos que en estos momentos sí hay convenio.

Relación de centros mineros que cuentan con servicio de la DIROES-DIVOES-PNP^{8/}

N°	Centro minero	Ubicación	Número de efectivos	Actividad extractiva	Naturaleza del servicio
1	Mina Marsa (Pataz)	Trujillo	14	Aurifera	Convenio
2	Mina Canarias	Ayacucho	12	Mineral	Convenio
3	Malvinas gas de Camisea	Cusco	50	Hidrocarburo	Convenio
4	Mina Poderosa (Pataz)	Trujillo	28	Mineral	Convenio
5	Mina Trompeteros	Iquitos	10	Hidrocarburo	Convenio
6	Mina Alto Chicama	Trujillo	20	Mineral	Convenio
7	Mina Huancala	Huancuzco	12	Mineral	Convenio
8	Mina Antamina	Huancuzco	20	Mineral	Convenio
9	Mina Andoas	Iquitos	10	Hidrocarburo	Convenio
10	Mina Chinalco	Junin	20	Mineral	Convenio
11	Minera Pierina	Ancoash	20	Mineral	Convenio
12	Minera La zarza	Cajamarca	20	Mineral	Convenio
13	Minera Pichanillo	Cusco	19	Hidrocarburo	Convenio
14	Minera Coimclache	Cajamarca	20	Mineral	Convenio
15	Minera Nuevo horizonte	La Libertad	20	Mineral	Convenio
16	Minera Gold Field	Cajamarca	19	Aurifera	Convenio
17	Minera Sulliden	Cajamarca	20	Aurifera	Convenio
18	Mina Conga	Cajamarca	51	Aurifera	Orden publica del Comando
19	Mina Con	Puno	20	Mineral	Convenio
20	Mina Mipaya (Malvinas)	Cusco	20	Hidrocarburo	Convenio
21	Mina Trompeteros (Ancoas)	Iquitos	20	Hidrocarburo	Convenio
22	Puerto Maldonado	Madre de Dios	20	Minería ilegal	Orden publica del Comando
TOTAL		10 regiones	485 efectivos		

A su vez, estas empresas otorgan beneficios económicos a la Policía Nacional y al Estado, según señala el cuadro expuesto a continuación^{8/}:

Cuadro de beneficios otorgados al personal PNP y Estado peruano vía convenio

Beneficiarios	Retribución económica
Para sub oficiales PNP	2.88 % UIT por día
Para oficiales PNP	4.24 % UIT por día
Para el Estado	0.88 % UIT por día
Póliza de seguros	Monto fijado
Muerte accidental	US \$ 20,000
Invalidez permanente	US \$ 20,000
Lesiones graves	US \$ 12,000
Lesiones leves	US \$ 5,000
Sepelio	US \$ 3,500
Traslado de heridos	US \$ 10,000

^{8/}Idehpucp, op. cit., p. 50

Como lo reconoce el informe final de la investigación realizada por el Idehpucp, las consecuencias de estos convenios son muy graves en términos de la deslegitimación, la confianza y la credibilidad de la Policía Nacional, lo cual resulta muy difícil de ser revertido:

tal vez la consecuencia negativa más grave de la modalidad de seguridad bajo convenios es la deslegitimación de la función policial y el incremento de la desconfianza de la población en sus autoridades. La figura del convenio tiende a identificar a la policía con la seguridad privada de la empresa, de manera que la población siente que la Policía Nacional no los protege adecuadamente cuando se produce alguna alteración del orden público que involucre a una empresa extractiva. Por medio del trabajo de campo realizado se corrobora que parte de la pérdida de legitimidad de la Policía Nacional frente a la población está en la identificación de esta con la empresa. A manera de ejemplo, en Cajamarca se señaló que la Policía Nacional utilizaba unidades de transporte de las empresas, para sus operativos. Esto genera la impresión de que el Estado no es un actor que tiene por deber hacer cumplir la ley, sino que lo ve como un aliado de la empresa⁹.

3. Análisis de las cláusulas del convenio suscrito entre la empresa Yanacocha y la Policía Nacional entre los años 2011 y 2012

No tenemos acceso al convenio actual celebrado entre la empresa y la Policía Nacional, no obstante, muy posiblemente es similar a los que fueron celebrados por las mismas partes en años anteriores, razón la cual analizaremos el convenio celebrado en el 2011 y que tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012. A continuación, expondremos las cláusulas cuestionadas.

El interés de la empresa Yanacocha como el de todas las demás empresas, se orienta a lograr la maximización de las ganancias económicas obtenidas por sus inversiones. No caben dudas de que se trata de un interés legítimo y que cuenta con respaldo constitucional (artículo 59). Sin embargo, a diferencia de una empresa de derecho privado, la Policía Nacional no busca lograr un interés privado, sino todo lo contrario: esta busca el interés público y el fomento, mediante acciones concretas, de la seguridad ciudadana. Así, si bien la cláusula 1.1 del convenio señala que este busca contribuir con la seguridad ciudadana de Cajamarca, resulta evidente que el fin real es garantizar la seguridad de la empresa—de sus instalaciones y su personal—, en consonancia con sus intereses.

1.1 MINERA YANACOCHA es una empresa dedicada al desarrollo de actividades mineras y que actualmente viene explotando su asiento minero ubicado en el departamento de Cajamarca, para lo cual requiere contar con el apoyo de la POLICÍA NACIONAL a efectos de prevenir la comisión de delitos o atentados que puedan perpetrarse contra su personal y/o instalaciones, y asimismo desea contribuir con la seguridad de la ciudad de Cajamarca y otras localidades del ámbito de influencia de sus operaciones.

De forma similar, la cláusula 2.2 es reveladora y dice mucho de la utilización de la Policía Nacional en perjuicio de la población afectada por estos convenios. Según esta, el convenio tiene por objeto

⁹Idehpucp, op. cit., p. 53

asegurar que la empresa minera desarrolle en forma normal sus actividades administrativas y productivas con la finalidad de prevenir delitos. Sin embargo, califica como personas *al margen de la ley* a todos quienes tengan intereses distintos y opuestos a los suyos, como ocurre con muchos de los convenios. Lo que no dice esta cláusula es que existen supuestos en los que el interés público y la propia seguridad ciudadana se vean alterados por el desarrollo normal de las actividades económicas de la empresa, como en los casos de desaparición de lagunas o de contaminación de acuíferos que sirven para la alimentación de la población local, por el vertido de aguas residuales de empresas petroleras o mineras en los ríos, por el agotamiento de fuentes de aguas, por la destrucción del medio ambiente, por la desaparición de cochas, etc., etc., etc.

- 2.2 De conformidad con lo señalado en el artículo 10º, literal A, numeral 1, del Reglamento de Prestación de Servicios Extraordinarios Complementarios a la Función Policial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2009-IN, el objeto del presente Convenio consiste en la prestación por parte de la **POLICÍA NACIONAL** de Servicios Extraordinarios Complementarios Institucionales Permanentes a la Función Policial para garantizar el normal desarrollo de las actividades administrativas y productivas de **MINERA YANACocha**, con la finalidad de prevenir la comisión de delitos o actos de violación de la ley en cualquiera de sus modalidades, perpetrados por personas al margen de la ley que puedan atentar contra el personal, bienes e instalaciones de **MINERA YANACocha**, estableciéndose para ello medidas de prevención y patrullaje con el fin de detectar y neutralizar los riesgos que se pudiesen presentar.

La cláusula 3.1 del convenio, referida a su objeto, enfrenta a la Policía Nacional contra todos quienes estén en contra de los intereses perseguidos por la empresa, pues para esto bastará que el efectivo policial considere que «se atent[a] contra el personal, instalaciones, maquinaria y equipo de la **MINERA YANACocha**» [mayúsculas y resaltado originales] para que esté *al margen de la ley*, lo que es totalmente arbitrario. Si bien puede tratarse en ciertos casos de delincuentes, es claro que los activistas ambientales o que las comunidades campesinas y nativas que reclaman el cumplimiento de la consulta previa exigida por el Convenio 169 de la OIT, no están *al margen de la ley*.

CLÁUSULA TERCERA: OBJETIVOS DEL CONVENIO

- 3.1 Establecer medidas de Prevención y Patrullaje a través del personal de la XIV DIRTEPOL Cajamarca, con la finalidad de prevenir, detectar y neutralizar riesgos que atenten contra el personal, instalaciones, maquinaria y equipo de **MINERA YANACocha** y contratistas, garantizando el normal desarrollo de las actividades mineras y otros aspectos técnicos propios de esta actividad.

Por otro lado, es evidente que se está utilizando personal policial para reprimir las protestas sociales que se oponen a los intereses de la empresa, sino cómo explicar que se requiera personal policial «especializado en control de multitudes de Cajamarca». Cabe observar que se trata de servidores públicos preparados para proteger la seguridad ciudadana de la comunidad, en general, y a quienes

se utiliza como agentes de seguridad privada de una empresa, dedicados a la defensa exclusiva de sus intereses corporativos.

4.1.2 El personal policial que se designe para cubrir el Servicio Policial de Seguridad, será aquel que la POLICÍA NACIONAL representada por el Director de la XIV DIRTEPOL Cajamarca determine en función a las normas y reglamentos que establecen la disposición y movilización de personal. No obstante para esta elección la POLICÍA NACIONAL designará prioritariamente personal especializado en control de multitudes de Cajamarca DIVISION DE SERVICIOS ESPECIALES y DIRECCION DE OPERACIONES ESPECIALES (DIVSEESP y DIROES), en caso de ser necesario y cuando las circunstancias lo ameriten personal de esa especialidad de otras grandes Unidades Policiales.

La cláusula 4.1.4 es también reveladora, pues deja constancia de la cooptación de la Policía Nacional por parte de la empresa. No solo se prestará servicio a su favor, sino que el personal destinado a hacerlo pernoctará en sus instalaciones, en donde también recibirá alojamiento y alimentación. Pero además, los efectivos policiales utilizarán lavestimenta que les ha otorgado el Estado –financiada por el erario nacional; es decir, por todos los contribuyentes– para la prestación de este servicio, a favor de una empresa privada y con intereses que difieren del público, que debiera ser el único tutelado por la Policía Nacional.

Por otro lado, el convenio limita la capacidad de desplazamiento de los efectivos policiales, haciéndolos menos accesibles para cuando se los necesite, pues estos siempre deberán estar disponibles para la empresa durante el plazo de vigencia del convenio. Además, es lógico que esto exigirá que los efectivos policiales se encuentren indefinidamente dentro de las instalaciones acondicionadas por la empresa dentro de esta misma, alejándolos aún más de la población de la localidad, a quienes debieran servir: *«el personal policial (DIVSEESP y DIROES) realizará [el servicio policial de seguridad] en el campamento minero».*

En breve, el convenio ocasiona que el personal policial –que debiera preservar el orden interno en la zona– sea inaccesible para la población, pues los efectivos policiales siempre deberán estar a disposición de la empresa, e incluso estos deberán laborar y residir en sus instalaciones.

4.1.4 Para el Servicio Policial de Seguridad relacionado con el orden público, el personal policial (DIVSEESP y DIROES), lo realizará en el Campamento de MINERA YANACocha; el personal policial tendrá alojamiento y alimentación, permanecerá uniformado y presto a intervenir en los diferentes asuntos que se relacionan con su función.

Además, la cláusula 4.1.5 evidencia que la infraestructura que el Estado proporciona a la Policía Nacional para preservar el orden interno, como son las comisarías móviles, están al servicio de la empresa, junto con los efectivos policiales, a quienes se les reitera su deber de estar prestos a intervenir en defensa de los intereses de la empresa.

- 4.1.5 **Para el Servicio Policial de Seguridad relacionado con el servicio policial básico, el personal policial lo realizará en la Comisaría Móvil ubicada en el Campamento de MINERA YANACocha, ubicado en el km. 24 de la carretera a Bambamarca; el personal policial tendrá alojamiento y alimentación, permanecerá uniformado y presto a intervenir en los diferentes asuntos que se relacionan con su función.**

La cláusula 2.3 explica sustancialmente la afectación del servicio policial por causa de la vigencia del convenio en la zona, pues señala que se requerirá incluso personal de servicio para atender las necesidades de la empresa, quienes se verán obligados a abandonar (al menos momentáneamente) sus funciones constitucionales por la defensa de intereses corporativos, pues aunque en el convenio se señala que solo se destacará a efectivos de la Dirección Territorial de Policía de Cajamarca que estén en vacaciones o de franco, también se dice que «[d]e ser el caso, cuando se rebase la capacidad de dicho personal, la Policía Nacional empleará un contingente de personal policial que se encuentre de servicio».

- 2.3 **Para estos efectos, la POLICÍA NACIONAL convocará la participación del personal policial que se encuentre de vacaciones o de franco pertenecientes a la XIV DIRECCION TERRITORIAL DE LA POLICIA Cajamarca (DIRTEPOL Cajamarca), que voluntariamente acepten prestar el servicio individualizado. De ser el caso, cuando se rebase la capacidad de dicho personal, la POLICÍA NACIONAL empleará un contingente de personal policial que se encuentren de servicio.**

Igualmente, la cláusula 4.1.3 señala que «La Policía Nacional prestará el Servicio Policial de Seguridad sólo [sic] con personal de vacaciones, franco **o personal que haya participado en acciones meritorias en actos de servicio**, o de otras características, pero en este último caso, por motivos debidamente justificados». Es decir, el personal policial más valioso, que debería participar más activamente de la defensa de la seguridad ciudadana, es destacado a la protección de la empresa y sus intereses. Además, señala la posibilidad de destacar personal de otras características cuando exista un motivo *debidamente justificado* de por medio. Al respecto, no deja de ser útil preguntarse: ¿cuáles son estos motivos?, ¿al momento de invocárseles, quién podrá garantizar de que se traten realmente de motivos justificantes? Debe recordarse que el destino de estos efectivos causa desmedro en las funciones que originalmente les fueron otorgadas.

- 4.1.3 **La POLICÍA NACIONAL prestará el Servicio Policial de Seguridad sólo con personal de vacaciones, franco o personal que haya participado en acciones meritorias en actos del servicio, o de otras características, pero en este último caso, por motivos debidamente justificados.**

Además, la cláusula 4.1.1 prevé el planeamiento de las actividades de la Policía Nacional por línea de mando; esto solo puede realizar el personal policial que está de servicio. Así, nos encontramos frente a la prestación de servicio de seguridad a una empresa privada durante las horas regulares de

trabajo de los efectivos policiales, las que son pagadas con dinero público y con la finalidad cardinal de tutelar el interés general de la comunidad.

4.1.1 El Servicio Policial de Seguridad incluirá el planeamiento, ejecución y control del servicio de seguridad para la custodia de las instalaciones y personal de MINERA YANACocha ubicados en la localidad de Cajamarca.

Incluso, la cláusula 4.1.11 no solo se compromete a la dotación policial de Cajamarca, sino que no descarta la posibilidad de traer efectivos policiales fuera del departamento para los fines de protección de la empresa. Además, se permite a la empresa participar en la toma de la decisión y ejecución de ampliar el destacamento policial en la ciudad de Cajamarca, para lo que acuerdan que la empresa deberá asumir estos costos, generando un evidente conflicto de intereses para la Dirección Territorial de Policía de Cajamarca (DITERPOL Cajamarca). Además, como ya se ha visto, no se establecen criterios para determinar la necesidad de apoyo policial, abriendo la puerta a la arbitrariedad: *«Cuando la situación requiera apoyo policial de otra Unidades o Subunidades de la POLICÍA NACIONAL que tengan que desplazarse a la ciudad de Cajamarca, el Director de la XIV DIRTEPOL Cajamarca coordinará previamente con MINERA YANACocha, quien correrá con todos los gastos que irroguen estos desplazamientos, [...] los mismos que dependerán operativa y administrativamente del Director de la XIV DIRTEPOL Cajamarca»*,

Es decir, no solo se afecta la seguridad ciudadana en la provincia cajamarquina de Celendín o del departamento de Cajamarca, sino también las de las regiones cercanas, de donde se traerá al personal policial. En otras palabras, estas contarán con menos policías disponibles para atender un servicio tan indispensable como la función policial.

4.1.11 Cuando la situación requiera apoyo policial de otra Unidades o Subunidades de la POLICÍA NACIONAL que tengan que desplazarse a la ciudad de Cajamarca, el Director de la XIV DIRTEPOL Cajamarca coordinará previamente con MINERA YANACocha, quien correrá con todos los gastos que irroguen estos desplazamientos, tanto de salida, como de retorno, de todo el personal policial, conforme a lo establecido en la cláusula QUINTA, los mismos que dependerán operativa y administrativamente del Director de la XIV DIRTEPOL Cajamarca.

La cláusula 4.1.8 permite la ampliación de los servicios brindados por la Policía Nacional. En efecto, sin necesidad de adendas al convenio –y solo en coordinación con Jefe de la Oficina de Administración de la DIRTEPOL Cajamarca– Yanacocha podrá solicitar por escrito *las oportunidades en las que requerirá del Servicio Policial en forma adicional al que ha está asignado de manera regular, así como la cantidad de personal que requerirá para dichas oportunidades*. Esta solicitud también se podrá hacer, excepcionalmente, por vía telefónica. En otras palabras, esto causa que la situación de la seguridad ciudadana en Celendín y en Cajamarca se

subordine y quede supeditada a las necesidades de la empresa. El interés privado prevalece al interés público, superponiéndosele.

- 4.1.8 MINERA YANACOCHA** solicitará por escrito al Oficial de Coordinación a que se refiere la Cláusula QUINTA de este Convenio, las oportunidades en las que requerirá del **Servicio Policial de Seguridad**, en forma adicional al que ya está asignado de manera regular, así como la cantidad de personal policial que requerirá para cada una de dichas oportunidades. Excepcionalmente (de acuerdo a la situación) se hará el requerimiento telefónicamente con cargo a ser regularizado por escrito. Asimismo, la documentación que acredite el movimiento de personal, será considerada como anexo del presente, y será consolidada en un solo archivo.

Las cláusulas 4.2.1 y 4.2.12 grafican nítidamente el conflicto de intereses al que hemos hecho referencia, pues prevé condiciones de trabajo mejores para los efectivos que brinden servicios a la empresa, en comparación con las que actualmente ofrece la propia Policía Nacional: *mejores salarios –compensaciones económicas–, seguro, alimentos, hospedaje, equipos en comodato, asesoría legal, mantenimiento y reparación de armamento* (4.2.1 -4.2.12).

Evidentemente, este es un incentivo perverso a los efectivos, quienes pudieran sentirse más complacidos ofreciendo un servicio que se les compensa de mejor forma. El Estado debe mejorar las condiciones de trabajo de los efectivos policiales, en particular en aquellos lugares en donde las condiciones de trabajo sean más adversas, como ocurre en Celendín por causa, entre otras, de la alta conflictividad social.

Por el presente Convenio **MINERA YANACOCHA** se compromete a lo siguiente:

- 4.2.1** Proporcionar directamente al personal policial que a solicitud de **MINERA YANACOCHA** sea destacado por la **POLICÍA NACIONAL** para prestar el Servicio Policial de Seguridad, la compensación económica prevista en el Anexo N°01 del D.S. N°00 4-2009-IN.

Adicionalmente a lo previsto en el párrafo precedente, **MINERA YANACOCHA** considerará un bono especial a los efectivos policiales, con motivo del alejamiento de sus residencias, a razón de un monto por cada día que esto suceda, conforme aparece en el Anexo 1 del presente documento. En caso que la Unidad Impositiva Tributaria sufriese cambios significativos, las partes revisarán la adecuación que corresponda al referido Anexo 1.

- 4.2.12 Abonar en forma mensual a la **POLICIA NACIONAL** el **0,11%** del valor de la Unidad Impositiva Tributaria, por hora de servicio, teniendo en cuenta lo señalado en el ítem 4.1.7 (**facción de servicio**) del presente convenio; como monto correspondiente al total de la compensación económica que se determine conforme, a lo establecido en el Decreto Supremo N° 004-2009-IN, que aprueba el **Reglamento de Prestación de Servicios Complementarios a la Función Policial** (teniendo en cuenta el **Anexo 01** del presente Convenio), suma que será depositada en la **Cuenta Corriente N° 0741146401** del Banco de la Nación, a nombre de la UE N°005 - III DIRTEPOL Trujillo, como **Recursos Directamente Recaudados**, debiendo remitir en forma mensual copia de la papeleta de depósitos a la XIV DIRTEPOL Cajamarca.

La cláusula 9.3 del convenio, que pudiera representar un acto de generosidad y que debiera ser bien recibido por la comunidad, pone en peligro la imparcialidad que caracteriza a la función policial, que explicaremos con mayor detalle posteriormente, pues establece la posibilidad de mejorar la infraestructura policial en la zona a pedido de la Policía Nacional: «la **POLICÍA NACIONAL** podrá solicitar por escrito otros apoyos que estime convenientes, que permitan contribuir con el mejoramiento de la infraestructura y equipamiento con que cuenta la **POLICÍA NACIONAL**, de modo que beneficie a la población de Cajamarca». En nuestro sistema democrático de gobierno, corresponde al Estado la atención de las deficiencias de las entidades públicas, bajo el principio riguroso de imparcialidad de los actos de la administración pública, a la que pertenece la Policía Nacional.

- 9.3 Se deja expresa constancia que, **LA POLICÍA NACIONAL** podrá solicitar por escrito otros apoyos que estime convenientes, que permitan contribuir con el mejoramiento de la infraestructura y equipamiento con que cuenta la **POLICÍA NACIONAL**, de modo que se beneficie a la población de Cajamarca. **MINERA YANACOCHA**, evaluará esas solicitudes y solo se considerará que han sido aceptadas si la aceptación consta en documento escrito otorgado por el Coordinador Encargado de **MINERA YANACOCHA**. Cualquier propuesta de cooperación será canalizada a través de la XIV DIRTEPOL Cajamarca.

Finalmente, la cláusula 4.2.14 del convenio consagra la voluntad de cooptación, que rodea al íntegro del convenio, y abre las puertas a la corrupción en la Policía Nacional. Según esta, la empresa «**proporcionará pasajes vía aérea y viáticos al Director de la DIRTEPOL Cajamarca o su representante, cuando viajen a Lima con la finalidad de exponer ante el Comando Institucional la situación sociológica de la empresa**». Así, el representante policial viaja como si tratase de un representante de la empresa, transmitiendo al comando policial la evaluación que la propia empresa hace de la situación social, en vez de informar sobre situación de criminalidad. Además, el pago de viáticos representa, nuevamente, un incentivo perverso a los funcionarios públicos y que puede significar la comisión de actos de corrupción. El pago de viáticos es un mecanismo típico de corrupción.

4.2.14 Proporcionará pasajes vía aérea y viáticos al Director de la XIV DIRTEPOL Cajamarca o su representante, cuando viajen a la Ciudad de Lima con la finalidad de exponer ante el Comando Institucional la situación sociológica de la Empresa Minera.

El impacto negativo y distractor del convenio en la prestación del servicio de seguridad ciudadana que presta la Policía Nacional es claro y no desaparece con cláusulas, como la décima, que tienen más bien un efecto retórico. En efecto, la cláusula décima no enerva los efectos de las demás cláusulas que han sido analizadas y que sin lugar a dudas vacían de contenido y desnaturalizan totalmente la finalidad de la función policial. Lo que pretende, sin conseguirlo, es dar un manto de legalidad a esta clase de convenios, cuando señala que la prestación del servicio «no impide, ni limita a la POLICÍA NACIONAL cumplir con su finalidad de garantizar, mantener y restablecer el orden interno», o cuando precisa que el convenio «no limita, ni impide a la POLICÍA NACIONAL y/o a su personal prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio, garantizar la seguridad ciudadana, así como garantizar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras».

10.1 Las partes acuerdan en forma expresa que la prestación del Servicio Policial de Seguridad no impide, ni limita a la POLICÍA NACIONAL cumplir con su finalidad de garantizar, mantener y restablecer el orden interno.

10.2 En ese sentido, la existencia del presente Convenio no limita, ni impide a la POLICÍA NACIONAL y/o a su personal prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio, garantizar la seguridad ciudadana, así como garantizar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras.

Es evidente que estas disposiciones resultan incompatibles, como luego veremos en detalle, con derechos y principios de relevancia constitucional. En primer lugar, estamos ante un claro incumplimiento de la cláusula del Estado social de Derecho. El Estado, a través de la Policía Nacional, se pone de lado de una empresa, pero no de cualquiera, sino de una de las empresas de industrias extractivas más poderosas del país: Yanacocha S.R.L., en desmedro del interés general y legítimo de la comunidad. Esto nos lleva al incumplimiento del deber del Estado de protección de los sectores que sufren cualquier exclusión, teniendo en cuenta las características generales de la población en Celendín.

Seguidamente, la conclusión es evidente, el convenio celebrado entre la Policía Nacional y la empresa constituye una amenaza cierta e inminente al derecho, de rango constitucional, a la seguridad ciudadana de la población afectada por los convenios, pues servidores públicos se dedican al resguardo de la empresa y sus intereses, en vez de realizar otras actividades orientadas a garantizar la seguridad de la población en general. Además, debe tomarse en cuenta que los efectivos policiales laboran durante su tiempo de descanso, lo cual afecta irremediablemente su salud y capacidad de rendimiento físico, así como el agotamiento psicológico.

En relación con lo señalado, el informe *Conflictos sociales y vulneración de derechos humanos en el Perú*, al que ya hemos hecho referencia, señala las siguientes dificultades acerca de los convenios de servicios extraordinarios complementarios, celebrados entre la Policía Nacional y las empresas de industrias extractivas, como la que es materia del caso concreto:

“1. Los SEC generan que la función pública de la Policía Nacional se ceda ante el requerimiento de un privado, más aun cuando este último contempla una posibilidad de ingreso económico importante”.

“2. La ley contempla los SEC institucionales permanentes, que quiere decir que la institución asigna contingentes por periodos continuados (días o meses por ejemplo). Ello entonces nos expone a la posibilidad de la privación de importantes números de agentes policiales para el servicio público de seguridad, incluso por periodos largos y continuados, si es que las empresas así requieren.”

“3. Uno de los problemas más serios del Estado es la carencia de un cuerpo policial suficiente para cubrir las demandas de seguridad ciudadana en el país. El propio Presidente Humala, en declaraciones públicas recientes admite que existe un déficit de al menos 30,000 policías en el Perú¹⁰. En ese sentido, teniendo en cuenta la grave situación de inseguridad en el país y el escaso número de miembros del orden, es absolutamente pertinente preguntarse porqué se permite alquilar los servicios una escasa y precaria policía a privados, en lugar de colocarla al servicio de la sociedad”.

“4. Por otro lado resulta muy cuestionable que se autorice que una actividad que se presta a favor de los intereses de un privado sea realizada con medios logísticos y recursos públicos (uniformes por ejemplo), puntualmente con armamento del Estado, pues en la práctica se estaría subvencionando con fondos públicos la seguridad de un privado”.

Finalmente, queremos recoger lo señala por un grupo de ONG de derechos en un documento, en el marco de una Audiencia Pública ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de estos convenios:

“Todos estos casos ilustran que resulta siendo particularmente peligroso para los derechos humanos y la democracia del país, la privatización de la coerción y en particular de la Policía Nacional del Perú, pues compromete seriamente su independencia y trastoca y desvirtúa su función natural que es la protección del orden público y velar por los derechos de toda la población. Esta privatización ha generado que las fuerzas del orden actúen en un marco en el que no tienen limitaciones y responden básicamente a los requerimientos y ordenes de las empresas privadas que pagan sus servicios. Esta estrategia también es eficiente para evitar control, restricciones y generar condiciones de impunidad para las fuerzas policiales cuando actúan en la protección de privados. La convergencia de lo

¹⁰ Ver <http://peru21.pe/actualidad/ollanta-humala-deficit-policias-afecta-seguridad-ciudadana-2108480>. 18/12/2012.

público/privado en las fuerzas del orden genera una dificultad para definir aspectos determinantes como obligaciones y responsabilidades de los agentes, y el objetivo de sus actuaciones. El factor corrupción se presenta recurrentemente en este tipo de convenios, debido al objeto económico que entraña. La policía ve la prestación de este servicio como una oportunidad de lucro para lo cual están dispuestos a acatar cualquier orden del privado, teniendo en cuenta además que la normas estatales les aseguran inmunidad frente a cualquier exceso”¹¹.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

1. Los convenios generan indefensión de la seguridad ciudadana y el orden interno

a. El orden interno como bien jurídico constitucional y su materialización en la seguridad ciudadana

La Constitución Política ha recogido un conjunto de bienes dignos de protección jurídica, que por su ubicación pueden ser calificados de bienes constitucionales. Existen diversos bienes constitucionales, entre los que encontramos a la familia, la educación, el trabajo, la seguridad social, la diversidad biológica, la tranquilidad pública, el bienestar general, entre otros. Uno de esos bienes jurídicos de relevancia constitucional es precisamente el orden interno, el cual, como expondremos, se materializa en la seguridad ciudadana.

Ciertamente, como señala Landa Arroyo, «no puede afirmarse que dicho bienes, por la sola consideración de estar incluidos en la Constitución, pueden ser calificados por sí mismos como derechos fundamentales. Son bienes que la Constitución reconoce como valiosos para la convivencia social, cuando no, para la propia existencia del Estado»¹². Además, para el TC, detrás de los bienes jurídicos hay un interés general¹³.

Por ello, el Estado asume un especial deber de protección sobre estos bienes, en consonancia con el artículo 44 de la Constitución, que estipula claramente que son deberes primordiales del Estado *defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad*”.

En esta dirección, debemos acudir al texto constitucional con el propósito de determinar si se ha reconocido como bienes jurídicos constitucionales al orden interno y a la seguridad ciudadana, así como el régimen jurídico constitucional a su favor. Así, encontramos que son distintas las normas que de una u otra manera hacen referencia a ambos conceptos. A continuación, hacemos referencia a los artículos 2.24, 44, 65, 118.4, 166 y 197 de la Constitución Política del Estado:

¹¹ *Conflictos sociales y vulneración de derechos humanos en el Perú*, presentado por la CNDDHH, Fedepaz, Cejil y Grufides en la audiencia pública realizada el 11 de marzo de 2013 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington DC, pág. 23.

¹² Landa Arroyo, César (2014). *Naturaleza jurídica de los recursos forestales y de fauna silvestre* Lima: Sociedad Peruana de Ecodesarrollo, p. 12. Disponible en: <http://goo.gl/ruVM6D>

¹³ Ha señalado el TC que “la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra asociada al interés general, mientras que la de los derechos al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa” (Exp. 05287-2005-HC, f.j. 14 y 15).

«Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

[...] 24. A la libertad y a la seguridad personales.

Artículo 44°.- *Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación [...].*

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

Artículo 118°.- *Corresponde al Presidente de la República:*

[...] 4. *Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.*

Artículo 166°.- *La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.*

Artículo 197°.- *Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley» [subrayados nuestros].*

Tenemos, en primer lugar, al artículo 2.24 del texto constitucional, que de manera muy general – como es común en las disposiciones constitucionales – hace referencia al derecho fundamental a la seguridad. Específicamente, en relación con la seguridad ciudadana, encontramos el artículo 44, que establece que es deber primordial del Estado *proteger a la población de las amenazas contra su seguridad*. Igualmente, encontramos el artículo 65, que establece la obligación del Estado de *velar la seguridad de la población*. Finalmente, se cuenta con el artículo 197, que establece como obligación de las municipalidades brindar *servicios de seguridad ciudadana*, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú.

La cobertura constitucional del bien jurídico orden interno y su protección se encuentran en el artículo 166 de la Constitución Política, cuando precisa que *la Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno*. Además, este también tiene cobertura en el artículo 118.4 de la misma carta política, cuando reconoce como función del presidente de la República – y se entiende del Poder Ejecutivo, que es a donde se encuentra la Policía Nacional – de *[v]elar por el orden interno*.

Por su parte, el TC ha desarrollado el contenido del bien jurídico orden interno a través de su jurisprudencia uniforme, y como veremos, entiende a la seguridad ciudadana como una manifestación y una concreción del orden interno. Al respecto, eha señalado lo siguiente:

4. La noción de orden interno es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional. Consiste en aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos.

5. Tal concepto hace referencia a la situación de tranquilidad, sosiego y paz dentro del territorio nacional, la cual debe ser asegurada y preservada por el órgano administrador del Estado para que se cumpla o materialice el orden público y se afirme la Defensa Nacional.

6. Como bien expone el Instituto de Altos Estudios Policiales [El INAEP y el orden interno. En revista Orden Interno N.º 1, 1994] el orden interno “(...) permite que las autoridades ejerzan sus competencias y atribuciones, y las personas sus derechos y libertades, garantizando la existencia, estabilidad y soberanía del Estado; con la finalidad de asegurar la coexistencia pacífica en general y, consecuentemente, permitir el logro del fin supremo del Estado y la sociedad”.

7. El orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía. Con ello se preserva la armonía necesaria para alcanzar los fines que la sociedad persigue¹⁴[subrayados nuestros].

Igualmente, el TC ha señalado que el orden interno, entendido como aquella situación de normalidad ciudadana cuyo aseguramiento y preservación permite el logro de los fines más elementales del Estado y la sociedad, contiene tres aspectos:

- a) La seguridad ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.).
- b) La estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública).
- c) El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc.).

En otra oportunidad, el TC ha señalado que la protección de la seguridad ciudadana es un *servicio esencial*, a propósito de la prestación del servicio de serenazgo. En palabras de este, «cumple el objetivo de brindar seguridad ciudadana, por lo general, mediante servicios de vigilancia pública y

¹⁴ STC N° STC N.º 0017-2003-AI/TC, f.j. 8

atención de emergencias». Asimismo, añade que«[l]a seguridad es un necesidad que aqueja por igual a todo ciudadano, por lo que el tamaño del predio resulta un criterio no relacionado directamente con la prestación de este servicio» (STC N.º 00041-2004-AI, f.j. 44). De forma similar, el TC ha sostenido que «la seguridad ciudadana comprende la preservación de “la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración» (STC N.º 005-2001-AI/TC, f.j. 2).

La protección de la seguridad ciudadana no obedece a intereses particulares, sino a la protección de la población frente a la inseguridad ciudadana y a la creciente delincuencia. Como dice el TC «los bienes jurídicos relevantes se encuentra asociada al interés general, mientras que la de los derechos al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto de que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico, y frente a la cual se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de colectividad» (STC 05287-2005-HC FJ 14,15).

Como se recuerda, el TC al desarrollar los sentidos interpretativos de las disposiciones constitucionales referidas al orden interno, ha hecho esfuerzos por delinear su contenido constitucional protegido: la seguridad ciudadana, la estabilidad de la organización política y el resguardo de las instalaciones y los servicios públicos esenciales. Así, la seguridad ciudadana se configura como un bien jurídico que concretiza la vigencia efectiva del bien jurídico constitucional de orden interno.

b. La seguridad ciudadana como un bien jurídico objeto de protección por la función policial

La seguridad ciudadana no es objeto de estudio y tutela exclusivos de las ciencias jurídicas. Por el contrario, otras ciencias, como la Sociología, han abordado esta problemática. En tal sentido, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha señalado:

«La seguridad es un bien público, es decir, un bien al que todas las personas deben tener acceso sin distinción de clase social, preferencia política, raza, etnia, género o identidad sexual. Para referirse al papel del Estado en la provisión de seguridad ciudadana, este informe propone la noción de Estado responsable. A partir de esta noción, se entiende que el Estado es el principal encargado de proveer seguridad ciudadana, en tanto que ésta constituye un bien público al que todas las personas tienen derecho»¹⁵ (resaltado nuestro).

Así, encontramos que la seguridad ciudadana, además de un bien jurídico constitucional, es un bien social con configuración de derecho, cuya tutela, corresponde al Estado, quien es el único que cuenta con ejercicio exclusivo y legítimo del uso de la violencia. En este sentido, debe reafirmarse que la seguridad es otorgada como derecho –y servicio– por el Estado a todos sus ciudadanos, por

¹⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Seguridad ciudadana con rostro humana: diagnóstico y propuestas para América Latina*. Disponible en <http://goo.gl/51cFEI>, p. 9

lo que no podrá ser exclusivo ni mucho menos utilizado por intereses privados. Al respecto, el PNUD continúa:

Asimismo, se subraya que, aunque muchos otros actores intervienen en la provisión de seguridad, el Estado es el único que tiene el mandato de asegurarse de que esta provisión no sirva a intereses privados limitados ni proteja a unos pocos, sino a todos los ciudadanos y de acuerdo con el “interés común”¹⁶ (resaltado nuestro).

En efecto, si esto no ocurriera así, el fundamento mismo de la constitución del Estado, que tiene la responsabilidad de asegurar la provisión de la seguridad ciudadana como bien público, dejaría de ser legítimo, ya que no se trataría de la defensa de un bien común, sino de un interés privado, como ocurre con la celebración de convenios personalizados entre la Policía Nacional y agentes privados. Es decir, el monopolio estatal en el uso de la violencia legítima –que es característica esencial del Estado y su poder coercitivo– devendría en ilegítimo, pues nos encontraríamos (y nos encontramos) frente a un Estado que pretende satisfacer intereses privados antes que los públicos.

En este mismo sentido, García Toma y García Yzaguirre, en su *Diccionario de Derecho Constitucional*, señalan que el orden interno o policial tiene las siguientes características:

Aspecto subordinado pero insustituible del orden público. Situaciones de comportamiento pacífico, ordenado y leal a las normas de Derecho Público vinculado con el respeto a las personas, a la paz, al sosiego y a la tranquilidad ciudadana. Ejercicio normal de la autoridad. Mantención y responsabilidad de su verificación a cargo de la Policía Nacional¹⁷ (subrayado nuestro).

Además, García Toma y García Yzaguirre, acerca de la función policial, ha señalado, en sentido similar al nuestro, que «consiste en una actividad permanente y concreta que ejercen ciertos funcionarios y servidores llamados policías, cuyo objetivo es la preservación de la paz y seguridad ciudadanas, así como garantizar el normal desarrollo de las actividades individuales o sociales dentro del orden, evitando que estas sean objeto de perturbación»¹⁸ (resaltado nuestro).

Sobre el orden interno policial, los autores señalan que «resulta de la prevención y de la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, la tranquilidad y la moral públicas. Ello permitirá el libre ejercicio de los derechos y libertades públicas, el cabal ejercicio de la autoridad estatal y, por ende, la convivencia pacífica». A continuación, a partir del mandato constitucional referido a las actividades de la Policía Nacional, García Toma y García Yzaguirre señalan que «[p]resta[n] protección y ayuda a las personas y a la comunidad en su conjunto, en lo relativo al ejercicio de sus derechos y a sus bienes jurídicos»¹⁹ (subrayado nuestro). Así, reiteramos, el servicio policial debe brindarse a las personas y a la comunidad en su conjunto, lo que determina su carácter de universalidad, imparcialidad, independencia y confianza, como señalaremos seguidamente.

¹⁶Ibídem

¹⁷ García Toma, Víctor y José V. García Yzaguirre (2009). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 344

¹⁸ Ibídem

¹⁹ Ibídem

Desde esta perspectiva, aquellos convenios personalizados celebrados entre la Policía Nacional y empresas mineras son evidencia de la gravedad de esta situación, en la que se hace uso del ejercicio exclusivo y legítimo de la violencia del Estado para satisfacer intereses privados y distintos a los colectivos. Además, debe añadirse la puesta en riesgo, en determinados supuestos, de derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la integridad y a la propiedad, entre otros.

c. La obligación de la Policía Nacional de proteger el orden interno y la seguridad ciudadana

En relación con el órgano encargado de proteger la seguridad ciudadana, el TC precisa que son «dos funciones básicas de la Policía; por un lado la preventiva y, por otro, la de investigación del delito bajo la dirección de los órganos jurisdiccionales competentes. Por la primera, conforme a la Constitución, la Policía debe: a) garantizar, mantener y restablecer el orden interno, b) garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, c) vigilar y controlar las fronteras, y d) prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Por la segunda, la Policía investiga y combate la delincuencia... El cumplimiento de las finalidades descritas en el artículo 166° de la Constitución debe efectuarse con estricta sujeción, garantía y respeto a los derechos humanos, obligación que se deriva del artículo 44° de la Constitución, toda vez que la Policía Nacional, como entidad del Estado, también debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos». (STC No 00022-2004-AI, f. j. 43 y 45)

Al respecto, la Ley de la Policía Nacional del Perú, dada mediante el Decreto Legislativo N.° 1148, ha desarrollado la estructura, organización, competencias, funciones, atribuciones y facultades de la Policía Nacional (artículo 1). En su artículo sexto, ha señalado entre sus principios los de la primacía de la persona humana y sus derechos fundamentales, el acceso universal a los servicios y la legalidad, que están referidos a su función protectora de la persona humana y su dignidad, que debe realizarse de manera universal, oportuna y eficiente, en el marco de la Constitución Política y las leyes.

Del mismo modo, el decreto legislativo señala en el artículo 6 que el personal de la Policía Nacional se rige por el valor de justicia, según el cual deben «actuar con equidad e imparcialidad, procurando el bien común y el interés general». Esto se circunscribe a lo que hemos planteado: el servicio policial procura y atiende –universalmente– la protección del Estado y sus ciudadanos en forma imparcial, equitativa e independiente. En consecuencia, toda prestación de servicios policiales deberá ser imparcial y equitativa; de lo contrario, será incompatible con la Constitución Política y devendrá en inconstitucional.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado que «como servicio esencial, la seguridad es un necesidad que aqueja por igual a todo ciudadano»²⁰. Además, en la misma sentencia, señaló que el servicio policial, al ser esencial, es de carácter imprescindible²¹.

²⁰ STC N.° 0041-2014-AI/TC, f.j. 31

²¹ STC N.° 0041-2014-AI/TC, f.j. 31

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que «[el Estado] tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros»²².

d. La protección de la seguridad ciudadana como instrumento para la protección de otros derechos constitucionales

Estos convenios no solo desprotegen la seguridad ciudadana, que es un derecho fundamental, sino que las normas y los convenios que permiten la prestación de servicios extraordinarios complementarios a la función policial del caso concreto, constituyen una amenaza a otros derechos fundamentales de manera cierta e inminente, derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal.

Como lo reconoce el propio TC, «[a]unque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un contexto de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia, antes que de un atributo o libertad a título subjetivo». (STC N.º 05287-2005-HC, f.j. 14 y STC N.º 01889-2005-AA, f. j. 13).

La conclusión es clara, los bienes jurídico-constitucionales *seguridad ciudadana* y *orden interno* son herramientas e instrumentos de protección de los bienes jurídicos que forman parte de su contenido, en concreto de derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal. Esto implica que la desprotección de los bienes jurídicos *seguridad ciudadana* y *orden interno*, implica dejar en la indefensión estos derechos.

e. El derecho a exigir la protección de la seguridad ciudadana como faz subjetiva del bien jurídico constitucional *seguridad ciudadana* y *orden interno*

A pesar que el TC ha sostenido que la seguridad ciudadana no es un derecho, sino un bien jurídico²³, sostenemos que hay suficiente cobertura constitucional para sostener que existe en la Constitución Política un derecho constitucional difuso a la seguridad ciudadana. El fundamento expreso o explícito de este derecho está en el artículo 2.24 y en el artículo 44 del texto constitucional, que reproducimos a continuación:

²² STC N.º 0014-2006-PI/TC, f.j. 45

²³ El TC precisa que “siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia, antes que de un atributo o libertad a título subjetivo” (STC N.º 05287-2005-HC, f.j. 14).

«Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

[...] 24. A la libertad y a la seguridad personales

Artículo 44°.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación [...]» [resaltado nuestro].

Otra forma de fundamentar este derecho de rango constitucional, es desprendiéndolo de la dimensión jurídica, o de la faz subjetiva, del bien jurídico seguridad ciudadana. En otras palabras, el derecho difuso a la seguridad ciudadana se desprende del derecho a exigir la protección de la seguridad ciudadana. Entonces, nos encontraríamos ante una manifestación de la faz subjetiva del bien jurídico constitucional seguridad ciudadana y orden interno, que se encuentran contenidos en los artículos 65, 118, 166 y 197 de la Constitución Política, que reproducimos a continuación:

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

Artículo 118°.- Corresponde al Presidente de la República:

[...] 4. Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.

Artículo 166°.-La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

Artículo 197°.- Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley» (subrayados nuestros).

El bien jurídico constitucional seguridad ciudadana, como manifestación del bien constitucional orden interno tiene una dimensión institucional u objetiva, que consiste en la obligación del Estado de garantizarlo a favor de sus los ciudadanos, y una faz o dimensión subjetiva, que se concreta en el derecho constitucional a la protección de la seguridad ciudadana, que se materializa en la exigencia jurídica al Estado del acceso a un servicio policial imparcial, equitativo e independiente, que tenga como objetivo la protección del Estado y sus ciudadanos.

En tal sentido, la dimensión subjetiva de la seguridad ciudadana y del orden interno, se concreta en la obligación del Estado del proteger la seguridad de la población, y de la obligación de la Policía Nacional de garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Es decir, estos bienes jurídicos facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas en su defensa; en

respuesta, el Estado debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia de estos bienes jurídicos, más aún cuando se comprometen, como en el presente caso, derechos fundamentales. No olvidemos que estos bienes jurídicos constitucionales son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional.

2. Los convenios restringen el acceso al servicio de seguridad policial, pues interfiere en su imparcialidad y genera discriminación, en desmedro de la comunidad

a. Los convenios deterioran la prestación del servicio policial, orientado a garantizar la seguridad ciudadana

El TC entiende que detrás de la lectura de disposiciones contenidas en nuestra Constitución Política, y en especial de su artículo 39, que establece que *los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación*, subyace el principio de buena administración (STCN.º 2235-2004-AA/TC y N.º 2234-2004-AA/TC). No se trata de un principio jurídico más, sino de un principio constitucional, cuando precisa que «[a] su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional» (STC N.º 00017-2011-AI, f.j.16).

Como regla general, la celebración de convenios personalizados entre la Policía Nacional del Perú y empresas de industrias extractivas generan efectos negativos en localidades en donde se asientan, predominantemente rurales, que pudieran ser aquellas en donde esta tenga sus instalaciones, sirvan de hospedaje a su personal o formen parte de concesiones mineras o energéticas (petroleras, gasíferas, hidroeléctricas).

A manera de ejemplo, algunos supuestos que evidencian casos particularmente graves de afectaciones al derecho constitucional a la seguridad ciudadana:

- a.** El requerimiento de traslado de efectivos –en servicio– de la(s) dependencia(s) policial(es) más próximas hacia el área de funcionamiento de la empresa extractiva, a fin de servirla, en cumplimiento los convenios celebrados. Esto produce desmedro en el número de efectivos policiales disponibles para la salvaguarda del interés general del Estado y sus ciudadanos; este fenómeno se traduce en el abandono policial de sus funciones como guardián y promotor de la seguridad ciudadana;
- b.** La existencia de una situación de conflictividad social que enfrente a la población local y a la empresa extractiva. Esto vulnera el principio de parcialidad, equidad e independencia en la prestación del servicio policial, pues, evidentemente, los efectivos policiales se verán obligados a dar cumplimiento al convenio, prefiriendo la defensa de la empresa extractiva y sus intereses frente a los de la población local; es decir, preferirá el interés de un agente privado frente al interés común, a pesar de que así lo ha ordenado el texto constitucional en forma expresa.

- c. La precariedad de las dependencias policiales en el área de ejecución del proyecto a cargo de la empresa extractiva (es decir, el área de sus concesiones mineras o energéticas), donde tuvieran sus instalaciones de cualquier tipo o que sirvan de hospedaje a su personal, así como la precariedad en las condiciones laborales del personal policial. Esta situación ocasiona un estímulo perverso que potencialmente puede inducir a efectivos policiales – forzados a laborar en condiciones precarias– a buscar mejores condiciones de desempeño profesional junto con la empresa extractiva que se los ofrece, a costa de favorecer sus intereses frente a los comunes.
- b. La celebración de convenios constituye una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación**

El convenio amenaza la vigencia del artículo 2.2 de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a igualdad ante la ley, incumpliendo el mandato que se establece en la misma disposición constitucional que: *Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*, pues, en el caso concreto, se han creado dos tipos de trato discriminatorio. Primero, la Policía Nacional garantiza prioritariamente la protección de la seguridad de la empresa y, en segundo lugar, la Policía Nacional abandona la protección de la seguridad ciudadana de quienes tienen intereses enfrentados con esta.

Nos encontramos ante un caso de discriminación esencialmente por razón económica y de ideas. Así, el tratamiento brindado por la Policía Nacional a la población y, en general, a la población de Espinar es discriminatorio, pues el ejercicio de sus funciones en la forma en que lo hacen carece de justificación alguna, pues se anula o menoscaba el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en diferentes aspectos de la población rural y de la población afectada por la actividad extractiva la empresa.

Como señala el TC, «la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, **comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual**; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables» [resaltado nuestro] (STC. N.º 02861-2010-AA, f.j. 2 - 7).

En este sentido, el TC exige «el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se estará frente a una discriminación y, por tanto, ante una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable» [resaltado nuestro] (STC. N.º 02861-2010-AA, f.j. 2 - 7).

Por otro lado, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos es claro, pues dispone que los Estados Partes *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*. A su vez, el artículo 24 estipula que *[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana 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 existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias**²⁴» (resaltado nuestro).

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 origen étnico. Ello es igualmente aplicable a que, de acuerdo al artículo 24 de dicho tratado, se proscriba una desigualdad basada en el origen étnico proveniente de la ley interna o de su aplicación»²⁵.

c. La obligación de proteger la seguridad ciudadana como concreción de la cláusula del Estado social

La obligación de proteger la seguridad ciudadana constituye una concreción de la cláusula del Estado Social de Derecho, reconocida en el artículo 43 de la Constitución. En este orden de ideas, la indefensión de la seguridad ciudadana supone el desconocimiento de este mandato constitucional. En palabras del TC, «[e]stas finalidades asignadas a la Policía Nacional del Perú directamente por la Constitución, definen nuestro modelo de Policía en el marco de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. Dichas finalidades resumen las dos funciones básicas de la Policía; por un lado la preventiva y, por otro, la de investigación del delito bajo la dirección de los órganos jurisdiccionales competentes» (STC N.º 00022-2004-AI, f.j. 43,45).

En esa misma línea, el TC indica que «[e]n el Estado Social de Derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales en torno de la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe

²⁴ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 104, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 236. En este sentido se ha expresado con anterioridad el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General No. 18, No Discriminación, del 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 10. Citado por la Corte IDH, *Caso Norin Catriman y otros contra Chile*, párrafo 201.

²⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norin Catriman y otros contra Chile*, párrafo 206.

discusión alguna en torno del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar» (STC N.º 05287-2005-HC f.j. 14 y 15).

d. Sobre las características del servicio policial como servicio público

Alcanzado este punto, creemos oportuno extraer, en forma preliminar, algunas conclusiones sobre el servicio y función policiales. Primero, **la función policial** está referida a las actividades de prestación del servicio policial, que deben realizarse el marco de lo establecido por el ordenamiento jurídico nacional. Segundo, **el servicio policial**, brindado por efectivos policiales en el cumplimiento legítimo de sus funciones, procura, entre otras cosas, vigencia efectiva de **la seguridad ciudadana**, que constituye un derecho fundamental, pues se persigue la tutela de bienes constitucionales tales como la vida, la integridad y la propiedad. Tercero, el servicio policial debe reunir ciertas características mínimas y estructurales, cuya ausencia desnaturaliza el servicio policial y, acto seguido, afecta y cuestiona de manera significativa la legitimidad el Estado en el cumplimiento de sus fines. Estas características son las siguientes: universalidad, imparcialidad, independencia, transparencia, eficacia y confianza.

A continuación, analizaremos estas características mínimas, estructurales y esenciales sobre el servicio policial:

Universalidad: Según el artículo 6 del D.L. N.º 1148, uno de los principales principios de la Policía Nacional es el *acceso universal a los servicios*. Por este se entiende que«[l]os ciudadanos tienen derecho a acceder de manera inmediata, oportuna y eficiente al servicio policial». El servicio policial debe prestarse, con sus peculiaridades, a todas las personas en el territorio de la República, pues la función policial está orientada a la protección de ciertos bienes constitucionales: la vida, la integridad y la propiedad, así como todos los demás que cuenten con respaldo constitucional, en la medida en que partan de la dignidad de la persona humana. En tal sentido, esta característica se concretiza en el derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución²⁶ (u otras que puedan derivarse de esta y, en general, de las normas contenidas en el bloque de constitucionalidad).

Imparcialidad: Según el artículo 6 del D.L. N.º 1148, uno de los principales valores de la Policía Nacional es la *justicia*. Por este se entiende «[a]ctuar con equidad e imparcialidad, procurando el bien común y el interés general». El servicio policial debe prestarse sin hacer distinción injustificada de ningún tipo entre quienes, en un contexto determinado –sea de alcance general o particular–, representen o no intereses diferentes, inclusive opuestos. El servicio policial, al igual que los demás servicios públicos, está orientado a la defensa del interés general y del Estado social, democrático y constitucional del Derecho.

Independencia: El servicio policial debe prestarse con el único objetivo de dar cumplimiento efectivo a sus fines constitucionales. En este sentido, sus decisiones deberán responder en forma exclusiva a esta finalidad; en consecuencia, no podrán admitirse injerencias injustificadas, de

²⁶ STC N.º 02437-2013-PA/TC, f.j. 5

carácter interno o externo a la institución policial, que debiliten su discrecionalidad en la toma de decisiones legítimas.

Transparencia: Según el artículo 6 del D.L. N.º 1148, uno de los principales principios de la Policía Nacionalson la *transparencia y rendición de cuentas*. Por estas, se entiende que«[l]a Policía Nacional del Perú es transparente en su actuación y promueve la rendición de cuentas».El ejercicio del servicio policial debe satisfacer los estándares mínimos de transparencia en el uso de los recursos públicos. Como resultado, la Policía Nacional debe dar cumplimiento a la legislación especializada en la materia, así como promover y facilitar el acceso de los ciudadanos a la información policial que sea de carácter público.

Eficacia: Según el artículo 6 del D.L. N.º 1148, uno de los principales principios de la Policía Nacionalson la *eficiencia, eficacia y mejora continua*. Por estas, se entiende que«[t]oda actuación policial procura ser eficaz y eficiente; se orienta a la mejora continua».El servicio policial debe procurar la satisfacción de sus fines tuitivos con diligencia y en el límite máximo de sus posibilidades reales, para lo cual la Policía Nacional debe utilizar inteligentemente los recursos públicos –de naturaleza humana, técnica o económica– puestos a su disposición.

3. Los convenios afectan la independencia de la función policial y generan conflictos de intereses

a. La exigencia de imparcialidad en la prestación del servicio público como condición para la vigencia del principio de *buena administración pública*.

Como ha sido señalado, el artículo 6 del D.L. N.º 1148 es muy claro al señalar como parte del contenido del valor *justicia* de la Policía Nacionalal principio de imparcialidad. Según este la Policía Nacional debe *actuar con equidad e imparcialidad, procurando el bien común y el interés general*. Esto debe interpretarse de conformidad con el principio de *acceso universal a los servicios*, según el cual *los ciudadanos tienen derecho a acceder de manera inmediata, oportuna y eficiente al servicio policial*.

En palabras del TC, «[p]ara la Constitución la función pública que, por tal, se encuentra al servicio de la Nación, la ejercen dos grandes grupos de servidores estatales, a saber: los servidores civiles y los servidores que cumplen función militar y **policial**. En relación a estas últimas, conforme a las normas constitucionales, a los fundamentos precedentes y al principio democrático, ejercen sus funciones bajo la supremacía del poder democrático, civil y constitucional [...] **la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos**, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública» (STC N.º 00008-2005-AI f.j. 13,14) [resaltado nuestro].

El requisito de imparcialidad es una concreción del artículo 39 de la Constitución, que precisa que *todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación*. La norma es clara, los

efectivos policiales, tratándose de trabajadores públicos, están al servicio del interés público y no del interés privado de una empresa, como ocurre en el caso concreto. A partir de este análisis, como ya ha sido señalado, se encuentra el principio de buena administración.

En esta misma dirección, el TC añade sagazmente que «[a] su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos» (STC N.º 008-2005-AI, f.j. N.º 14).

Por ende, **el principio constitucional de buena administración pública se concreta en el principio de imparcialidad en la prestación del servicio.** Este principio se ve vulnerado cuando la prestación del servicio policial no se dirige a todos los ciudadanos por igual, sino que se prefiere irrazonablemente –y de forma casi exclusiva– la atención de la empresa, por lo que resulta incompatible con la Constitución Política y deviene en inconstitucional.

b. Los convenios generan graves situaciones de conflicto de intereses, prohibidos por el Código de Ética de la Función Pública

De conformidad con el artículo 7.1 de la *Ley del Código de Ética de la Función Pública*, aprobado a través de la Ley N.º 27815²⁷, el servidor público debe regirse por el deber de **neutralidad**, en virtud del cual este «[d]ebe actuar con **absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones**» (resaltado nuestro).

Los convenios antes analizados generan situaciones incompatibles con el artículo 8.1 de la Ley N.º 27815, que prohíbe mantener *intereses de conflicto*; es decir, señala en forma expresa la prohibición de «[m]antener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo» (resaltado nuestro). En los casos de los convenios, esta situación surge, por un lado, cuando la Policía Nacional pretende garantizar la seguridad ciudadana de toda la población, en especial de aquellos sectores más susceptibles de ser afectados (entre otros factores, por la actividad extractiva presente a gran escala en la zona) y, por el otro, pretende garantizar los intereses de la empresa (a la que está sujeta por el convenio), cuyos intereses suelen ser distintos a los de la comunidad, en especial de quienes se ven afectados por sus actividades extractivas.

A su vez, la disposición mencionada debe ser interpretada de conformidad con el artículo 3 del reglamento de la *Ley del Código de Ética de la Función Pública*, aprobado a través del Decreto Supremo N.º 033-2005-PCM, según el cual deberá entenderse por *intereses en conflicto* a aquella «[s]ituación en la que los intereses personales del empleado público colisionan con el interés público y el ejercicio de sus funciones, entendiéndose que cualquier actuación que

²⁷ Ver: http://www.minedu.gob.pe/transparencia/2008/PDFs/ley_codigo_etica_funcion_publica.pdf.

realiza dicho empleado público debe estar dirigida a asegurar el interés público y no a favorecer intereses personales o de terceros» (resaltado nuestro). Evidentemente, la prestación del servicio de protección policial a la empresa, sus instalaciones y personal, significa el favorecimiento ilegítimo de los intereses de un tercero, en desmedro del interés público, que debería ser el único que la función policial proteja.

Incluso, según el artículo 7, inciso q del Decreto Supremo N.º 23-2011-PCM, *Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control*, busca precisar las clases de infracciones por las que «los funcionarios o servidores públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas a la trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública», entre otras cosas, la comisión de infracciones contra la prohibición de mantener intereses en conflicto. Así, la norma señala:

Infracciones contra la prohibición de mantener intereses en conflicto

*[...]q) Intervenir con ocasión de su cargo, en la atención, tramitación o **resolución de asuntos que se encuentran bajo su ámbito de actuación funcional, en que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllos de los que pueda resultar algún beneficio para sí mismo, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta infracción es considerada como grave.***

Es evidente que la Policía Nacional, encargada de dar protección a la empresa a cambio de una *retribución económica* mediante convenios de seguridad privada, se encuentra en una situación de intereses en conflicto (o conflicto de intereses), pues al trabajar a favor de la empresa (en particular una con sus características, propias de las empresas de industrias extractivas), se encontrarán incapacitados de garantizar sustancialmente la seguridad ciudadana de la población cercana donde se firman estos convenios. Esta preferencia se explica por las facilidades que la empresa otorga a favor de los efectivos policiales, mucho más provechosas que las que la propia Policía Nacional pone a disposición de su personal. Así, en el caso de un conflicto determinado en el que se muestre la oposición de los intereses de la empresa y de la comunidad, el efectivo policial ordinario sopesará su actuación en función de lo que le parezca más conveniente a nivel personal (antes que profesional), por lo que preferirá la protección de los intereses de la empresa, en desmedro de los comunitarios.

Pese a que los procesos constitucionales carecen de una finalidad sancionatoria, resulta pertinente preguntarse cuáles son las consecuencias de la clase de conductas descritas. De conformidad con el artículo 10.1 de la mencionada Ley N.º 27815, «[l]a transgresión de los principios y deberes establecidos en el Capítulo II y de las prohibiciones señaladas en el Capítulo III, de la presente Ley, se considera infracción al presente Código, generándose responsabilidad pasible de sanción». Así, algunas de estas consecuencias recaen en los propios efectivos policiales al servicio de la empresa, de conformidad con su artículo 11, según la cual, «[t]odo empleado público, bajo responsabilidad, tiene el deber de comunicar, así como la persona natural o jurídica tiene el derecho de denunciar,

los actos contrarios a lo normado en el presente Código, ante la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios de la entidad afectada o al órgano que haga sus veces».

4. Las competencias constitucionales de la Policía Nacional representan un límite a la libertad contractual de la empresa y de la propia Policía Nacional

Si bien la empresa, como toda persona natural o jurídica, ha celebrado un convenio para la prestación de servicios de seguridad privada con la Policía Nacional, alegando el ejercicio de su libertad contractual, este carece de efectos jurídicos, pues es imposible contratar con fines ilícitos, incumpliendo normas de carácter imperativo. La libertad contractual, como los demás derechos fundamentales, no es absoluta. Al respecto, el artículo 2.14 del texto constitucional es claro al reconocer el derecho fundamental a contratar, sin embargo, dicha disposición establece que este debe ser ejercido siempre que se persigan fines lícitos, y que no contravengan las leyes de orden público, como ocurre en el caso concreto.

a. El ejercicio de la libertad contractual de la empresa es absoluto

El ejercicio de la libertad contractual, en base a la autonomía privada, es el fundamento jurídico que sustenta los convenios de seguridad privada celebrados entre la empresa y la Policía Nacional. Por lo tanto, corresponde analizar si efectivamente este derecho ha sido ejercido de acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional. En primer lugar, debemos precisar y diferenciar dos conceptos: libertad contractual y la libertad de contratar. La libertad contractual está referida a la libertad de configurar el contenido del contrato; es decir, a la libertad de las partes a decidir el contenido del contrato, muy por el contrario, la libertad de contratar o de concluir el contrato está referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo²⁸.

Aparentemente, el blindaje de la libertad contractual tiene cierta cobertura constitucional en el artículo 62 de la Constitución Política, el cual precisa que «[l]a libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato». El problema surge cuando esta disposición constitucional señala a continuación que «[l]os términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase». Pareciera que el contenido del contrato es intangible, por el solo hecho que ha sido firmado por las partes, presumiblemente en forma libre. Asimismo, no podrían ser modificados bajo ninguna circunstancia, con leyes posteriores a la firma de un convenio, es decir, estos contratos serían inmodificables e irrevisables. Como señala Carlos Cárdenas, el mencionado artículo 62 «incurre en una inexactitud de orden técnico, porque el hecho de que las partes sean libres de decidir sobre el contenido del contrato que celebren, concierne más a la libertad contractual o de configuración interna y no a la libertad de contratar o de conclusión, referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo, de determinar cómo y cuándo se contrata»²⁹.

²⁸ Carlos Cárdenas Quiróz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios, Lima, Palestra Editores, 2000, (pp. 258. Un criterio similar es compartido por el TC en la sentencia 2185-2002-AA, f.j. 1 y 2.

²⁹ Cárdenas, op. cit. pág. 258.

Sin embargo, el artículo 62 de la Constitución, no puede ser interpretado de forma literal y aislada. Esta disposición debe ser interpretada en consonancia con otras disposiciones constitucionales. Así, nos encontramos frente el artículo 2, inciso 14 de la Constitución, que reconoce que toda persona tiene derecho a «[a] contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público». De forma similar, el artículo 1354 del Código Civil que prescribe que «[l]as partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo». Finalmente, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que «[e]s nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

Si bien en estas normas se hace referencia a *leyes de orden público* o *normas legales de carácter imperativo*, es decir, de rango legal o infraconstitucional, una interpretación constitucional sistemática de estas disposiciones exige tomar en cuenta lo establecido en los artículos 51 y 138 de la Constitución Política, que establecen que las normas legales están subordinadas a las normas constitucionales indefectiblemente, toda vez que el orden legal debe estar sometido al orden constitucional, encontrando en este su razón y su límite.

En relación con el contenido constitucional el derecho a la libre contratación, «se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público»³⁰. No obstante, el TC ha reconocido límites a este derecho, para lo cual ha precisado que «[l]a libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales»³¹.

Asimismo, en relación con estos límites, el TC ha precisado provechosamente que «[l]a libertad de contrato garantiza la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, sin embargo, **no la de cláusulas irrazonables que terminen anulando un sentido mínimo de justicia y el sentido común. Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad misma del contrato, en cuanto instituto, y dar la apariencia de acuerdo autónomo de las partes a condiciones manifiestamente contrarias u onerosas a los intereses de alguna de ellas.**

³⁰ STC N° 02736-2004-AA, f.j. 9. Este derecho en consecuencia garantiza “Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. Así pues, en perspectiva abstracta, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, lo que no quiere decir que sea un contenido oponible en todo tiempo y circunstancia al resto de derechos fundamentales reconocidos por la Carta Fundamental, pues ello implicaría una lectura aislada del texto constitucional que, en tanto unidad, impone una interpretación de sus disposiciones en concordancia práctica”.

³¹ STC N° 06534-2006-AA, f.j. 6.

Tal no es el sentido de la libertad de contrato, constitucionalmente entendida. La libertad de contrato constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco»³² (subrayado nuestro).

La consecuencia de ello es evidente, este derecho tienen límites explícitos e implícitos. En razón de ello es «necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público»³³.

En este sentido, el TC va más allá y señala que dentro de los límites implícitos se encuentra la vigencia de los derechos fundamentales, por lo que señala que **«los límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos.** Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos»³⁴ (resaltado nuestro).

¿Cómo interpretar entonces el artículo 62 de la Constitución cuando señala literalmente que «[l]os términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase»? Este texto ha merecido fundamentalmente dos interpretaciones doctrinarias; la primera, absolutamente incompatible con la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, que sostiene que en ella se ha consagrado *irrestringidamente la santidad o intangibilidad de los contratos, de tal modo que las relaciones jurídicas patrimoniales en curso de ejecución no pueden ser modificadas por ninguna clase de ley o disposición*³⁵. La segunda interpretación posible, ajustada y compatible con la Constitución, es la que sostiene *la intangibilidad de los contratos de manera restrictiva*³⁶. Para Cárdenas Quirós³⁷, esta última tesis busca corregir un exceso verbal de la Constitución, atribuyéndole alcances menos amplios de la que resultan de la literalidad de su texto³⁸.

³² *Ibidem*, f.j. 3.

³³ STC N° 2670-2002-AA, f.j. 3

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Carlos Cárdenas Quiroz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: *Contratación contemporánea. Teoría General y Principios*, Lima, Palestra Editores, 2000, p. 259.

³⁶ *Ibidem*, pp. 259 y 260

³⁷ Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, encargado, entre otros, del dictado de la asignatura de Derecho de las Obligaciones.

³⁸ Carlos Cárdenas sustenta su interpretación restrictiva del artículo 62 de la Constitución, en los siguientes argumentos. 1) el legislador no puede renunciar al dictado de normas imperativas o de orden público que afecten las relaciones obligatorias en curso de ejecución; 2) en nuestro ordenamiento jurídico, analizado sistemáticamente, puede establecerse claramente la predominancia de las normas imperativas o de orden público, las que por su naturaleza, excluyen todo pacto en contrario o en sentido distinto, por lo que no tiene justificación que si las normas de esa clase son derogadas, modificadas o suspendidas por otras nuevas del mismo carácter, éstas no ocupen el lugar de aquellas; 3) Si la ley ha

Para ello se recurre a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, entendiendo «que deben diferenciarse las normas imperativas o de orden público de las normas supletorias, y señalando que al referirse el texto constitucional a las “leyes o disposiciones de cualquier clase”, deben considerarse comprendidas en sus alcances sólo las nuevas normas supletorias de la voluntad y no las imperativas o las de orden público y, por consiguiente, éstas son aplicables a las relaciones jurídicas en curso de ejecución»³⁹. Esto es congruente con el artículo 1355 del Código Civil, que es de aplicación a los contratos ya celebrados, y cuyo texto señala que «[l]a ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

En conclusión, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual no son absolutas, antes bien, estas encuentran sus límites en las normas de carácter imperativo, tanto de rango legal como constitucional. Uno de esos límites es la correcta prestación del servicio de seguridad ciudadana, por lo que se concluye que este no es disponible a través de un convenio. En conclusión, los convenios celebrados entre empresas mineras y la Policía Nacional es violatorio de la Constitución Política, por lo que deviene en inconstitucional.

b. Las empresas mineras también se encuentran obligadas a respetar la Constitución Política: de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la subordinación del derecho privado al texto constitucional

Las empresas privadas no están por exentas de cumplir y de respetar la Constitución y los derechos fundamentales. Esta obligación se desprende del artículo 1 de la Constitución, al precisar que la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad, en la que se encuentran las empresas: *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*. La otra norma que sustenta esta obligación es el artículo 38, que establece que «[t]odos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

Esto implica que la interpretación y la aplicación de las normas del Código Civil que regulan los contratos no pueden realizarse de espaldas a la Constitución Política. Este fenómeno del Derecho Civil, de sentirse por encima del ordenamiento constitucional, es explicado de manera clara por

atribuido a los particulares el poder de establecer una relación jurídica patrimonial que los vincule, no puede merecer objeción el hecho de que el propio ordenamiento jurídico, que atribuye carácter obligatorio a los contratos en cuanto se haya expresado en ellos restrinja la amplitud del marco dentro del cual tales particulares puede desenvolverse, afectando las relaciones durante su ejecución; 4) la consagración de la regla de la aplicación inmediata de la ley en los términos del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, importa que a las relaciones jurídicas en general en curso de ejecución les son aplicables las nuevas normas imperativas o de orden público, más no las de orden supletorio; 5) Admitir que ninguna norma legal, aún cuando tenga carácter imperativo o de orden público, puede afectar una relación obligatoria en curso de ejecución, significará que las normas vigentes al momento de su celebración seguirán rigiendo para esa relación ultractivamente, sin que su suspensión, modificación o derogación resulten eficaces respecto de la relación jurídica patrimonial específica; 6) Aceptar que una relación obligatoria en curso de ejecución no puede verse afectada por las normas de carácter imperativo o de orden público que se dicten con posterioridad a su establecimiento implicaría que, a nivel de sus efectos, no existiría una diferencia sustancial entre los contratos-ley que vinculen a un particular con el Estado y los contratos celebrados ente particulares. Todos los contratos gozarían, al menos en teoría, de las ventajas que ofrecen los contratos-ley, incluso de manera más amplia. Carlos Cárdenas Quiroz, op. cit., págs. 261-268.

³⁹ *Ibidem*, pág. 60.

Néstor Sagüés⁴⁰. Las razones que explican la poca consideración de la Constitución pueden ser varias. Tal vez la más significativa sea la visión esencialmente *jusprivatista* del mundo jurídico, que identifica *derecho* con el Derecho Civil. A ello se suma que el Derecho Constitucional se perfila, no obstante su vocación de supremacía sobre el resto del aparato jurídico, como un derecho débil, a menudo vapuleado por el poder político⁴¹. Es interesante advertir como varios juristas procuran en cambio mostrar al derecho privado como derecho *mejor*, en el sentido edénico de derecho *neutral, puro*, no contaminado políticamente, como sería el caso del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴².

Lo que está ocurriendo es que en los conflictos entre normas de rango constitucional y de rango legal y/o reglamentario, «se tiende a abordar y a razonar jurídicamente con la mentalidad civilista con la que cotidianamente opera. Por una especie de casi insalvable deformación profesional, es normal que [...] capte al derecho constitucional con los criterios, los enfoques y hábitos mentales, los valores, la metodología, las soluciones y el discurso propio de la especialidad en la que ha sido formado y con la que convive diariamente, vale decir, el Derecho Civil»⁴³.

La ausencia de mentalidad constitucional en los abogados, como en el grueso de los operadores de justicia, origina una interpretación legalista de la Constitución, que solo genera indefensión para los derechos fundamentales. Para estos abogados, la Constitución es básicamente un fenómeno extranormativo, un *instrumento de gobierno* entendido como una suerte de herramienta para el manejo del poder, mas no para regular jurídica y cotidianamente la vida de los habitantes⁴⁴.

En definitiva, «el derecho positivo subconstitucional no es un derecho independiente de la Constitución, sino dependiente de ella. Un derecho subconstitucional ajeno a la Constitución, o separado de la misma, es, prima facie, un derecho inconstitucional, tal como lo es un derecho violador de la Constitución»⁴⁵.

c. El rol estatal de defender los derechos fundamentales de los actos que puedan surgir a partir de las relaciones entre agentes privados

En el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución ha dejado de ser una carta de principios para convertirse en una norma que vincule todo tipo de relaciones jurídicas, incluso las de derecho privado y entre privados. Así, se asegura la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en todo tipo de relaciones jurídicas aún sin la necesidad que intervenga el Estado en un rol paternalista. Sin embargo, en este tipo de relaciones jurídicas entre privados (como por ejemplo en los contratos) el Estado tiene el deber, como garante, que no se violen los derechos fundamentales o constitucionales y, a su turno, disponer medidas tendientes al cese de la amenaza o la violación de los derechos afectados.

⁴⁰Sagüés, Néstor. *Del juez legal al juez constitucional* en Revista Estado Constitucional. Año 1, Número 1. Lima: abril 2011, p. 26

⁴¹ Ibídem

⁴² Ibídem

⁴³ Ibídem

⁴⁴ Ibídem

⁴⁵ Ibídem, p. 29

Así, como expresa Juan María Bilbao, «[l]a reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretarse a la luz de la Constitución. Se ha dicho incluso, no sin cierta exageración, que el ordenamiento jurídico en su conjunto ya está contenido –al nivel de las normas-principios con tendencia de optimización- en la Constitución; sólo necesita de la concretización»⁴⁶. En ese sentido, una relación jurídica entre agentes privados será válida solo si esta –aparte de cumplir los requisitos establecidos en la legislación civil- cumple con lo establecido en la Constitución o las normas que integran el bloque constitucional. De esta manera, aparte de las restricciones que se ponen en el Derecho Civil para considerar a los actos jurídicos como plenamente eficaces, también se consideran, y aún con más importancia por su rango, la necesidad que estas relaciones entre privados no amenacen o lesionen el contenido constitucionalmente protegido de los diversos derechos establecidos en la Constitución Política o aquellos que puedan poner en peligro los principios en que se funda el Estado, como el régimen Social y Democrático de Derecho.

Este rol activo del Estado en las relaciones entre agentes privados está en consonancia con el artículo 1.1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando dice que sus estados partes «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»⁴⁷.

De ello se deduce que además del deber que tiene el Estado de que por una acción de sus agentes públicos se viole algún derecho fundamental de una persona o un grupo de ellas, también se encuentra igualmente obligado a desplegar actos ante amenazas que perjudiquen el goce efectivo de los derechos humanos de sus ciudadanos por actos de privados: la empresa y la Policía Nacional, que pretende infructuosamente actuar como privado. Este deber de garante ya ha sido reconocido por nuestro propio TC y por las demás legislaciones en donde establecen un rol activo del Estado ante amenazas que puedan perjudicar a las personas bajo su jurisdicción.

Este rol garantista del Estado es propio, asimismo, de un Estado Social y Democrático de Derecho como se puede analizar del artículo 43 de la Constitución Política. «Desde este punto de vista, la afirmación de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (impensable en la era liberal) es una idea que, lejos de ser extemporánea o extravagante en el nuevo marco del Estado social, se sitúa, prima facie, en la estela, en la misma dirección hacia la que apunta este modelo de organización política»⁴⁸.

Sin perjuicio de todo ello, el TC ya se ha referido al rol garante que debe tener el Estado ante este tipo de situaciones, donde el afectado por un acto entre privados se encuentra en una situación de

⁴⁶BILBAO Ubillos, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Colección: Estudios Constitucionales. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1997. pág. 260.

⁴⁷ El subrayado es nuestro.

⁴⁸Bilbao Ubillos, Juan María (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Colección: Estudios Constitucionales, p. 268

indefensión. Así, el TC ha dicho que: “[l]os derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o *inter privatos* (STC N.º 1124-2001-PA/TC, entre otras). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38º de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales»⁴⁹.

Por otra parte, según la doctrina, «[l]a teoría de los derechos fundamentales en el Estado social parte de la constatación de que la garantía jurídica de la libertad, en abstracto, es insuficiente en muchos casos para asegurar por sí misma la libertad real de todos y cada uno de los ciudadanos y *pretende superar este desdoblamiento entre la libertad jurídica y la libertad real*⁵⁰». En ese sentido, si bien nuestra Constitución garantiza la libertad contractual, dicha libertad no puede, ni es, absoluta, como ya sido argumentado; y menos aún si amenaza o viola algún otro derecho fundamental, sea de igual o mayor importancia como lo es, justamente, el derecho a la seguridad ciudadana y los demás derechos que forman parte del contenido constitucional del orden interno, y de manera especial, de los derechos que sido violados por la Policía Nacional en su actuación a favor de la empresa.

En conclusión, los convenios no pueden ser aplicados de espaldas al conjunto de disposiciones constitucionales que regulan los elementos cardinales del modelo económico adoptado por el constituyente. Así, estas normas también brindan un marco de interpretación que vincula la interpretación del contenido de la libertad contractual.

d. Los convenios deben interpretarse en el marco de las disposiciones constitucionales que regulan la función policial

El ejercicio de la libertad contractual no puede ser realizado de espaldas al conjunto de disposiciones constitucionales, que regulan los elementos del modelo económico adoptado por el constituyente. Ellas también brindan un marco de interpretación que no solo vincula sino que orienta la interpretación del contenido de la libertad contractual. Lo importante a tener claro es que la actividad económica, no es un espacio ajeno e impermeable al ordenamiento constitucional, sino antes bien, está constituido por este.

Efectivamente, se suele apelar al libre juego de la oferta y de la demanda como marco dentro del cual se desarrolla la relación contractual entre los diferentes agentes económicos. Sin embargo, en muchos sectores, se entiende equívocamente que ella obedecería a reglas económicas ajenas y

⁴⁹ STC.. N.º 06730-2006-PA/TC, f.j. 9

⁵⁰ Bilbao Ubillos, op. cit., p. 263

exentas a los derechos, principios y valores contenidos en la Constitución Política. Como señala Peter Haberle, «[e]l mercado, en el Estado Constitucional, es –como toda vida social, estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es constituido [...] **El Estado Constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia** [...] [El mercado] no está dado a priori “naturalmente” pero, por el contrario, ha sido constituido; no es alguna cosa autónoma y separada [...] es un ámbito social en el cual se concreta el ejercicio de diversos derechos fundamentales mediante el aporte de muchos»⁵¹ (subrayado nuestro).

En esa misma línea, «el mercado está estrechamente conectado a las cuestiones fundamentales de la convivencia social y está subordinado al postulado de la justicia y del bien común, así como a otros sectores propios de una democracia pluralista»⁵². En tal sentido, no debe perderse de perspectiva que «el mercado no es la medida de cada cosa y no puede ciertamente convertirse en el principal metro de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. En el Estado constitucional, se requiere recordar constantemente la naturaleza instrumental del mercado que emerge de los textos constitucionales»⁵³.

En definitiva, «en el marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho y de un modelo de economía de mercado, la economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad»⁵⁴. La consecuencia práctica entonces es que «el Derecho Público y el Derecho Administrativo no debe quedar subordinado a las leyes del mercado, sino regulado; por cuanto, en la década pasado ha existido la ideología que subyace a esta política conservadora que la riqueza privada fundamental no es solo una condición necesaria, sino también suficiente de la prosperidad general definitiva, produciendo al final un “goteo” hacia los pobres sin necesidad de la intervención estatal o de la imposición redistributiva»⁵⁵.

El artículo 58 de la Constitución, es claro en reconocer que el modelo económico peruano, se identifica con el de una economía social de mercado; «de lo que se deriva que si bien la iniciativa privada es libre, ella no puede ser ejercida en contraposición con el interés general y social. Por este motivo, en el marco del modelo económico que la Constitución consagra, será necesario integrar la lógica del mercado –de la competitividad y de los intereses individuales- con la satisfacción del interés general y social»⁵⁶. El mercado «no puede resolver, por sí solo, ciertos problemas que aquejan a la sociedad producto de la economía, como son los conflictos sociales que surgen ante la ausencia de mecanismos que permitan una eficiente distribución y redistribución de la riqueza»⁵⁷. Cuando se diviniza al mercado y la libre competencia como criterios racionalizadores de la vida

⁵¹ Peter Haberle, Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo, en: Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC), Palestra, Lima, 2008, p. 34

⁵² *Ibíd.*, p. 36

⁵³ *Ibíd.*, p. 44

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 52

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 52

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 53

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 53

productiva, lo que intencionalmente se olvida, es que el mercado no funcionó sin los correctivos y los apoyos del Estado⁵⁸.

Así, la economía social de mercado «es el modelo económico propio del Estado social de Derecho y busca integrar de manera razonable y proporcional dos principios aparentemente contradictorios: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado; y por otro, el principio de igualdad y de solidaridad social. De esta manera, la economía social de mercado ofrece un bienestar social mínimo para todos los ciudadanos a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental, pero debe cumplir también una función social, que coadyuve al Estado a lograr el bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria»⁵⁹.

En tal sentido, el rol del Estado en la economía se orienta a la protección y el desarrollo no solo de los derechos fundamentales sino económicos, con lo cual quedan proscritas las prácticas económicas abusivas en las que pueden incurrir los agentes del mercado, como es el acaparamiento, las posiciones de dominio y los monopolios, tal como lo establece el artículo 61 de la Constitución. Al mismo tiempo, es importante atender el interés general a fin que el orden económico no se desarrolle al margen de las necesidades de quienes se encuentran en una situación de desventaja económica, en base al principio de solidaridad que se colige del modelo de economía social de mercado⁶⁰.

Todo este desarrollo debe ser tenido en cuenta al momento de examinar el contenido de los convenios. En concreto, el mercado no es una zona exenta de la fuerza normativa de la Constitución ni del control constitucional. El mercado es permeado por la Constitución y los valores, principios y derechos fundamentales que ella contiene.

e. La celebración de convenios incurren en supuestos de abuso del derecho por parte de la empresa

Como hemos visto, la libertad contractual y la autonomía privada son derechos y principios constitucionales que cuentan con cobertura normativa constitucional. No obstante, estos derechos pueden ser utilizados para violar otros derechos, y en este caso, los derechos de personas afectadas por estos convenios, lo que constituye un abuso del derecho. Se entiende el abuso del derecho como un acto «en principio lícito, pero que por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social»⁶¹.

El abuso del derecho ha sido reconocido en la última parte del artículo 103 del texto constitucional. Según esta regla, ni los poderes del Estado ni los particulares pueden, justificándose en el ejercicio de un derecho fundamental, violar, restringir injustificadamente otro derecho fundamental. En efecto, esta figura ocurre cuando se ejercen los derechos fundamentales *en sentido opuesto a su*

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 54

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 57

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 64

⁶¹ Rubio Correa, Marcial. Título Preliminar. 8ª Ed. Fondo Editorial de la PUCP; Lima, 2001. p.36

*propio destino o contenido*⁶². El acto abusivo es un acto ilícito debido a la trasgresión de un deber jurídico, derivado de una prohibición genérica: «el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial –o una omisión de la misma naturaleza–, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, *sui generis*, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma»⁶³. La conclusión es evidente, el ejercicio de un derecho, en este caso de la libertad contractual, no debe exceder el uso normal del mismo, de modo que resulte antisocial o excesivo, resultando de ese ejercicio, daños para terceras personas.

El acto abusivo «significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del cual se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ejercicio o del no uso de un derecho. Se trata, por cierto, de una ilicitud *sui generis*, lo que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la teoría general del derecho»⁶⁴.

El abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, entendidos como ilícitos atípicos, tienen los siguientes cuatro elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; y d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos⁶⁵.

Las tres figuras, abuso, fraude y desviación de poder, dan lugar a principios interpretativos dirigidos al operador del derecho, pero también a principios dirigidos al legislador para que legisle de manera que se eviten, en la medida de lo posible, las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar. Los elementos configurativos del abuso del derecho serían: a) una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma; y c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario⁶⁶.

El TC es claro en sostener que los derechos también vinculan a los particulares, como ya hemos señalado, precisando que su violación es un supuesto de abuso del derecho. Para este alto tribunal «es inadmisibles el abuso del derecho[...]es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden

⁶² Valencia Zea, Arturo. Derecho civil. De las obligaciones. Bogotá, Ed. Temis, t. III, 9ª ed., 1998, p. 304

⁶³ Fernández Sessarego, Carlos. Abuso del derecho, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, pp. 139.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 143

⁶⁵ Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (2000). *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid: Trotta, p. 42

⁶⁶ Mosset Iturraspe, Jorge (1994). *Interpretación Económica de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 138

contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano»⁶⁷.

A juicio del TC, «para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean planteados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un mero abuso del derecho o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que ello repercuta directamente en un derecho cuyo contenido sea constitucionalmente protegido. Hablar del contenido constitucionalmente protegido de un derecho no significa, desde luego, que todos sus ámbitos puedan ser objeto de tutela judicial constitucional. En el ámbito de los derechos constitucionales de contenido patrimonial es preciso, pues, desmenuzar aquello que está íntimamente ligado al libre desenvolvimiento de la personalidad y aquello de contenido eminentemente económico y, como es obvio, se trata de una tarea que debe analizarse caso por caso»⁶⁸.

En el caso de los convenios, si bien pareciera que nos encontramos frente al ejercicio legítimo de la autonomía de voluntad y de la libertad contractual (a partir del hecho de la celebración del convenio entre la empresa y la Policía Nacional), estos devienen en ilegítimos, pues por medio de estos se afecta el derecho a la seguridad ciudadana de las personas afectadas por los convenios, pues distrae y desvía recursos humanos y de infraestructura que deberían estar destinados a la protección de la seguridad ciudadana. De igual manera, en los términos ya expuestos, se advierte abuso del derecho cuando se utiliza a la Policía Nacional para reprimir, criminalizar y sancionar a personas como la demandante, quienes protestan contra la actividad minera, por considerar que afecta el medio ambiente.

5. Los convenios alteran el reparto de competencias fijado en la Constitución Política

a. La prestación de servicios de seguridad privada no es competencia de la Policía Nacional

El artículo 166 de la Constitución Política es muy claro cuando determina cuál es la función policial. Según esta, *tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno; prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado; prevenir, investigar y combatir la delincuencia; vigilar y controlar las fronteras*. Así, queda claro que no ha establecido como función de la policía dar seguridad privada a empresas, como ocurre por ejemplo con el convenio entre la Policía Nacional y Yanacocha S.R.L.

Al respecto, el artículo 45 de la Constitución Política señala: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». El ejercicio del poder estatal debe darse de acuerdo a ley, en el marco de las

⁶⁷ STC N.º 00858-2003-AA, f.j. 21

⁶⁸ STC. N.º 0410-2002-AA/TC, f. j. 8

competencias constitucionalmente y legalmente establecidas. En el presente caso, la Policía Nacional debe ejercer su trabajo en las competencias que les han asignado. No obstante, el TC va más allá y señala que «[l]os poderes constituidos [*como la Policía Nacional*], por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución. En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites» (STC N.º 00014-2002-AI f.j. 61,62).

Apartarse de las competencias asignadas es incompatible con la lealtad a la Constitución a la que todo trabajador público está sujeto. El TC ha señalado que «los funcionarios del Estado, cualquiera sea su jerarquía (artículo 39º de la Constitución), deben ejercer sus competencias y atribuciones de manera proporcionada al principio de "lealtad constitucional" [Lucas Verdú, Pablo. El sentimiento constitucional, 1985], que consiste en la obligación de respetar el orden público constitucional realizando un ejercicio responsable de las funciones atribuidas por la Constitución y la Ley, así como a la jurisprudencia constitucional vinculante» (STC N.º 0001-2012-AI, f.j. 74).

En otra oportunidad el TC señaló que «[la constante resistencia a acatar las disposiciones legales por parte de la administración] hace necesario encarar este problema integralmente, y no sólo desde las respuestas aisladas por cada caso que se presenta ante este Tribunal, puesto que, pese a las múltiples sentencias emitidas, ésta práctica se mantiene, en abierto desafío a la eficacia de los derechos que la Constitución reconoce. La construcción y consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho en nuestro país requiere de una actitud comprometida de parte de todos los poderes públicos y, de manera especial, de quienes en nombre del Estado ejercen la función pública como delegación. Los funcionarios públicos, desde el que ostenta la más alta jerarquía encarnada en el cargo del Presidente de la República, conforme al artículo 39º de la Constitución, están al servicio de la Nación. Esto supone, ante todo, un compromiso de lealtad con los valores y principios sobre los que se asienta el Estado peruano, definido como Estado Social y Democrático de Derecho conforme a los artículos 3º y 43º de la Constitución» (STC N.º 03149-2004-AC, f.j.9).

b. La celebración de los convenios de prestación de servicio policial constituye el ejercicio inconstitucional de actividad empresarial del Estado

Detrás de los convenios de prestación de servicio policial y de sus similares, existe un ejercicio material de actividad empresarial del Estado, a todas luces irregular y de espaldas al ordenamiento jurídico constitucional. En efecto, según el artículo 60 de la Constitución Política, «[s]ólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional».

La prestación de estos servicios privados de seguridad por parte de la Policía Nacional a la empresa viola el principio constitucional de subsidiariedad, que establece y autoriza la intervención del

Estado subsidiariamente al sector privado, cuando este último no puede atender la demanda de servicio. En este caso, es evidente que hay empresas privadas de seguridad que pueden brindar este servicio de seguridad a la empresa minera en similares condiciones a las que lo hace el Estado, incluso mejores y con mucha mayor legitimidad.

Según el TC, «conforme se desprende del Artículo 60° de la Constitución, el Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, implica, de un lado, un límite a la actividad estatal (no puede el Estado participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado) y, de otro, el reconocer que existen ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección que desempeña el Estado. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estableció que el Principio de Subsidiariedad tiene dos dimensiones: una vertical y otra horizontal. Conforme a la segunda de ellas, se impide que el Estado actúe en el ámbito que es propio de la sociedad civil, concepto que apoya la libertad de empresa y de mercado, y que sólo reserva al Estado la función de supervisor y corrector. Ello es así, pues el fundamento del Principio de Subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo. De este modo, la Carta de 1993 ha consagrado la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, planteando el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos en aras del bien común, resultando ser, antes que un mecanismo de defensa contra el Estado, un instrumento para la conciliación de conflictos» (STC N.º 01535-2006-AA, f.j. 14 a 17).

Añade el TC que «si, por un lado, el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituye un límite al poder estatal, también es cierto que, por otro lado, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de la libertad para la actuación de los individuos del mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que mantenga su función garantizadora y heterocompositiva» (STC N.º 00019-2006-AI, f.j. 18, 19).

Hay que insistir en este punto, como lo hiciera el TC, «el principio de subsidiariedad económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía, consagrado en el artículo 60° de la Constitución, implica, de un lado, un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad» (STC N.º 07339-2006-AA, f.j. 8 a 11).

c. El artículo 49 del Decreto Legislativo N° 1148 viola el principio de jerarquía normativa de la Constitución Política

A diferencia del campo privado, en el que no está prohibido está permitido, de conformidad con el artículo 2.24.a de la Constitución (principio de legalidad), en el terreno del Estado, la facultad que no le está expresamente reconocida a una entidad como una competencia, está prohibida, en consonancia con el artículo 45 de la Constitución, que precisa que el poder público se ejerce dentro del marco de las competencias expresamente reconocidas.

En este caso, a través del Decreto Legislativo N.º 1148, se ha otorgado a la Policía Nacional una competencia que no solo no estaba en la Constitución, sino que resulta incompatible con su contenido y con los principios que sustentan sus artículos 166 y 39. El primero determina que es función de la Policía Nacional la protección de la seguridad ciudadana de todos los ciudadanos y que todo funcionario público está al servicio de la nación, y en consecuencia, al servicio del interés público.

La Constitución, como señala el TC, «no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución)» (STC N.º 00020-2005-AI y 00021-2005-AI, acumulados, f.j. 19).

En esta misma dirección, el TC ha indicado que «[l]a validez en materia de justicia constitucional (...) es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución)» (STC 0004-2004-AI, f.j. 2). Pero además, debe tenerse presente, el principio de competencia. El artículo 79º del Código Procesal Constitucional es claro cuando establece que «[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona».

Como precisa el TC, «el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes o normas de su mismo rango, está integrado, siempre y en todos los casos, por la Constitución. Aún cuando también puede encontrarse conformado por otras normas legales. Cuando dichas normas delimitan el ámbito competencial de los distintos órganos constitucionales, además del principio de jerarquía normativa, el principio de competencia es medular para determinar la validez o invalidez constitucional de las normas con rango de ley; máxime en aquellos Estados que, como el nuestro, son unitarios y descentralizados (artículo 43º de la Constitución)». (STC N00020-2005-AI y 00021-2005-AI, acumulados, f.j. 19)

En consecuencia, no solo la Constitución forma parte de parámetro de constitucionalidad, también lo componen las leyes orgánicas que reconocen y desarrollan las competencias de los órganos constitucionales. La cobertura normativa del bloque de constitucionalidad está en el mismo artículo

79 del Código Procesal Constitucional, cuando señala que *para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*. Esto es relevante para el estudio del presente caso, pues se pretende alterar el contenido de una norma constitucional mediante una norma de rango legal, como son las contenidas en decretos legislativos. Esto es, a todas luces, inconstitucional, pues la validez de normas de rango infraconstitucional está sujeta a su armonización con la Constitución Política y las demás normas que tengan su mismo rango, por lo tanto, el artículo 49 del D.L. N.º 1148, al reconocer como fuente de recursos a los ingresos provenientes de la prestación de servicios de seguridad privadas a favor de empresas, es inconstitucional, por lo que es necesario se deje sin efecto, en tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas afectadas por los convenios.

c. La Policía Nacional del Perú a través de los convenios incurre en actos de arbitrariedad y se extralimita en el ejercicio de sus funciones

Si bien la Policía Nacional cumple funciones asignadas por la Constitución Política, como son, entre otras, la investigación y el combate de la delincuencia, en el cumplimiento de esta misión no debe incurrir en actos que supongan arbitrariedad o extralimitación de sus funciones; por el contrario, el ejercicio de su poder tiene que ser proporcionado y racional, ajustado a los fines que persigue, acorde con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, que se deriva de los artículos 3 y 41 del texto constitucional (al respecto, véase la STC N.º 05490-2007-HC, f.j. 4).

En otra oportunidad precisa el TC que «debe quedar claro que toda intervención o actuación policial debe ser válidamente realizada, para lo que ha de cumplir con los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico» (STC N.º 06092-2005-HC f.j. 4 y 5).

d. Los convenios vulneran el principio de interdicción de la arbitrariedad, pues constituye una desviación del poder policial

El principio de interdicción a la arbitrariedad ha sido reconocido y desarrollado de forma uniforme en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la medida en que este principio es un principio jurídico constitucional y de vital importancia, resulta importante hacer hincapié en la naturaleza y fuerza jurídicas de los principios jurídicos.

En tal sentido, los principios jurídicos son mandatos de optimización que ordenan la concreción de una determinada finalidad en el máximo grado posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas; es decir, «los principios constitucionales, una vez determinados, adquieren proyección normativa y, al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos⁶⁹».

⁶⁹Freixes, Teresa y José Remotti (1992). *Los valores y principios de la interpretación constitucional* en Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, número 35, p. 101

En relación con la fundamentación de este principio, el TC ha sido muy claro en reconocer que el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. Según este, «la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica⁷⁰». En esta línea, el Tribunal ha considerado que «las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico⁷¹».

Precisamente, es la prohibición de la arbitrariedad la que ha dado origen al principio de interdicción de la arbitrariedad⁷². En este sentido, sobre el contenido constitucional del principio de interdicción de la arbitrariedad, el TC ha precisado que este tiene un doble significado: «a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y b) en un sentido moderno y concreto aparece como lo carente de fundamentación objetiva. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad⁷³».

No obstante, debe advertirse que esto no significa que deba desconocerse que determinadas autoridades y funcionarios públicos necesiten márgenes de libertad para cumplir con eficacia las funciones que se les encarga. La doctrina ha reconocido en forma reiterada que el ejercicio del poder supone, en determinados sectores y materias, el reconocimiento de ciertos márgenes de discrecionalidad a la hora de tomar decisiones para el cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales. Sin embargo, estas deben ser sustentadas, pues, como ha ocurrido en el presente caso, muchas veces surgen problemas con quienes las hubieron tomado, al sentir que no debían explicaciones ni argumentos normativos válidos que puedan sustentar sus decisiones.

Por otro lado, según señala García de Enterría, la técnica de control de la desviación de poder consiste en «constatar que el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas. En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general»⁷⁴.

Igualmente, García de Enterría recuerda, acerca de la desviación de poder, que «[l]os poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales

⁷⁰ STC 00090-2004-AA/TC, f.j. 12

⁷¹ *Ibídem*

⁷² En relación con la interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, García de Enterría señala que bajo el concepto de arbitrariedad se comprenden los siguientes supuestos: 1) una falsa apreciación de los hechos; 2) una ruptura del principio de igualdad; 3) que se pretenda transgredir los principios inmanentes a la naturaleza de instituciones cuya configuración trasciende los poderes reglamentarios; 4) que se intente establecer un régimen restrictivo que no guarde proporción o congruencia con las finalidades positivas perseguidas; 5) que suponga una manipulación de los medios elementales de vida de los destinatarios como instrumentos coercitivos; y 6) que aparezcan motivados en una finalidad de protección de simples intereses particulares, para cuya elevación al rango de intereses.

⁷³ STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC, f.j. 12

⁷⁴ García de Enterría, Eduardo (XXXX). La inmunidad de los poderes discrecionales. XXXX: Editorial XXXX, p. 36

otorgados por el Ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad»⁷⁵. A continuación, García de Enterría se refiere a casos concretos en los que existe desviación de poder, por ejemplo, «cuando se utiliza una potestad de policía no en vista de garantizar la seguridad de personas y cosas, sino con objeto de devengar una tasa, con una finalidad simplemente fiscal»⁷⁶.

En tal sentido, los actos que adolezcan de desviación de poder, al no responder a su finalidad legítima, constituyen vulneraciones al principio de interdicción a la arbitrariedad, pues se tratarán de actos arbitrarios y contrarios al Derecho y su razonabilidad. En el caso de los convenios, el objeto de los convenios celebrado entre la Policía Nacional y la empresa minera se ha desviado del fin primario de la institución policial: el resguardo de los intereses comunes de la sociedad y del Estado, pues se la está poniendo al servicio de un privado, en desmedro de la población local y su bienestar. Frente a esto, García de Enterría señala que «[a] esta constatación de la identidad o divergencia de los fines se reduce todo el problema»⁷⁷.

En este orden de ideas, los actos jurídicos celebrados entre la Policía Nacional, como entidad estatal y adscrita al Ministerio del Interior, y la empresa minera que estén apartados de los fines constitucionales de la función policial adolecerán de desviación de poder, por lo que deberá considerárseles incompatibles con el texto constitucional en su fondo y, por tanto, deberán ser inaplicados en el caso concreto.

6. La obligación estatal de protección *especial* de los derechos fundamentales

a. El deber especial de protección de los derechos fundamentales

De conformidad con los artículos 1 y 4 de la Constitución Política, la razón de ser del Estado es la protección de los derechos fundamentales de las personas. El fin supremo no es el Estado, sino la dignidad de la persona humana. En palabras del TC, existe un «deber especial de protección de los derechos fundamentales»⁷⁸. Como dice este, no se trata de una «cuestión teórica derivada de la existencia de una o más teorías sobre la legitimidad del Estado [...] constitucionalmente se sustenta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales»⁷⁹.

La constitucionalización del deber especial de protección «comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el

⁷⁵García de Enterría, Eduardo (XXXX). Curso de Derecho Administrativo. XXXX: Editorial XXXX, p. 467

⁷⁶ García de Enterría, *op. cit.*, p. 468

⁷⁷ García de Enterría, *op. cit.*, p. 469

⁷⁸ STC exp. N° 0858-2003-AA/TC, “debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un "deber especial de protección". (título 4 y f.j. 5 y 7)

⁷⁹ STC exp. N° 0976-2001-AA/TC, f.j. 5.

Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en los que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales»⁸⁰.

b. La obligación del Estado de remover obstáculos que impiden la vigencia de los derechos constitucionales

Finalmente, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación del Estado de *adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*. Esta norma establece, en consecuencia, la obligación del Estado de remover los obstáculos legales y fácticos que impiden el ejercicio de los derechos humanos. Así, el Estado está obligado a revisar la validez de las normas cuestionadas, a fin de viabilizar este deber, siempre orientándose a la tutela de los derechos fundamentales.

En definitiva, el Estado tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus de sus más emblemáticas sentencias, emitida en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, el Estado tiene la obligación 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 (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos»⁸¹. En el presente caso, estamos ante una violación por omisión. Añade que «[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»⁸².

III. CONCLUSIONES

En atención a los argumentos expuestos, podemos concluir lo siguiente

- El artículo 19, inciso 5 del Decreto Legislativo N.º 1148 y el texto íntegro del Decreto Supremo N.º 004-2009-IN constituyen el fundamento de los convenios de *prestación de servicios extraordinarios complementarios a la función policial*.
- Las normas señaladas, legales y reglamentarias y su aplicación en convenios entre la PNP y empresas extractivas, constituyen una amenaza cierta e inminente del derecho constitucional a la seguridad ciudadana de la población que viven en la localidad de

⁸⁰ STC N.º 0858-2003-AA/TC, f.j. 7

⁸¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.

⁸² *Ibidem*, párrafo 167

influencia de los proyectos extractivos, y de manera más intensa, de la población que se opone a estos proyectos extractivos, o tiene intereses contrarios sobre la presencia de actividades mineras en la zona, lo que –más allá de su razón o no– genera conflictos en los que la Policía Nacional interviene en defensa del interés de la empresa.

- Asimismo, estos convenios constituyen una amenaza cierta e inminente de vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, los principios del Estado social de Derecho, de la garantía de la vigencia plena de los derechos humanos, del deber estatal de dar protección a los sectores que sufren cualquier desigualdad y de interdicción a la arbitrariedad en perjuicio de la población afectada por los convenios, que en muchos casos es opositora a ejecución de nuevos proyectos mineros en la zona. Incluso, estos convenios resultan incompatibles con diversas obligaciones internacionales asumidas por el Estado frente a la protección de los derechos humanos.
- De igual manera, estas normas consagran la privatización de la coerción, en particular dentro de la Policía Nacional, lo que compromete gravemente su independencia y desnaturalizando y desvirtuando su función constitucional, que es la protección del orden interno y brindar garantías para la plena vigencia de los derechos fundamentales de toda la comunidad.
- En un contexto de carencia de efectivos policiales a nivel nacional para garantizar la seguridad ciudadana en las calles en beneficio de todos los ciudadanos, tal como lo ha reconocido el propio Gobierno, destinar o desviar personal policial para labores distintas a su labor policial original implica objetivamente la distracción de los escasos recursos con los que cuenta el Estado para el cumplimiento debido de su función constitucional, significa el menoscabo y la limitación, en forma intolerable, de la función policial.
- La prestación de servicios de seguridad privada por parte de la Policía Nacional a empresas mineras, genera confusión en la población, en particular en la local, pues no queda claro qué función se está cumpliendo y al servicio de quién se encuentra, pues resulta imposible distinguir al oficial policial que está en servicio de aquel que está prestando labores de vigilancia en día de franco a favor de la empresa. Esto trae como consecuencia la deslegitimación de la función policial y el incremento de la desconfianza de la población en sus autoridades.
- La presencia de un servicio policial carente de independencia, causa un clima generalizado de hostilidad contra la población afectada o contra la población que cuestiona los proyectos mineros y, en general, contra la población local que legítimamente, tiene intereses distintos a los que persigue la empresa minera. No obstante, estos son criminalizados, poniéndoselos en riesgo.

IV. RECOMENDACIONES

- a. **Dejar sin efectos jurídicos los convenios de *prestación de servicios extraordinarios complementarios a la función policial* celebrado entre empresas mineras y extractivas y la Policía Nacional del Perú;**
- b. **Recomendar a la Policía Nacional del Perú, la adopción de medidas correctivas, de naturaleza administrativa,** con el objeto de contar con efectivos policiales de trabajo a tiempo completo y de prohibir la celebración futura de convenios *personalizados de prestaciones de servicios complementarios a la función policial*, a fin de salvaguardar derechos fundamentales;
- c. **Recomendar a la Policía Nacional de Perú y al Ministerio del Interior –y exhortar al señor presidente del Consejo de Ministros y al señor ministro del Ministerio de Economía y Finanzas–** la adopción de medidas concretas destinadas a que la Policía Nacional del Perú cumpla adecuadamente con su deber de proteger el orden interno en función del interés general de la ciudadanía nacional, mas no de un grupo económico a tiempo completo y en forma exclusiva;
- d. **Exhortar al Congreso de la República a la modificación el artículo 49, inciso 5 del Decreto Legislativo N.º 1148, Ley de la Policía Nacional del Perú, y la derogatoria del Decreto Supremo N.º 004-2009-IN,** que aprobó el *Reglamento de prestación de servicios extraordinarios complementarios a la función policial*, por las razones expuestas en la presente demanda.