

**DIRECTORES:**

Anthony Julio Romero Casilla  
Allen Martí Flores Zerpa  
Frank James Paucarchuco Gonzales

# **EL DERECHO SOMETIDO A ANÁLISIS : ASPECTOS CRÍTICOS, DEBATIBLES Y RELEVANTES EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL SIGLO XXI**



The logo for Amachaq features three stylized human figures in red, yellow, and blue, standing side-by-side.

**Amachaq**  
*Escuela Jurídica*

# **El Derecho sometido a análisis: Aspectos críticos, debatibles y relevantes en la doctrina y jurisprudencia del Siglo XXI**

## **AUTORES:**

Esta es una obra colectiva

## **DIRECTORES:**

Romero Casilla, Anthony Julio  
Flores Zerpa, Allen Martí  
Paucarchuco Gonzales, Frank James

## **COLABORADORES PRINCIPALES:**

Borja Torres, Fernando Eddy  
Linares Rodriguez, Natalia Alejandra

## **COLABORADORES:**

Chalco Cucho, Diego Marat  
Corimanya Sifuentes, Flavia Belen  
Crovetto Salazar, Sheyla Franchesca  
Divizzia Franco, Richard Angel  
Espinoza Risco, Ana Maria.  
Hernandez Cueva, Johan Jose  
Jimenez Silvera, Brenda Daysi  
Lopez Paucar Jennyfer Scarleth  
Mallco Huarcaya, Roxana  
Maquera Anchaise, Carlos Daniel  
Ore Martínez, Mayela Alessandra.  
Pacheco Valladares, José Manuel  
Paz Arroyo, Claudia Sofía  
Raymundo Véliz, Yoshelin Dolores  
Salguero Julca, Lucia Yolanda  
Toribio Chavez Jean Franco  
Torres Flores, Nicole Xiomara  
Zaragoza Jimenez, Fabrizio Estefano  
Zuñiga Siguas, Bianca Alexandra

## **CORRECTORES:**

Anchahua Flores, Valery  
Bacilio Vega, Ana Lucía  
Torres Machaca, Alessandra Justine  
Valle Tomas, Brian Adiel

**EDITADO POR:**

**© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa

[amachaq.escuela.juridica@gmail.com](mailto:amachaq.escuela.juridica@gmail.com)

[www.editorialamachaq.com](http://www.editorialamachaq.com)

Lima – Perú

**PRIMERA EDICIÓN DIGITAL – MARZO 2024**

**LIBRO ELECTRÓNICO DISPONIBLE EN:**

[www.editorialamachaq.com/libro-precongreso-2023](http://www.editorialamachaq.com/libro-precongreso-2023)

**ISBN: 978-612-49585-0-2**

**Hecho el Depósito Legal en la**

**Biblioteca Nacional del Perú N° 2024-02556**

El presente libro es el producto de la recopilación de artículos académicos y ponencias presentadas en el marco del Pre-Congreso Internacional Multidisciplinario y Pre-Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, cuyo eje temático se denominó "Teoría y práctica integral del Derecho aplicable a realidades y casos peruanos", organizado por AMACHAQ Escuela Jurídica del 30 de junio al 02 de julio del 2023.

**DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N.º 822**

Queda prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.



*El derecho sometido a análisis: Aspectos críticos, debatibles y relevantes  
en la doctrina y jurisprudencia del siglo XXI*

*Amachaq Escuela Jurídica*

*Disponible en:*

[www.editorialamachaq.com/libro-precongreso-2023](http://www.editorialamachaq.com/libro-precongreso-2023)

*Año: 2024*

*Edita:*

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.  
[amachaq.escuela.juridica@gmail.com](mailto:amachaq.escuela.juridica@gmail.com)  
[www.editorialamachaq.com](http://www.editorialamachaq.com)

El libro “El Derecho sometido a análisis: Aspectos críticos, debatibles y relevantes en la doctrina y jurisprudencia del Siglo XXI” de Amachaq Escuela Jurídica es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

[www.editorialamachaq.com/libro-precongreso-2023](http://www.editorialamachaq.com/libro-precongreso-2023)

Algunos derechos reservados.



# ÍNDICE

PRÓLOGO.....10

**I. DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS, DERECHO ELECTORAL Y DERECHO PARLAMENTARIO**

*a) Ponencias*

- **El principio de separación de poderes y su contenido para el ejercicio de las relaciones ejecutivo-legislativo del Perú**  
*Lucas Daniel Gherzi Murillo. .... 19*
- **Análisis de las barreras y desafíos sobre la participación política de los ciudadanos y ciudadanas**  
*José Gabriel Barragán García ..... 29*
- **Análisis de la participación de la mujer en el ámbito parlamentario y electoral peruano: Avances y desafíos en el siglo XXI**  
*Luisana Isell Vega Zeña..... 39*
- **El Derecho Constitucional en el día a día de los peruanos**  
*Luis Andrés Roel Alva ..... 55*

## II. CIENCIAS PENALES

### a) Ponencias

- **La situación de la pena privativa de la libertad en el siglo XXI**  
*Julio Fernández García*..... 83
- **La prolongación de prisión preventiva: Análisis de casos prácticos de cara a la realidad peruana**  
*Rosario Solange Palacios Meléndez* ..... 93
- **La atención médico legal en casos de violencia física y sexual en el contexto peruano**  
*José Luis Pacheco de la Cruz* ..... 105
- **Análisis y reflexiones sobre la teoría del delito y litigación oral en el proceso penal peruano**  
*Dalmiro Huachaca Sánchez* ..... 115
- **La evolución del Tribunal Penal Internacional y su incidencia en el Derecho Peruano**  
*Jearsineo Yarlequé Montero* ..... 119
- **La resocialización en los perfiles del criminal económico en el Derecho Comparado: Casos de Perú y España**  
*Mario Eduardo Maldonado Smith*..... 125

## III. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

### a) Ponencias

- **El diagnóstico latinoamericano sobre la violencia de género: aciertos y deficiencias**  
*Claudio Fabián Mazuqui*..... 139

*b) Mesas de diálogo*

- **Fenómenos criminológicos en torno a la violencia de género. Casos de feminicidio y homicidio en el entorno familiar**  
*Yajaida Huamán Escobar*  
*Roberto Cabrera Suárez*  
*Giuliana Guanilo Montoya* ..... 147

**IV. DERECHO AMBIENTAL**

*a) Ponencias*

- **El rol del derecho ambiental en la protección de los ecosistemas frente a la contaminación y la sobreexplotación en el Perú**  
*Roy Fernando Cárdenas Velarde*..... 165

**V. DERECHO PRIVADO**

*a) Ponencias*

- **Guardia y custodia exclusiva. Requisitos para obtenerla. Opiniones de los tribunales españoles**  
*Rebeca Herrero Villavieja* ..... 179
- **Comentarios acerca de la indemnización en el divorcio por causal a propósito del Tercer Pleno Casatorio**  
*Ursula Rosalia Aniceto Norabuena* ..... 191

*b) Mesas de diálogo*

- **“Reconocimiento de paternidad/divorcio por causal/violencia familiar: El derecho de familia en casos de figuras públicas**



*Jenny Díaz Honores*  
*Alessandra Mendoza del Valle*  
*Mariano Vásquez Rengifo* .....201

**VI. DERECHO LABORAL, PROCESAL LABORAL Y  
PROMOCIÓN DEL EMPLEO**

*b) Ponencias*

- **Derechos fundamentales de los trabajadores**  
*Luis Alberto Serrano Díaz* ..... 217
- **El reglamento interno de trabajo en la actualidad**  
*Roberto Carlos Vilchez Sánchez y Joseph Aaron Smith Cuadro* ..... 227



## PRÓLOGO

El Derecho es cambiante, perfectible y muchas veces progresivo, pues con el pasar del tiempo, las posturas, los debates y la perspectiva de la realidad jurídica se va tornando distinta y así hasta cuestionable. Es así que, la mirada crítica que posee el operador jurídico también cambia, y con ello se modernizan las ideas y las propuestas en materia legislativa, lo cual significaría un replanteamiento de las ideas y avance constante hacia la búsqueda de una mejor regulación normativa, en donde los principios y las garantías se vean fortalecidas.

En ese sentido, las diversas ramas del Derecho han sufrido una serie de variaciones en cuanto materia sustancial y procesal en este último siglo, por lo que, es menester interesarse aún más por aquellas propuestas que signifiquen un avance significativo, y seguir buscando la mejora del Derecho en todos los campos.

Es por lo anterior mencionado, que el equipo de Amachaq Escuela Jurídica pone a disposición de todo su público lector, el libro titulado “El Derecho sometido a análisis: Aspectos críticos, debatibles y relevantes en la doctrina y jurisprudencia del siglo XXI”, el cual fue elaborado mediante una ardua labor por parte de todo el equipo de Amachaq, con el objetivo de poder plasmar de una manera recopilada, sistemática y sobre todo, accesible, de todas las ideas puestas en debate en el marco del Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho, la cual fue llevada a cabo entre el 30 de junio y el 01 de julio del año 2023.

En primer lugar, con respecto a la materia de **Derecho Constitucional, Derecho Parlamentario, Derecho electoral y Derechos Humanos**, se vislumbran temáticas como la separación de poderes, principio indispensable para la regulación normativa de carácter democrático y justo; la problemática en torno a las barreras y desafíos — dicho sea de paso, aún pendientes de resolver — que impiden a los ciudadanos, y más a las ciudadanas, la posibilidad de participar adecuadamente en el ámbito político, ya sea en el aspecto parlamentario o el electoral. Por último, se plantea un análisis exhaustivo del rol fundamental que juega el Derecho Constitucional en el transcurrir de la sociedad peruana en pleno siglo XXI.

Respecto a las **Ciencias Penales**, los temas que se abordan están relacionados al papel que cumple la prisión preventiva, y cómo es que se ha proyectado su aplicación, ello desde una perspectiva crítica a partir del análisis de casos relacionados a la realidad peruana. Además, se tratan otros temas como la atención médico legal en los casos de violencia física y sexual, sobre la teoría del delito y su implicancia para una adecuada litigación oral en el proceso penal. Asimismo, para finalizar con el abordaje de dicha rama, se pone atención al contexto internacional, con el objetivo de buscar la relación del Derecho de otros países, para explicar su relación e incidencia en el contexto nacional.

Por otro lado, en cuanto a los artículos plasmados que profundizan en el área de **Violencia contra la mujer**, se detalla sobre la violencia de género que se utiliza contra las personas de sexo femenino, y cómo dicha violencia trae como consecuencia la perpetración de delitos tan graves como el feminicidio y homicidio en los diversos entornos sociales de nuestra sociedad.

Ahora bien, en torno al **Derecho ambiental** se estudia a detalle el rol que cumple dicha rama para la búsqueda — que se ha tornado constante — de la protección de los ecosistemas frente a la contaminación y la sobreexplotación en el Perú, pues es sabido que actualmente, con el avance tecnológico e industrial, se ha visto también un incremento de violaciones a normas que cumplen la función de evitar la contaminación y los desastres ecológicos.

Por su parte, en materia de **Derecho Privado** se enfatiza en tópicos relacionados al derecho familiar, específicamente, a la guardia y custodia que poseen los padres frente a sus descendientes y los requisitos para obtenerla y el reconocimiento de la paternidad; asimismo, en cuanto al divorcio, se analiza cuándo es que se debe producir o dar efecto a una indemnización, para lo cual se buscará la introducción a los fundamentos contenidos en el Tercer Pleno Casatorio.

Por último, en relación con el **Derecho Laboral**, los ponentes discuten y tratan sobre los derechos laborales que le corresponde a la persona cuando posee la condición de trabajador, además, del reglamento interno de trabajo que se encarga de regular su desempeño en el campo laboral en el cual este ejerce sus actividades.

Para concluir con este prólogo, resulta oportuno y necesario extender nuestro agradecimiento a cada uno de los ponentes autorizados, que no dudaron en compartir sus vastos conocimientos con el público interesado, que busca cada vez más ampliar su mirada crítica y analítica. Asimismo, se agradece a cada uno de los colaboradores que pertenecen a tan dichosa institución jurídica, que permitieron plasmar aquellas ideas en las transcripciones, y en la adecuación de los artículos de una manera sistematizada en este producto académico.

Desde AMACHAQ Escuela Jurídica, recalcamos nuestro objetivo de brindar siempre la oportunidad de alcanzar a nuestro público lector los conocimientos necesarios para la formulación de reflexiones e ideas que permitan el progreso de la ciencia jurídica.

**I. DERECHO CONSTITUCIONAL,  
DERECHOS HUMANOS,  
DERECHO ELECTORAL Y  
DERECHO PARLAMENTARIO**



## *a) Ponencias*





# El principio de separación de poderes y su contenido para el ejercicio de las relaciones ejecutivo-legislativo del Perú\*

Lucas Gherzi Murillo\*\*

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Primera falla: el “teorema de la ignorancia” / 3. Segunda falla: el “problema de la agencia” / 4. Tercera falla: “distribución no equitativa de costos y beneficios” / 5. Una mirada más cercana a la Constitución / 6. Constitución: ¿larga o corta? / 7. Conclusiones / 8. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. Introducción

Resulta sumamente interesante explorar la disciplina del Análisis Económico del Derecho en el contexto peruano, ya que esta rama ha sido ampliamente estudiada, pero mayormente en relación al ámbito privado. Es común que se discuta el análisis económico en contratos, responsabilidad civil extracontractual y propiedad, pero sorprendentemente se ha prestado poca atención al análisis económico del derecho constitucional. A lo largo del artículo, se discutirán los fundamentos teóricos y la importancia de aplicar un enfoque económico al estudio del derecho constitucional compartiendo estadísticas e información relevante que nos permiten explorar de manera más específica este análisis económico.

## 2. Primera falla: el “teorema de la ignorancia”

La política, a diferencia de las decisiones personales que suelen ser meditadas y racionales, tiende a ser emocional en lugar de racional. Esta dis-

---

\* Ponencia virtual llevada a cabo en Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho Y el Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del viernes 30 de al domingo 02 de julio del 2023.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con maestría en derecho por la Universidad de Chicago. Se desempeña como docente de derecho constitucional y análisis económico del derecho en diversas universidades de Lima. Asimismo, ha trabajado anteriormente como Asesor Jurisdiccional en el Tribunal Constitucional.

crepancia en el comportamiento humano al tomar decisiones individuales y colectivas plantea un análisis interesante. En las decisiones personales, las personas ponderan cuidadosamente las opciones antes de, ya sea que elijan raíces sobre su educación, trabajo, relaciones personales o incluso la compra de bienes. La razón detrás de esta meditación es que las decisiones personales tienen un impacto directo en la vida de uno, y una elección bien pensada conduce a un resultado positivo. Por el contrario, una elección impulsiva o sin consideración puede resultar en un resultado negativo.

Sin embargo, en el ámbito de las decisiones colectivas, especialmente en situaciones de votación, el análisis cambia absolutamente. Aunque un individuo puede dedicar tiempo a estudiar, investigar y analizar los planes de gobierno y las hojas de vida de los candidatos, su voto solo representa una fracción minúscula de la decisión colectiva. Como resultado, el incentivo racional para los individuos no es dedicar tiempo ni esfuerzo a preparar o estudiar informadamente antes de votar. El costo de oportunidad de invertir tiempo y dinero en educarse sobre las opciones políticas, sumado al conocimiento de que su voto tiene un impacto mínimo en el resultado general, desalienta la participación racional en el proceso político.

Esta realidad genera una consecuencia preocupante: en política, el ganador de una elección, puede ser el candidato más capacitado o adecuado para el cargo, como también puede ser aquel que logre transmitir mejor un sentimiento, tener una mayor empatía con el electorado o incluso engañar a las personas con promesas o demagogia. En resumen, la política tiende a favorecer a quienes son hábiles en la manipulación emocional y en generar una conexión superficial con la ciudadanía. Esta primera falla de la democracia revela su naturaleza irracional, donde los mejores no siempre son seleccionados, sino que a veces son los peores los que obtienen el poder.

### **3. Segunda falla: el “problema de la agencia”.**

La segunda falla de la democracia es conocida como el problema de la agencia, que se refiere a la discrepancia entre la teoría de que los congresistas, el presidente y los alcaldes representan al pueblo y la realidad de que esto es simplemente una metáfora. En general, los políticos y el Estado no actúan en beneficio de la mayoría de la población, ni hacen lo que esta desea, sino que actúan en su propio interés.

Si consideramos que los políticos siempre son altruistas, estaríamos ante una realidad muy diferente a la que existe en nuestro país. El comportamiento promedio de los alcaldes y congresistas muestra que suelen ayudar a sus amigos y perjudicar a sus enemigos. Además, muchos de ellos están preparados para cometer actos de corrupción si tienen la oportunidad. En

general, los funcionarios públicos muestran una falta de compromiso, pereza y deseo de terminar su trabajo temprano.

Estas características de los políticos y el Estado generan insatisfacción y resentimiento en la población hacia el sistema democrático. Esto se debe al problema de la agencia, que implica los costos en los que incurrimos para que los representantes actúen de manera adecuada. Sin embargo, en la práctica, la mayoría de las personas no se involucran activamente en fiscalizar al gobierno, ya que están ocupadas con sus vidas cotidianas. Como resultado, los gobernantes terminan presentándose a sí mismos y haciendo lo que desean en lugar de trabajar en beneficio de la población.

El problema de la agencia no solo se encuentra en el ámbito estatal, sino que también existe en el sector privado. Sin embargo, en el sector privado, este problema tiende a ser más moderado debido a la menor cantidad de accionistas y su interés en el buen funcionamiento de la empresa. En contraste, en el ámbito estatal, el problema de la agencia es enorme, ya que todos los ciudadanos son los representados y cada uno debería tener interés en fiscalizar al gobierno. Pero en la realidad, a pocos les importa y los gobernantes hacen lo que quieren, lo cual a menudo resulta en escándalos de corrupción y otras irregularidades en todas las ramas del Estado.

#### **4. Tercera falla: “distribución no equitativa de costos y beneficios”.**

La tercera falla de la democracia se relaciona con lo que se conoce como la distribución no equitativa de los costos y beneficios. En teoría económica, esta cuestión plantea un escenario interesante. En la política se generan costos y beneficios, y casi todas ellas empeoran a diferentes personas de manera desigual. El problema radica en que algunas políticas pueden ser perjudiciales para la sociedad en general, pero beneficiosas para un grupo reducido.

Para ilustrar esta situación, podemos imaginar un ejemplo sencillo. Supongamos que alguien se sitúa en la entrada de una universidad y cobra un peaje de cinco céntimos a cada estudiante que ingresa.

Cada estudiante se molestará un poco por tener que pagar esa pequeña cantidad, pero la persona que cobra el peaje se beneficiará mucho más de lo que cada individuo pierde. Si bien cada estudiante sufre una pequeña pérdida, el cobrador obtiene ilegítimamente una ganancia considerable. En este caso, la política del peaje perjudica a la sociedad en general, pero beneficia desproporcionadamente a quien lo impone.

La problemática radica en que aquellos que se benefician de estas políticas negativas para la sociedad tienen un fuerte incentivo para hacer lobby y defenderlas. En este sentido, quienes tienen mayor capacidad para influir en el Estado no suelen ser las mayorías dispersas, sino las minorías organizadas. La política a menudo se convierte en una lucha entre diversos grupos de interés que buscan obtener mayores beneficios, mientras que la mayoría asume los costos. Esta dinámica desigual genera un desequilibrio en la distribución de los beneficios y los costos.

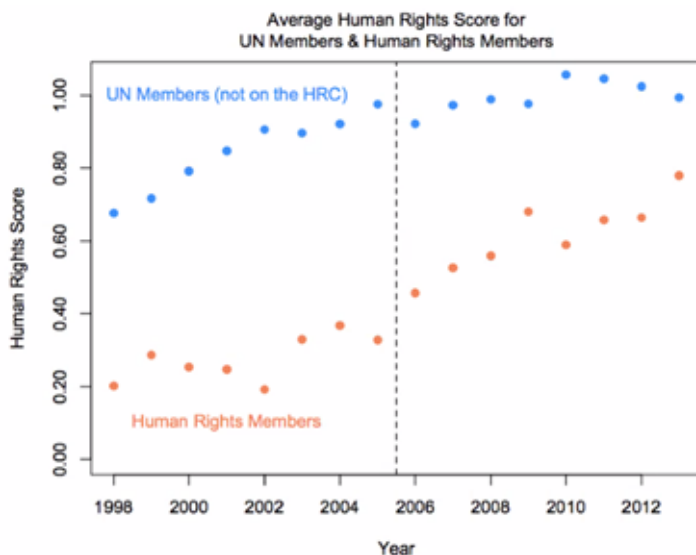
Es importante destacar que no se está afirmando que la política sea siempre negativa, ni que la democracia deba desaparecer. La democracia tiene muchas ventajas en comparación con otras formas de gobierno. Sin embargo, es crucial ser consciente de las fallas inherentes al sistema político. Si ignoramos estas fallas, corremos el riesgo de tomar decisiones equivocadas sobre el derecho y generar problemas que difícilmente podremos resolver. Es necesario reconocer y abordar estos graves problemas para mejorar el funcionamiento del sistema político.

## **5. Una mirada más cercana a la Constitución.**

En este apartado, se va a reflexionar sobre la importancia de los derechos fundamentales y la separación de poderes en una constitución. Para ello, se planteará una pregunta: ¿qué es lo más importante en una constitución, la parte que reconoce derechos fundamentales o la que establece la separación de poderes en el Estado?

Imaginemos que tenemos una constitución que reconoce numerosos derechos, pero que no establece la estructura del Estado. Por otro lado, consideramos una constitución que establece la estructura del Estado, pero no reconoce ningún derecho, ¿cuál de estas constituciones preferiríamos?

La respuesta a esta pregunta es crucial para comprender la importancia de los derechos fundamentales y la separación de poderes en una constitución. Al plantear esta interrogante, algunos argumentan que la separación de poderes es más importante, mientras que otros sostienen que los derechos fundamentales tienen mayor relevancia. Es importante destacar que ambos aspectos son fundamentales y no se excluyen mutuamente; sin embargo, la intención es abrir el debate y reflexionar sobre su importancia relativa.

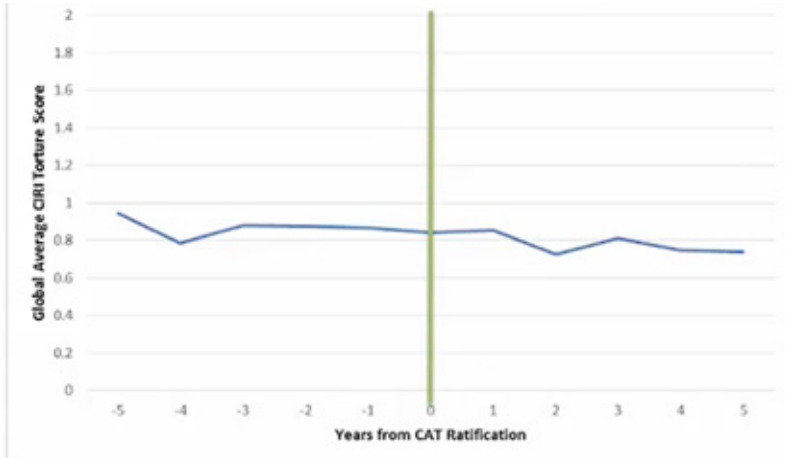


Para ilustrar esta discusión, se presentan algunos gráficos que ayudarán a reflexionar sobre el tema. En el gráfico que se muestra, podemos observar los puntajes de derechos humanos a lo largo del tiempo. En el eje horizontal se representa el tiempo, mientras que en el eje vertical se indican los puntajes en materia de derechos humanos. Los países que forman parte del comité de derechos humanos de la ONU se muestran en color naranja, mientras que los que no pertenecen a dicho comité se representan en color azul.

Este gráfico revela algo sorprendente: los países que forman parte del comité de derechos humanos de la ONU violan más los derechos humanos que aquellos que no forman parte de él. Esta observación resulta contraintuitiva, ya que los países que se pronuncian constantemente sobre los derechos humanos en las Naciones Unidas y afirman respetarlos, en realidad, los violan con mayor frecuencia. Por otro lado, aquellos países que no participan en el comité violan menos los derechos humanos.

¿Cómo se puede interpretar esto? La explicación que se propone es que cuando un país viola sistemáticamente los derechos humanos, tiene un incentivo para unirse al comité de derechos humanos de la ONU con el fin de defenderse o mejorar su imagen. Por otro lado, aquellos países que respe-

tan los derechos humanos no tienen la misma necesidad de participar en el comité. Sin embargo, esta reflexión nos lleva a una conclusión importante: el respeto de los derechos humanos no depende únicamente de la retórica o de su reconocimiento en la Constitución. Depende de otras circunstancias, como la existencia de un poder judicial independiente, un congreso autónomo y un Ministerio Público independiente.



Para respaldar esta sustentada, se presenta otro gráfico que muestra el impacto de un tratado internacional promovido por las Naciones Unidas. La línea azul representa el nivel de tortura en el mundo, mientras que la línea verde indica el momento en que entró en vigencia el tratado. Sorprendentemente, el nivel de tortura se mantiene prácticamente igual antes y después de la entrada en vigor del tratado. Estos datos revelan la necesidad de ir más allá de la mera declaración de derechos en una constitución y enfocarse en la estructura y separación de poderes.



De alguna manera, la tesis que se quiere compartir es que el alma del derecho constitucional radica en la separación de poderes. Sin esta división clara de los poderes estatales, no se puede hablar verdaderamente de un estado constitucional. Se puede tener derechos fundamentales reconocidos en teoría, pero nunca se podrán disfrutar plenamente de esos derechos si no existe una separación efectiva de poderes. La separación de poderes es la condición sine qua non para la existencia de un sistema constitucional funcional.

## 6. Constitución: ¿larga o corta?

De manera que, otra idea interesante a considerar es la extensión de una constitución. ¿Debería ser corta o larga? Al respecto, hay diferentes opiniones, algunos sostienen que una constitución debería ser un documento conciso y selectivo, que refleje únicamente los puntos más importantes y los principios fundamentales; por otro lado, hay quienes defienden la idea de que la constitución debería ser enmendada para abordar nuevos problemas y realidades sociales.

## 7. Conclusiones.

En conclusión, el principio de separación de poderes en las relaciones ejecutivo-legislativo del Perú se ve afectado por tres fallas fundamentales.



Primero, el “teorema de la ignorancia”, en la política conduce a que los candidatos más capacitados no siempre sean elegidos, sino aquellos que mejor manipulan emociones y conexiones superficiales con la ciudadanía. Segundo, el “problema de la agencia”, revela que los políticos y el Estado a menudo actúan en su propio interés en lugar de representar a la mayoría. Tercero, la “distribución no equitativa de costos y beneficios”, provoca políticas que benefician a minorías en detrimento de la sociedad en general. Para mejorar el sistema político, es esencial reconocer y abordar estas fallas y fortalecer la separación efectiva de poderes en la Constitución.

## **8. Respuestas a las preguntas del público.**

### **8.1 Algunos consideran que al no existir remoción o revocación de un congresista no existiría equilibrio de poderes ¿Cuál es su opinión?**

No se respalda la idea de revocar a los congresistas, ya que se considera que existen alternativas más efectivas para asegurar la rendición de cuentas.

En primer lugar, cuando un congresista actúa de manera inapropiada o no cumple con las expectativas del pueblo, los ciudadanos tienen el poder de no reelegirlo en las siguientes elecciones. Además, si un congresista actúa de manera destacada y cumple con las demandas de la ciudadanía, el pueblo tiene la opción de elegirlo nuevamente, lo que refuerza la idea de que la responsabilidad se encuentra en manos de los votantes.

Si bien es cierto que, la experiencia que tiene el Perú con la revocatoria de alcaldes no ha sido una experiencia positiva, sino desordenada que afecta la gestión, se considera que podría resultar en una sucesión excesiva de elecciones, y por tanto, restableciendo la rendición parlamentaria sería un medio más viable para mantener el equilibrio de poderes.

### **8.2 ¿Considera usted que se debería fortalecer la institucionalidad y evitar que el Congreso sea más impopular por los intereses de un grupo de medios de comunicación y sector caviar?**

El Congreso de la República está peligrosamente fragmentado, lo que lo convierte en un objetivo fácil para los presidentes, quienes a veces buscan utilizarlo como una piñata. A su vez, el Congreso también juega un papel en esta situación. En la práctica, se convierte en una piñata que es golpeada diariamente y sufre un desgaste constante.

Esta situación es preocupante, ya que si la gente pierde la confianza en el Congreso, nos dirigimos hacia un escenario peligroso. Nos encontramos en riesgo de caer en una dictadura, tal como sucedió con Alberto Fujimori

en 1992, o repetir los errores del pasado, como ocurrió con Pedro Castillo en 2022.

Por lo tanto, es primordial que nos ocupemos de dos aspectos fundamentales. En primer lugar, debemos proteger la existencia del Congreso, ya que sin él no puede existir una verdadera democracia. Debemos reconocer su importancia como institución y trabajar para fortalecerla. En segundo lugar, es esencial buscar mejoras en el desempeño del Congreso.

Debemos abordar los problemas de fragmentación y confrontación que surgen de su funcionamiento y buscar soluciones que permitan un trabajo más efectivo y constructivo.



# Análisis de las barreras y desafíos sobre la participación política de los ciudadanos y ciudadanas\*

José Gabriel Barragán García\*\*

*Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Los factores que influyen en la participación política / 2.1 Representación simbólica / 2.2 Representación descriptiva / 3. Evolución de la idea de representación / 4. Problemas en la democracia representativa / 4.1. La participación desde el punto de vista de los Derechos Humanos / 5. Barreras de la representación / 6. Importancia de los partidos políticos / 6.1. La democracia interna en los partidos políticos/6.2 Los capitales dentro de los partidos políticos / 7. La participación política en el Ecuador / 8. Síntesis / 9. Respuestas a las preguntas del público

## 1. Introducción

Se sabe y se concibe que la participación política son todas aquellas actividades que en un primer momento permiten a todos los ciudadanos la intervención, sea directa o indirectamente, en aspectos fundamentales dentro de un Estado, entre ellos, la selección de gobernantes, el funcionamiento de las instituciones propias de los Estados y un aspecto importantísimo como la toma de decisiones políticas, las cuales orientan la vida democrática de un Estado como tal; esa es la participación política, tenemos que manifestar que resulta especialmente interesante observar respecto de esta algunas cuestiones que se desarrollarán a lo largo de este trabajo.

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de junio al 2 de julio del 2023

\*\* Docente de grado en la Universidad Tecnológica Indoamérica y de Posgrado en varias Universidades del Ecuador. Doctor (Ph.D.) en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina Abogado de los Tribunales de la República. Diploma Superior en Investigación del Derecho Civil. Diploma Superior en Derechos Humanos y Democracia. Especialista en Derecho Civil Comparado. Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Diploma de Extensión "Prevención del Delito y la Violencia en Jóvenes" por la Escuela de Postgrado Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile. Ejerce la Judicatura en su calidad de Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en la Función Judicial del Ecuador. Miembro del Equipo Editorial de la Revista de Derecho de la Ucb Law Review Universidad Católica Boliviana "San Pablo".

## **2. Los factores que influyen en la participación política**

Son factores de orden social, económico y cultural que inciden directamente en la participación política, por otro lado, tenemos que apreciar los niveles de participación; y dentro de estos niveles considerar el siempre presente fenómeno de la abstención en la participación política, la limitación a esta participación política y, finalmente para determinar las herramientas y mecanismos de participación, tenemos que tratar de considerar siempre la acción política.

Entonces, con este antecedente es bueno determinar el ámbito de análisis y obviamente este se corresponde al ámbito de las democracias representativas, que son propias de occidente, que son propias de Latinoamérica, y son en las cuales nosotros nos desenvolvemos y desarrollamos.

Para ello, es necesario también echar un vistazo atrás y definir realmente, ¿qué quiere decir la representación desde la óptica de la representación política? En el tema de la representación y de la participación tal como hemos visto frecuentemente se cita a varios autores y tratadistas, una de ellas es la tratadista alemana Hanna Pitkin, quien ha sido profesora en Berkeley y ha señalado que la representación no es otra cosa que determinar una esencia, hacer presente algo que en realidad no está; es decir, actuar sustantivamente por otros; esa representación recoge ideas doctrinarias que han sido desarrolladas a lo largo del tiempo y discutidas en base a la distinción entre la representación simbólica y la representación descriptiva, propias especies de la representación como tal.

### **2.1 Representación simbólica**

La representación simbólica es aquella que nos remite a la idea de suplir a los representados por los representantes.

### **2.2 Representación descriptiva**

Dentro de la representación descriptiva se va a reflejar a los representados en las funciones representativas.

## **3. Evolución de la idea de representación**

Esta es la parte fundamental de los dos tipos que nacen de la idea general de representación, pero esto no es una idea nueva, no es una idea novedosa, ni una idea reciente, sino que esto se viene trabajando desde hace un largo tiempo, ¿por qué? Porque esto es un estudio doctrinario filosófico que inclusive se ha venido desarrollando a lo largo del tiempo, partiendo de John Locke, de Rousseau, Hobbes, Burke

Se puede ver y se puede analizar que las teorías de la autorización de Hobbes han determinado la representación, y cuando John Locke se ha referido a la idea del pacto social o inclusive cuando Burke y Sieyes han tenido que referirse a la representación partiendo de la confianza en los representantes o el conocido contrato de Rousseau, ya nos remite a la democracia como tal y a la participación de los ciudadanos. Por ello, vemos que esta idea de representación está siempre presente en la historia, y alcanzó su máximo esplendor en la Revolución Francesa. Es así que este antecedente histórico nos permite determinar que la participación siempre ha sido un aspecto fundamental en la democracia.

#### **4. Problemas en la democracia representativa**

En la actualidad esta democracia se ve altamente cuestionada y es un factor común y determinante en los países latinoamericanos, ¿por qué? Porque aquí se presentan ciertas cuestiones, problemas a debatir que no son otra cosa que las barreras, y estas pueden tomar dos posiciones: la representación de los intereses y los partidos políticos.

Primeramente, respecto a la representación de los intereses siempre están presentes en las democracias. Vemos muchas veces que los intereses de los representados se ven trastocados o distorsionados por los representantes, por eso una de las barreras es la representación de intereses. En segundo lugar, en los partidos políticos, ¿por qué? Porque no se concibe a los partidos políticos como aquellos instrumentos realmente necesarios para canalizar los intereses de los representados, de los ciudadanos, del pueblo soberano, debido a que estos partidos políticos presentan varios problemas al interior de su organización; problemas de transparencia o problemas de la denominada democracia interna.

##### **4.1 La participación desde el punto de vista de los derechos humanos**

Se halla garantizada en varios instrumentos internacionales, por ejemplo, se tiene a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se refiere a la participación como un derecho, el cual está previsto en su artículo 21 cuando nos dice que todas las personas tienen derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de sus representantes. La misma declaración de los derechos humanos prevé que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público, aquí se expone la idea de soberanía que radica desde la declaración de los derechos humanos. Ello es muy importante para los ordenamientos jurídicos internos de cada país porque no se puede desconocer este instrumento internacional de derechos humanos, así como su peso en cuanto a temas jurídicos y doctrinarios

La declaración de los derechos humanos trata de elecciones auténticas, de verdaderas representaciones democráticas, es decir, elecciones que siempre estén orientadas al sufragio universal, ¿para qué? Para garantizar la igualdad de los ciudadanos y garantizar el derecho al voto y elección.

También se tiene al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual refiere a la participación política de los ciudadanos en su Artículo 25, además indica que no existe distinción alguna en cuanto a los derechos y oportunidades para participar en los asuntos públicos del país directa o indirectamente.

De manera directa por medio de representantes elegidos por elecciones periódicas, dichas elecciones que realmente sean el resultado de la voluntad de los electores, mediante la cual se ratifique el acceso a la igualdad en las funciones públicas.

## **5. Barreras para la representación**

Una de las barreras como bien se ha mencionado en la representación de intereses es el veto de la voluntad popular, pues si se limita la voluntad popular vemos que el efectivo goce de la participación se ve impregnado o limitado por dichos intereses creados. No podemos desconocer la presencia de estos intereses, que en un primer momento podrían entenderse como legítimos, aunque luego se vayan distorsionando.

Además, debemos considerar que los poderes públicos deben estar separados, esto como garantía de determinar un estado democrático, de respeto a los poderes instituidos y de democracia. Los poderes públicos del Estado gozan de total independencia y buscan su equilibrio, por ello se eligen a las autoridades mediante sufragio directo, secreto y universal, mas nos encontramos con una nueva barrera determinada por la escasez de la máxima publicidad y transparencia de las decisiones públicas, lo cual termina distorsionando la política y priva a las personas del acceso a la participación pública.

Se concibe que el Estado es democrático, pero no se conciben los caracteres propios de un Estado democrático, los mismos que deben radicar en la presencia de espacios de participación, mecanismos en los cuales todos los ciudadanos concurren libremente y puedan permanecer sin restricciones de ninguna índole para hacer efectivos sus derechos y hacer notar su voz.

Otras prerrogativas de las garantías que deberían tener los ciudadanos para garantizar esta participación política sería el acceso a las decisiones de “manera informada”, las cuales además deberían ser sometidas a debate

regularmente y al escrutinio de los ciudadanos. También podrían tener la capacidad de hacer efectiva la participación política mediante la disposición de procedimientos para examinar las decisiones, peticiones o quejas de la administración pública propia del estado.

## **6. Importancia de los Partidos políticos**

En las democracias modernas los partidos políticos no son, sino el eje central de la democracia, porque por medio de estos se articula todo el sistema democrático y debemos concebirlo de esta manera. En los actuales sistemas democráticos los partidos políticos juegan un papel muy importante, pero también presentan ciertas barreras para el ejercicio efectivo de la democracia participativa, por cuanto, se considera que los Estados presentes a lo largo de la historia han tenido una evolución lineal.

La idea que se comparte es que más allá de plantear una concepción general respecto de los partidos políticos en democracia representativa debemos considerar que estos partidos políticos se han convertido en verdaderas maquinarias electorales y requieren un gran financiamiento para que puedan seguir funcionando. Es mediante estos que el ordenamiento jurídico permite que la participación política reflejada en candidaturas pueda promoverse a través de partidos y movimientos políticos; sin embargo, acá está presente un punto incuestionable, y es que siempre van a tener predominio y prerrogativas especiales los partidos políticos sobre los movimientos o agrupaciones independientes, debido a que mientras los partidos políticos deben ser constituidos conforme a las normas, las agrupaciones o movimientos, estos deben cumplir ciertos requisitos adicionales al respecto, por ello el partido político siempre adquiere un papel preponderante y eminente.

El sistema democrático obedece a las elecciones y por ello varios autores, entre ellos Giovanni Sartori, ha manifestado que la prueba democrática es la prueba electoral de aquello.

Nosotros determinaremos que la prueba del proceso democrático queda solamente centrada en las elecciones y al mero hecho de elegir, pero no es así, la democracia no solamente son las elecciones periódicas; sino que la democracia es algo más allá, en donde los partidos políticos juegan un papel preponderante en donde descansa la democracia moderna.

### **6.1 La democracia interna en los partidos políticos**

La democracia interna es una de las barreras en la participación política porque se conoce como consecuencia lógica que los partidos políticos sean



el sustento en donde descansa la formación y la manifestación de la voluntad popular de un sistema democrático, por ello es necesario que estos tengan una democracia interna que permita la elección de su representante, pero resulta que existe un monopolio electoral que radica en los partidos políticos, por esa razón se transforma en un medio para ganar elecciones y consecuentemente también provoca un cambio en la relación de los candidatos electos.

Lo que sucede al interior del partido político no es propiamente una fase participativa o no es una democracia interna justa porque se limita la posibilidad de discusión política interna, se limita la posibilidad de alternancia de los directivos, de las cabezas en los partidos políticos y esto perjudica al sistema político y a la participación política, es así que vemos la existencia de caudillos dentro de los partidos políticos que limitan la participación del resto de sus integrantes, lo cual es innegable en todas nuestras democracias modernas, por eso los partidos se analizan desde dos puntos de vista desde el punto de vista estático y desde el punto de vista Dinámico.

Desde el punto de vista estático refiere a la conformación y estructura de su organización. Por otro lado, desde el punto de vista dinámico refiere a su funcionamiento y actividades hacia adentro y afuera en relación con los electores.

Se debe garantizar la democracia interna mediante una conciencia democrática, pero más allá de la existencia de normas determinadas que fijen los puntos y los hitos sobre los cuales se va a desarrollar esa democracia interna, si no se logra una democracia interna no podrían los partidos políticos constituirse en el eje central de la Democracia que nosotros estamos pregonando, para ello existe la necesidad de limitar la normativa dentro de cada ordenamiento jurídico porque los intereses que fueron la primera gran barrera de la que hablamos también están inmiscuidos en los partidos políticos y en su democracia interna. Por ende, la naturaleza jurídica de los partidos políticos requiere de una relación jurídico-constitucional mediante la creación de normas ajustadas a las constituciones vigentes.

## **6.2 Los capitales dentro de los partidos políticos**

Los capitales dentro de los partidos políticos tienen que obedecer a ciertas cuestiones y no podemos desconocer que también los intereses inmiscuidos en los partidos políticos por cuanto existen fuentes de financiación vienen de lo público y de lo privado, por ello determina que la participación política sea limitada al interior de cada partido político. En conclusión, apreciamos que las barreras son muchas, los límites son muchos, pero los desafíos son más.

## 7. La participación política en el Ecuador

Dentro de la Constitución Ecuatoriana se dedica un capítulo completo a la participación política, esta que no solamente se limita a las elecciones o a elegir y ser elegido, sino que va mucho más allá de ello, pues les faculta a los ciudadanos ecuatorianos a participar en asuntos de interés público, presentar proyectos de iniciativa popular, ser consultados, fiscalizar los actos del poder público, revocar mandatos y desempeñar empleos y funciones públicas, así como conformar partidos y movimientos políticos concebidos como derechos de rango constitucional, además promueve el goce efectivo de los derechos políticos sin limitación alguna y con representación paritaria entre hombres y mujeres, eliminando también una barrera innegable como la discriminación por efectos de género, lo cual ha venido sucediendo a lo largo de los tiempos y se pretende por medio de esta garantía constitucional evitar su continuidad.

La constitución ecuatoriana ha señalado que es un derecho determinado que la participación y organización del poder tenga que someterse a principios que le dan fuerza a esa participación política como son la igualdad, la autonomía, la deliberación pública, el respeto a las diferencias, el control popular, la solidaridad y la interculturalidad; no obstante, con ello la constitución del Ecuador consagra la existencia de cinco poderes, dejando la idea tradicional de los tres poderes de lado.

## 8. Síntesis

Existen varias barreras que limitan la participación política de los ciudadanos, no solo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino en general. La primera de aquellas son todos los intereses creados que nacen al interior de los partidos políticos y se reflejan en el ámbito democrático del estado y en su estructura democrática; estos intereses muchas veces parten de lo económico y terminan encajando en todos los aspectos. Otra de las barreras es la desnaturalización de la política y de los partidos políticos como eje central de la democracia, pues se considera un partido político como una organización sin la relevancia ni trascendencia que no debe tener relación jurídico-constitucional en el marco de la legalidad, pues existen personas que no respetan la voluntad interna de estos.

Por ende, la siguiente barrera es el autoritarismo de los partidos políticos, el cual limita la participación ciudadana. Finalmente, se considera que existen barreras de límites económicos y el innegable límite por cuestión de género. El aspecto económico es determinante para la participación política, ya que esta proviene de fuente privada o pública y con ello determina la diferencia o la desventaja en la participación de los ciudadanos, pues

muchos pese a tener toda la intención de participar se ven limitados por el factor económico, mientras otros gozan del factor económico y pueden dominar el aspecto de autoridad de dirección de los partidos políticos.

Por otro lado, el tema de género es innegable, pues provenimos de una cultura patriarcal que está enraizada. Esto no se puede desconocer, debido a que no la hemos logrado erradicar del todo, es así que se considera una barrera de la participación ciudadana en donde es necesaria esa intervención jurídica-constitucional, como la que he traído a colación a manera de ejemplo de la Constitución ecuatoriana que permite la participación en igualdad de condiciones.

La educación orientada a los derechos de participación debe ir desde temprana edad, en donde podamos instruir a nuestros niños y jóvenes en cuanto al verdadero espíritu de los derechos de participación concibiendo un alto espíritu ciudadano al servicio de la política, orientado al bien común, al bien social, al bien de todos.

## **9. Respuestas a las preguntas del público**

### **9.1 ¿Por qué en las democracias latinoamericanas se da el veto de la voluntad popular a diferencia de otras democracias y modelos políticos ajenos a esta región continental?**

Podemos concebir que nuestras democracias latinoamericanas son bastante especiales, pues nuestras democracias en teoría determinan la participación ciudadana directa y efectiva de todos, pero vemos que en la práctica no sucede aquello. Todo esto parte de una cultura no solamente jurídica, sino de una cultura general en donde las personas deberían participar de manera consciente. Por eso, se debería crear conciencia política y cultura de participación ciudadana empezando desde los niños.

### **9.2 ¿Se podría decir que la crisis política es una consecuencia del multipartidismo de los partidos políticos? ¿De qué manera se puede consolidar los partidos políticos y lograr partidos políticos fuertes para mejorar la participación ciudadana?**

Sí, en efecto una de las causas es la existencia de muchos partidos políticos, de muchos intereses creados, lo cual hace dispersa la voluntad ciudadana y cae en falta de legitimidad, pues se tienen autoridades y representantes que son elegidos con un mínimo de votación, lo que les resta legitimidad para poder ejercer sus funciones, ¿qué se puede hacer al respecto? Se deberían crear normas basadas en textos constitucionales y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en donde no se permita la disper-

sión, ni la fácil creación de movimientos o partidos políticos, sin que ello constituya un límite a la facultad de las personas de participar en política o de ejercer su derecho de participación; por el contrario se les debe dar la posibilidad de que puedan participar con mayor amplitud, pero poniendo más condiciones para la existencia o la creación de partidos o movimientos, con el fin de limitar la creación, mas no la participación política de los ciudadanos.

**9.3 ¿Considera que es posible garantizar una democracia plena dentro de los partidos políticos?, por ejemplo, aquí en el Perú existe una ley de partidos políticos desde el año 2003, sin embargo, hoy en día siempre sale algún escándalo que lo involucre a estos.**

Precisamente esto es una constante en Latinoamérica y es una realidad que comparten los países. Por eso, se habla de que existe un autoritarismo al interior de los partidos políticos, pese a que haya una democracia interna, leyes de partidos políticos que obligan a hacer elecciones primarias y mucho más; sin embargo, se ve que todo esto es una pantomima porque los representantes, aparentemente fruto de la voluntad interna de los partidos, ya están previamente designados y elegidos.

A estos los eligen los dueños de los partidos políticos, las personas que hacen de cabeza en los partidos políticos, por ello consecuentemente no existe esta democracia interna, es cierto que no se puede generalizar y decir que en todos los partidos políticos sucede de esta manera, pero en gran parte de ellos sí, y precisamente se apunta ahí para eliminar esta barrera. Asimismo, se debe buscar un efectivo control de la democracia interna en los partidos, pues solamente ello los hará fuertes y los consolidará como este eje de la democracia que debe ser concebido no solamente en teoría, sino en la práctica.



# Análisis de la participación de la mujer en el ámbito parlamentario y electoral peruano: Avances y desafíos en el siglo XXI\*

Luisana Vega Zeña\*\*

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Democracia y sobrepresión femenina / 2.1. La mujer y los círculos excluyentes en el poder / 3. La alternancia en la paridad / 3.1. Declaración de Atenas (1992), democracia paritaria / 4. La paridad política / 4.1. Democracia paritaria / 4.2 Cultura política / 4.3. Realidad en el Perú / 5. Aplicación de la cuota de género en elecciones parlamentarias / 5.1. Aplicación de cuota de género en la ERM / 6. Acoso político / 6.1. Casos exponentes de acoso político contra la mujer / 7. Respuestas a la pregunta del público

## 1. Introducción

En el camino hacia la construcción de sociedades más igualitarias y democráticas, uno de los desafíos más apremiantes es asegurar la participación activa y significativa de las mujeres esfera en la política. A lo largo de la historia, las mujeres han luchado por obtener derechos civiles, sociales y políticos, y si bien se han logrado importantes avances en muchos países, todavía enfrentan obstáculos significativos al aspirar a ocupar cargos de elección popular.

El presente texto aborda el tema de la equidad de género en el ámbito político, centrando su atención en el acceso a cargos de elección popular.

Aunque se han implementado cuotas de género en algunas legislaciones, garantizando una representación mínima de mujeres en las listas electorales, existe una preocupante tendencia a ubicar a estas candidatas en

---

\* Conferencia virtual llevado a cabo en el pre congreso internacional multidisciplinario de derecho constitucional, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 10 al 23 de julio.

\*\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, politóloga por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la UNMSM, especialización en Derecho Penal y Procesal Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en Gestión Pública de Gobiernos subnacionales por el Banco Interamericano de Desarrollo. Presidenta del Instituto de Estudios Políticos y Gobernabilidad. Coautora del libro *Lecciones de Ciencia Política*.

puestos que carecen de posibilidades reales de obtener un cargo electo, especialmente en el contexto de elecciones municipales.

La ubicación del 30% mínimo de mujeres en las listas electorales, como cuota de género, es un paso importante hacia la inclusión política, pero es necesario ir más allá. Para reforzar la democracia y lograr la igualdad de condiciones para las mujeres, es imperativo otorgarles un acceso significativo y efectivo a puestos de poder y toma de decisiones, de lo contrario, corremos el riesgo de perpetuar estructuras políticas y sociales que obstaculizan la representatividad genuina y la participación activa de más de la mitad de la población.

En este sentido, este ensayo analizará las diversas barreras que enfrentan las mujeres al buscar cargos de elección popular, como estereotipos de género arraigados, desigualdades económicas, falta de apoyo político y dificultades para conciliar responsabilidades familiares y políticas. Asimismo, se explorarán las consecuencias de relegar a las mujeres a posiciones sin posibilidades reales de éxito, ya que esto podría minar su confianza y motivación para seguir participando en el ámbito político.

Por otro lado, se examinarán ejemplos de países o regiones que han implementado estrategias efectivas para promover la igualdad de género en la esfera política, identificando buenas prácticas y aprendizajes que pueden aplicarse en otros contextos. También se abordarán propuestas concretas para impulsar el acceso y la representación política de las mujeres, como campañas de sensibilización, capacitación política específica y la promoción de alianzas entre actores políticos.

## **2. Democracia y sobrepresión femenina.**

La participación y la representación adecuada de las mujeres en todos los niveles de gobierno, no solamente a nivel parlamentario, sino fundamentalmente también a nivel subnacional, es una condición que es necesaria, que resulta imperiosa para el fortalecimiento, la construcción de la democracia.

En ese sentido, algunos estados han formulado, promovido, implementado medidas para respetar y garantizar el derecho del ejercicio fundamentalmente de los derechos políticos de las mujeres.

Si nosotros, por ejemplo, centramos o acotamos nuestro marco de estudio en Latinoamérica, se ha obtenido, por ejemplo, que la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría sobre Derechos de la Mujer ha revelado que las mujeres lamentablemente en Lati-

noamérica continúan enfrentando una variedad de obstáculos para acceder a puestos de poder, entonces, ¿cuál es la consecuencia de estos obstáculos al acceso a la toma de decisiones públicas?, es la subrepresentación en los distintos ámbitos de esta toma de decisiones; por lo tanto, ellas se van a ver impedidas en cierto modo de ejercer plenamente sus derechos políticos, fundamentalmente en igualdad de condiciones que los varones. ¿Pero a qué se debe esto?, la problemática puede encontrar respuesta en la discriminación histórica que ellas han sufrido, mediante la cual no solamente se han establecido, sino además se han legitimado relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, y esto se refleja o tiene un efecto colateral, que es el surgimiento de estos estereotipos de género que nos encasillan en un ámbito estrictamente privado, en un ámbito doméstico. Es decir, la mujer será vista, será concebida solamente en un ambiente privado de familia maternal, y el hombre es el perteneciente a la vida pública, a la vida política.

En ese sentido, los derechos políticos de las mujeres se han visto notoriamente afectados por esto que se denomina una división sexual del trabajo y esta jerarquía en los roles de género dentro de una familia. Y obviamente a esto se añade la escasa cultura política de la que lamentablemente adolece nuestra sociedad. Entonces ello perpetúa lamentablemente estos mitos, estos estereotipos, prejuizgamientos, preconcepciones, en relación al poder que puede tener la mujer y a lo tan eficiente que puede ser igual que el varón en el proceso de la decisión pública, en el proceso del espacio público.

Asimismo, es importante señalar sobre los círculos excluyentes del poder, que ha estado tradicionalmente siempre asociado al ámbito masculino; es decir, el poder siempre ha estado en manos de hombres, por lo que, como se señala, las mujeres han sufrido exclusión histórica, no en la vida pública, sino en la vida partidaria, y bien es cierto que se ha determinado la subrepresentación femenina en el ámbito de la toma de decisiones, también se ha determinado que la política siempre se lea en códigos y en pautas masculinas.

Luego, más adelante, vamos a analizar qué sucede cuando una mujer toma el poder o cuando una mujer es candidata. ¿Cuáles son las reacciones negativas que subyacen el hecho de solo querer ejercer un derecho fundamental y humano como es el de la participación política?

Entonces, las mujeres, lamentablemente siempre han sido marginalizadas, invisibilizadas de este proceso de deliberaciones. Por lo tanto ¿cómo puede revertirse esto?

Bueno, ya se señalaba, estos mínimos de cuotas que empezaron con el 20% o 30% y en algunos países de la región han ido sumando, se han ido es-



tableciendo mayores cuotas de género como una acción afirmativa para poder incorporar, porque la democracia verdadera se trata de ser inclusiva.

La participación y representación adecuada de las mujeres en todos los niveles de gobierno, tanto en el ámbito parlamentario como en el subnacional, son condiciones necesarias e imperiosas para fortalecer y construir la democracia. En este sentido, algunos Estados han implementado medidas para respetar y garantizar los derechos políticos fundamentales de las mujeres.

Sin embargo, en Latinoamérica, la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha revelado que las mujeres enfrentan obstáculos para acceder a puestos de poder, lo que resulta en su subrepresentación en la toma de decisiones públicas, y limita su ejercicio pleno de los derechos políticos en igualdad de condiciones que los hombres. Esta problemática puede explicarse por la discriminación histórica que ha establecido y legitimado relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, dando lugar a estereotipos de género que encasillan a las mujeres en roles domésticos y a los hombres en la vida pública y política.

Asimismo, esto se ve agravado por la división sexual del trabajo y la jerarquía de género en la familia, así como por la escasa cultura política de la sociedad; por lo que, es necesario revertir esta situación mediante medidas como las cuotas de género, que promuevan la inclusión de la mujer en la toma de decisiones públicas y políticas, y permitan una democracia verdaderamente inclusiva.

## **2.1. La mujer y los círculos excluyentes en el poder**

Tenemos sectores que históricamente han sido objeto de vulneración, entre ellos, el sector femenino; por consiguiente, se busca hacer una inclusión que ha ganado cada vez más fuerza, como fue el caso de Ecuador en 2008, luego del proceso de reforma constitucional que llevara a cabo este país. En su constitución se destacó algo crucial, como el hecho de no institucionalizar la paridad<sup>1</sup> en los cargos de elección popular.

A pesar de ello, se ha avanzado en conseguir la misma cantidad de puestos de candidaturas para hombres y mujeres. Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, México y, de manera tardía, Perú se sumaron a esta ola. La idea es incorporar al sector femenino al menos en un 50% en la inscripción del padrón electoral. Es así como se puede esperar tener, al menos, una oportunidad igualitaria para postularse.

---

<sup>1</sup> Relación de igualdad o semejanza de dos o más cosas entre sí. (Definiciones de Oxford Languages) en este caso a la cantidad de mujeres que debería haber en las elecciones o puestos de estado.

En este contexto se habla del paradigma de la paridad, que reconoce la igualdad de género como un estándar internacional clave en cuanto a los derechos de las mujeres. Se requieren condiciones igualitarias con los hombres para poder nutrir la expectativa de que sean elegidas. La participación política equitativa y en igualdad de condiciones es un elemento clave de una verdadera democracia.

Algunos países, por ejemplo, han optado por proveer fondos públicos para financiar campañas electorales, reconociendo así las desigualdades socioeconómicas de índole histórico relacionadas con el trabajo no remunerado que llevan a cabo las amas de casa.

### **3.La alternancia en la paridad**

Se busca darle a la mujer un poco más de oportunidad para postularse en igualdad de condiciones mediante acciones afirmativas; sin embargo, una categoría igual de importante que la paridad es la alternancia. ¿Y qué significa esto?, que, en las listas de candidatas, tanto en cargos locales como nacionales, se exige la alternancia<sup>2</sup>. Por ejemplo, en el Parlamento en Perú, elecciones regionales y municipales, y cargos partidarios en una organización política. Si un hombre encabeza la lista, entonces el siguiente número de la lista debe ser una mujer, y así sucesivamente, para lograr como mínimo cumplir con los estándares de igualdad y oportunidades de acceso a un puesto. No sirve de nada formar parte de una cuota si colocan a las mujeres en últimos lugares de la lista, lo que significa que tendrían pocas o nulas posibilidades de ser elegidas. ¿Cómo se puede mejorar de manera más eficiente la situación de representación política para las mujeres, garantizando la igualdad? Aunque la historia demanda que se prefiera a las mujeres, esto no significa necesariamente que sea justo, ya que ellas representan la mitad del padrón electoral y, además, han sufrido una discriminación histórica hasta que en el año 1958 se les otorgó la ciudadanía completa en el Perú.

La alternancia permitirá la participación de las mujeres en los asuntos públicos, asegurando la igualdad en el acceso a cargos públicos, lo cual es un derecho reconocido. Hablamos de una democracia que debe ser sustantiva, garantizando la plena participación de la mujer. Estos avances no hubieran sido posibles sin la adopción de normativas internacionales que protegen y garantizan los derechos de la mujer, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual legitima la paridad en América Latina.

---

<sup>2</sup> Hecho de alternar, o de actuar o presentarse por turno sucesivamente. (rae.es) en este caso para visibilizar el exponente femenino en la política.

Sin embargo, estas medidas especiales deben ser temporales, ya que en una sociedad verdaderamente igualitaria no debería ser necesario establecer cuotas para incluir a la mujer en la política. Debe ser algo consuetudinario y parte de la democracia, como ocurre en Perú. La idea es que estas medidas sean temporales, hasta que se elimine la idea de que la mujer no es apta para la política o para el trabajo y la participación política de las mujeres y los obstáculos que han históricamente enfrentado en España y otros países de la región.

Por otro lado, a través de la exposición del caso concreto de Clara Campoamor, una congressista española, se evidencia cómo se han debatido cuestiones como la capacidad de las mujeres para ejercer el voto y su inclusión en cargos políticos.

Durante muchos años, se han utilizado argumentos carentes de lógica para justificar la exclusión de las mujeres de la política. Sin embargo, gracias a convenciones y declaraciones internacionales como la Declaración de Atenas, se ha instado a los gobiernos a comprometerse con el objetivo de equiparar las condiciones de hombres y mujeres en el ámbito político. Este es un paso necesario para lograr la representación de las mujeres en la administración pública y los partidos políticos.

Los consensos regionales alcanzados en Quito, Brasil y Buenos Aires han resultado imperiosos para ratificar la igualdad de género en el ejercicio del poder y la implementación de medidas afirmativas.

En definitiva, se busca equiparar los sectores subyugados y promover la inclusión efectiva de las mujeres en la política y la toma de decisiones. Un tema a resaltar es de la cuota de género y cómo se basa en los compromisos y exhortaciones a los Estados para que las mujeres puedan participar en el proceso de toma de decisiones

### **3.1. Declaración de Atenas (1992), democracia paritaria**

Es importante destacar la Declaración de Atenas<sup>3</sup> como un hito en la lucha por la democracia paritaria, la cual establece que la igualdad entre hombres y mujeres no solo debe ser formal, sino también material. La declaración hace una crítica formal a la exclusión histórica de las mujeres en los espacios de poder político, especialmente en el contexto europeo, donde los

---

<sup>3</sup> La Declaración de Atenas es un documento que fue adoptado en la primera Cumbre Europea "Mujeres en el Poder", que se llevó a cabo en Atenas el 3 de noviembre de 1992. Este documento tiene como objetivo promover la igualdad de género y la participación equitativa de las mujeres y los hombres en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida. La Declaración de Atenas fue un hito importante en la lucha por los derechos de las mujeres y ha sido un importante referente para las políticas y acciones en favor de la igualdad de género en Europa y en todo el mundo. Recuperado en. Cdmx.god.mx

gobernantes y el Congreso suelen estar liderados mayoritariamente por varones. Esta exclusión representa un déficit en la democracia e impulsa la necesidad de la democracia paritaria. En este sentido, es importante incluir a las mujeres en los espacios de poder político para evitar posiciones imponentes y desequilibrar la participación de ambos géneros.

#### **4. La paridad política**

Se requiere la necesidad de que las mujeres sean incluidas en la política, así como en la academia. Se destaca la falta de presencia femenina en los debates académicos y en la ciencia política en general, donde predominan los politólogos varones. Se puede argumentar que la paridad de género debe ser un principio transversal, no solo en la política, sino también en todos los ámbitos, incluyendo los órganos constitucionales autónomos. Además, se menciona un proyecto de ley interesante que propone la recomposición del Jurado Nacional de Elecciones a través de la aplicación de un criterio de paridad. Entonces, se reconoce que se han logrado avances, pero también destaca la necesidad de seguir trabajando para lograr una participación femenina más equitativa en todos los ámbitos. entonces, la necesidad de involucrar a las mujeres en la política peruana.

##### **4.1. Democracia paritaria**

Se plantea la pregunta sobre cómo construir y lograr una democracia paritaria. Se destaca la presencia de estereotipos en la política, especialmente en Latinoamérica, donde las políticas son en muchos casos valoradas por su belleza y sensualidad, dejando de lado su capacidad y eficiencia en la gestión pública. Se menciona, por ejemplo, la presencia de titulares como “las diez políticas más bellas” que objetivaban a la mujer y la reducen a un objeto sexual.

Es así que, se argumenta que estos estereotipos deben ser desplazados a favor de otras características que destaquen la capacidad y preparación de las mujeres en la política; además, se reconoce que la sociedad y la política están influidas por prejuicios que deben ser superados para lograr una verdadera paridad de género en la política; por lo que, destaca la importancia de sobresaltar las características de las políticas al margen de estereotipos y de cuestionar los prejuicios existentes en nuestra sociedad y política. Se presenta un ejemplo en el que se evidencia la presencia de estereotipos en la política, y se resalta la importancia de valorar a las mujeres por su capacidad y preparación, en lugar de enfatizar su belleza.

##### **4.2. Cultura política**

Se debe cuestionar la cultura política actual, en la que el voto muchas veces se guía por estereotipos superficiales como la belleza o la juventud del candidato o candidata. Se argumenta que esto no es saludable para la democracia y que se deben aplicar medidas afirmativas para lograr una democracia paritaria y sustantiva, en la que se superen estereotipos y taras como el caudillismo, el militarismo y la preferencia por gobiernos autoritarios. Se menciona la importancia de la paridad y la alternancia en la política para lograr una mayor representación y participación de las mujeres y se critica el sistema de partidos políticos deslegitimado que poco contribuye a la construcción de una democracia sustantiva. Se propone el uso de listas cebras, que alternen varones y mujeres, para aumentar las opciones de poder y lograr una mayor participación femenina en la política. En general, se promueve la idea de una democracia en la que se superen estereotipos y se fomente una mayor participación y representación de la población en general, y de las mujeres en particular.

### **4.3. Realidad en el Perú**

Se propone que, aunque es difícil que las mujeres sean elegidas como candidatas en igualdad de condiciones que los hombres, al menos se les debe dar la oportunidad de presentarse a las elecciones y competir en igualdad de condiciones. La paridad y la alternancia son indicadores importantes para avanzar en la construcción de una democracia sustantiva, pero históricamente el porcentaje de representación de mujeres ha sido bajo en comparación con los hombres.

En los últimos años, se han aprobado leyes que promueven la paridad y la inclusión de las mujeres en la política, sin embargo, se prevé que la cuota del 50% no se alcanzará hasta el 2031 y hay congresistas que se oponen a esta medida. En general, se argumenta que es necesario seguir trabajando para superar las barreras de género en la política y fomentar una mayor representación e inclusión de las mujeres en la democracia.

Es evidente que en ciertas situaciones se reconoce que a veces las mujeres mismas pueden ser las que discriminan a otras mujeres y que es importante hacer una autocrítica al respecto. Se menciona que algunas parlamentarias argumentaban que las mujeres no deben ser obligadas a participar en política y que la inclusión debe ser progresiva. Sin embargo, se destaca que la Ley 30966 aprobada por el Congreso de la República, garantiza la aplicación de paridad y alternancia en los procesos electorales, lo que ha permitido una mayor representación de mujeres en el gobierno. Además, se menciona que es importante fomentar la paridad horizontal en la política, especialmente en las elecciones regionales. Se plantea la pregunta de cómo se aplica la cuota de género en la práctica, y se indica que en el pasa-

do no se aplicaba consistentemente, lo que resultaba en un bajo número de congresistas mujeres.

Se observa las cifras de representación, en referencia a la baja representación de mujeres en el Congreso de nuestro país, donde solo el 12% de los congresistas eran mujeres en el momento de la declaración. Se destaca que la aplicación de las cuotas de género en las elecciones de 2000 y 2001 casi duplicó el número de mujeres en el Congreso. Aunque todavía hay una brecha importante, se valora la presencia de más mujeres en la política ya que permite una mayor representación para todos. Sin embargo, se señala que en el pasado las mujeres solían ser ubicadas en los tercios inferiores de las listas debido a la falta de un mandato que garantice su presencia.

## **5. Aplicación de la cuota de género en elecciones parlamentarias**

Una situación observada es referirse a la práctica de ubicar a las mujeres en los tercios inferiores de las listas para cumplir con la cuota de género, lo que limita sus posibilidades de ser elegidas. Se menciona que esta práctica ha sido definida como una mala praxis hecha ley, lo que ha llevado a una representación muy limitada de mujeres en los gobiernos regionales. Se señala que, aunque se han aplicado cuotas de género, en muchas elecciones regionales no se han elegido gobernadoras o solo se ha elegido a muy pocas, lo que indica que aún hay trabajo por hacer para lograr una mayor representación de mujeres en la política. Las estadísticas indican que solamente en dos ocasiones se ha superado el 12% de gobernadoras regionales electas.

Se discute la representación de las mujeres en la política y se señala que, aunque la cuota de género se ha aplicado en algunas elecciones, la representación de mujeres sigue siendo limitada. Se menciona que la representación de mujeres en las alcaldías provinciales es un poco más alta que en las elecciones regionales, pero sigue siendo baja en comparación con el número total de regiones y municipios. Se explica que esto se debe en parte a la falta de candidatas mujeres en los puestos de cabeza de lista y que, en general, los cargos de mayor poder han sido ocupados por hombres. Se hace mención de la reforma de paridad y alternancia en los gobiernos regionales, destacando que ha habido algunos avances, pero aún queda trabajo por hacer para garantizar una representación más equitativa y justa de mujeres en la política. La representación de las mujeres en la política, subrayando la prevalencia de patrones de participación masculinos en los gobiernos subnacionales del país.

### **5.1. Aplicación de cuota de género en la ERM.**

A pesar de la aplicación de la cuota de género en algunos procesos electorales, la representación femenina en puestos de liderazgo sigue siendo limitada y desproporcional en comparación con la presencia de los hombres. Se señala que la Ley 31030<sup>4</sup> ha sido una importante excepción en este sentido, estableciendo una paridad de género en las postulaciones tanto para elecciones internas como generales. Se resalta la importancia de seguir trabajando en la aplicación efectiva de estas leyes y políticas para alcanzar una representación más equitativa y justa de las mujeres en la política de nuestro país.

En otras palabras, se comienza a mencionar las instancias específicas en las que se debe usar la cuota de género ERM<sup>5</sup>. En otras palabras, no implementará cuotas de género, solo para las elecciones, sino que será antes, en lugar de basarse en las hipótesis de los reclusos, y por ende se cree una lista de paridad y alternancia también, por lo que eso es significativo.

Asimismo, está el tema de la alternancia de cargos entre hombres y mujeres o mujeres y hombres, para aumentar la probabilidad de que se lleven a cabo elecciones. Las mujeres constituyen el 50,4 por ciento del electorado, entonces se puede ver que hay subrepresentación entre las congresistas porque, en teoría, debería haber 65 o 66.

Al final, no, pero todavía hay subrepresentación y poco a poco se va avanzando en la política peruana, y que para el momento de las elecciones regionales del 2021 ya habrá pasado. Además, ya hubo divisiones de 50/50 en el 40 % de las elecciones donde había una cuota, por lo tanto, el panorama, sin duda, está mejorando. Sin embargo, sigue siendo importante distinguir entre la cuota entre líneas en el resumen y qué tan bien se ha operacionalizado un tema sencillo. No se teoriza la carga; además, ya en 2022; ¿cómo es que las mujeres comienzan a ingresar a la política para ser parte de la política también? Las candidatas representan una porción más grande del campo electivo regional. Antes, solo se tenía un número muy pequeño, por lo que, teniendo eso en cuenta, ha habido un aumento del 28% en las nominaciones de gobernadores regionales.

---

4 La Ley 31030 modifica las normas de la legislación electoral para garantizar la paridad y alternancia de género en las listas de candidatos. Fue aprobado por el Congreso de la República en julio de 2020 y entró en vigencia en las elecciones generales de 2021. La implementación de esta ley busca promover la igualdad de género y garantizar la representación equitativa de mujeres y hombres en la política. Recuperada en: [elperuano.pe](http://elperuano.pe)

5 ERM (Enterprise Risk Management) en el derecho se refiere a una metodología de gestión de riesgos empresariales que las organizaciones pueden utilizar para identificar, evaluar y gestionar de manera efectiva los riesgos a los que se enfrentan a nivel empresarial. La implementación de ERM ayuda a las organizaciones a optimizar sus operaciones, minimizar las pérdidas financieras y reputacionales, y garantizar que se tomen las decisiones correctas en momentos críticos, lo que también puede tener implicaciones en el campo del derecho.

Todavía es poco en consejerías regionales, ahí casi llega al 50% y en gobernar una vicegobernadora. Así hasta el 70%, porque siempre las cabezas son los varones, pues si es que era una cabeza mujer, luego había procesos de tachas, se iba la mujer y el vice candidato a vicegobernador asumía como candidato a gobernador y pudo haber salido electo; entonces, la proporción en cuanto a candidatas provinciales y distritales aún es poco, ya que, un 8% no es nada, pero en la provincial y distrital si no se llega al 50%, ahí sí se cumple. se efectiviza, la cuota.

En este sentido, como se ha visto que en el total ya hay 42.8%, no casi 43% de candidaturas, que son mujeres, estaríamos a un 50%, lo cual es bueno.

Anteriormente, en los años 90, 2000 era casi imposible, más aún en unas ERM. Aquí ya se debe, gracias a estas cuotas de género y a que también van a estar desde las internas en todo el proceso de las ERM y en las que sigan también habrá paridad horizontal, la alternancia de género como estos criterios obligatorios para la conformación de listas de candidaturas. Y esto ese es el resultado hace 40, casi 43% es el resultado de, la paridad horizontal, que supone que la mitad de las candidaturas de cargo a gobernador regional de los partidos políticos deban estar conformadas por un hombre, y otra lista por una mujer, no de un mismo partido.

De manera que se puede equiparar y presentar a todo el Perú, se tendría un 50% de hombres y el 50% de mujeres. Sin embargo, de repente no se presenta a todas las 25 regiones. Entonces se trata de eso, la paridad va a ser vertical y debería ser horizontal, ya que eso ayuda también a que puedan existir más mujeres con la oportunidad de poder ser electas.

Asimismo, hay algunos partidos que sí se les han dado a todos. Sise observa, no tienen más del 40%, por lo que eso es bueno y saludable para una democracia, para los partidos políticos mismos, y también para las organizaciones políticas; sin embargo, las mujeres en cabeza de lista han tenido un crecimiento, no trascendente. Hace falta llegar todavía para el 50 %, pero se considera que esto puede ir mejorando a medida que se tengan mayores procesos políticos.

Por otro lado, no se tiene muchas candidatas o, sobre todo, gobernadores regionales. En el 2018 todo era cero, solamente en dos periodos no se tuvo una., ahora están presentes dos gobernadoras regionales, y eso es lo que ha dado este 50%.

Por lo que se observa, es muy desproporcional, ya que nos indica que existen 23 gobernadores regionales y 2 gobernadoras regionales. Entonces si se imagina una foto en una convención de gobernadores regionales, van a



haber todos varones y dos mujeres; en realidad, se ve la desproporcionalidad.

Esperemos que la ERM de 26 ya por lo menos el panorama sea mucho mejor, solamente el 6% de los altos cargos regionales han sido ocupados por mujeres. Se tienen 8 mujeres para las alcaldías provinciales, Y estas 8 mujeres implican solo el 3%. Es decir, 196 alcaldías provinciales están en manos de hombres; y así si se imagina una foto en donde estén 196 hombres y 8 mujeres, la desproporción sería terrorífica, por lo que se demuestra que todavía queda mucho por hacer; pero lo bueno es que ya se tomaron las disposiciones efectivas.

## **6. Acoso político**

Se deben discutir las dificultades como nuestro tema final. La política en todos los niveles nacional, internacional, latinoamericana y peruana. Las mujeres siempre han enfrentado dificultades con la participación en la política; aunque ahora se está más o menos domesticando ese tema, por lo que una de las mayores dificultades que se enfrentó era la valla de cuotas, ya que les era difícil participar en política.

Actualmente, existe un problema muy importante y delicado que está en la larga lista de problemas. En otras palabras, esa violencia contra la mujer en la vida política que implica esa conducta de omisión que genera el no ejercicio de sus derechos.

Asimismo, existe una ley sobre acoso político, la ley que previene y sanciona el acoso político contra las mujeres, y la política que se dio en ella. Debido a fallas en su propio marco legislativo, no ha sido regulado durante 23 meses seguidos. En consecuencia, la Junta Nacional de Elecciones, que según la ley debería estar a cargo de hacerlo, no puede hacerlo.

Todo el mundo es consciente de que una ley no puede aplicarse si no está reglamentada; por lo tanto, ese problema aún no ha sido resuelto. Una elección reciente ha pasado después de más de dos años y estas denuncias públicas son lo único que puede hacer una mujer para denunciar el acoso, entonces esos pactos éticos son lo único que las puede salvar. A diferencia de estas acciones ejercidas contra mujeres múltiples, que según nuestro derecho pueden ser realizadas por una persona natural, una persona jurídica, un individuo o un grupo. Y, es más, esos hostigamientos políticos en realidad siempre son tan cobardes que lo que hacen es usar las redes sociales con el objetivo, pues, de perjudicar, disminuir, impedir, limitar o dificultar este goce de derechos.

Finalmente, si un hombre o una mujer agrede a alguien, siempre es un acto cobarde porque sucede detrás de una pantalla donde no puedes verlo ni identificarlo. Esto es especialmente cierto en el caso de las mujeres. Y cuando se tuvo la oportunidad de hablar con candidatas durante las elecciones estatales y nacionales, estas mencionan que las redes sociales son la principal forma de acoso que enfrentan, además, han dicho que han recibido amenazas de que publicarán su voto con su “pasado amoroso”. Y, obviamente, ese es siempre el patrón, por lo que es comprensible que su miedo a este acoso a veces parezca absurdo, lo cual no sería jugar limpio en política.

La política tiene sus propias reglas, o al menos debería tenerlas si se quiere una política sólida. El sistema interamericano ha brindado lineamientos, leyes y modelos para prevenir, sancionar y eliminar la violencia. Los políticos se refieren a ella como violencia al acoso político, a conductas que puedan dañar o comprometer la integridad de la mujer durante procesos políticos, elecciones o el ejercicio de cargos públicos. Sin embargo, este protocolo también va más allá porque informa a las mujeres que pueden ser acosadas dentro del partido y no solo durante la campaña. Entonces, aunque uno se sienta más o menos seguro allí, no lo hace porque el socio, militante o militante está realizando prácticas tanto internas como externas al partido. Claramente, debe haber un protocolo para protegerlo y al menos castigarlo.

### **6.1. Casos exponentes de acoso político contra la mujer**

Vemos aquí algunos casos que han sido casos emblemáticos, casos de violencia política, entre las que se tiene las siguientes:

#### **a) Bolivia (2012)**

Fue el más emblemático y el que dio paso a que se abra esto de las leyes de acoso político o las leyes contra acoso político de las mujeres. El asesinato de esta concejala Juana Quispe, que en el 2012 ella señalaba desde hace meses que le iban a matar porque ella sabía de la corrupción que existía en su alcaldía. Pues este mismo y las empresas privadas por un tema de licitaciones. Y ella iba a señalar, presentar pruebas y por tal venía siendo amenazada de muerte por los propios el propio alcalde y algunos concejales varones. El último día que se le vio con vida estaba acompañada del alcalde. Luego su cuerpo apareció arrojado por ahí, por la calle, por una acequia. Se supo que había sido ahorcada y estrangulada. Obviamente existe un manto de impunidad. Esto ocurrió en el 2012 y recién en el 2023 puesto la fecha verdad. Pero en el 2022 recién la Fiscalía presenta acusación al ex alcalde y dos concejales más, van a ser pasados a juicio por el asesinato de esta concejala.

## **b) México (2021)**

Otro caso también emblemático ha sido en el año 2021 Alma Barragán, candidata electoral en México, fue asesinada a balazos durante un acto de campaña en Moroleón, Guanajuato. Los hechos ocurrieron el 25 de mayo de ese año y su asesinato siguió conmoción en el país. Hubo detenciones de presuntos implicados en el crimen.

## **c) Casos nacionales:**

Como resultado, el problema ya es grave, más complicado y sistémico para aquellos en nuestra nación que conocen el problema, pero carecen de los medios para poder resolverlo. Lo hemos visto en Barranca, entonces, ¿cómo vamos? Este año, alguien la mató. Un concejal ha estado en este cargo durante este año. Dos sicarios la mataron porque, según afirmaron, había anunciado que iba a abrir una investigación contra la anterior gestión; Viajaron para recibir tratamiento, procedieron a comprar en la tienda que ella supervisaba.

Ella emerge y dispara a la parte contraria. En 2021 habrá un concejal que apoye la destitución del alcalde. Uno misma puede ayudar con la promoción. Esta otra cosa que sucedió y que llevó a que los extraños la atacaran con leña en la cara; además, el alcalde de Huaraz afirma que, durante una reunión del cabildo, este humilló a un regidor.

“Cierto, yo soy el alcalde y tú solo eres un concejal. Se está excediendo a sí misma”, dijo, y agregó que “yo soy el alcalde y usted el concejal. Todavía le queda un largo camino por recorrer, concejal, así que no se preocupe”.

Incluso en este caso se podría analizar, indagar o investigar un tema de discriminación interseccional, ya que estamos hablando del maltrato y discriminación de una concejala que es mujer, y más si se considera que también era joven; además, teniendo una discapacidad fue concejal.

Esta frase de María Trinidad Enríquez sobre el movimiento Sufragista señala que el eterno pupilaje que pesa sobre la mujer parece una desigualdad indigna, lo cual es cierto, ella dice: “Concebí pues la idea de ser la primera en mi patria que abriera paso en la noble carrera del foro, contribuyendo así que dejara de ser la utopía brillante del porvenir que alcanzaría con su completa emancipación la mujer”.

Entonces, ya no estamos hablando de utopías, sino de verdaderamente empoderamiento que parece una frase trillada, pero sí el involucrar a las mujeres ahora en el ámbito político y en todos los ámbitos en general.

*“El eterno pupilaje que pesa sobre la mujer, me pareció una desigualdad indigna (...) Concebí pues la idea de ser la primera en mi patria que abriera paso en la noble carrera del foro, contribuyendo así que dejara de ser utopía el brillante porvenir que alcanzaría con su completa emancipación la mujer”.*

MARÍA TRINIDAD ENRÍQUEZ <sup>6</sup>

## 7. Respuestas a las preguntas del público

### 7.1. ¿Qué opina de nuestras legisladoras mujeres de hoy en día y de la presidenta de la República?

En cuanto a gestión, corrupción, eso no tiene género. La corrupción no tiene género, pueden caer en actos de corrupción tanto varones como mujeres. En cuanto a la gestión, eso ya más depende de la capacidad que tenga cada gobernador o cada persona que llegue al poder, va a depender ya de variables y de indicadores que son objetivos, es decir cuanta capacitación, formación, experiencia tengan.

Entonces, son variables que pueden leerse de pronto hasta en cuerdas separadas. No necesariamente cuando uno analiza una problemática, un fenómeno jurídico, un hecho político, hay que ser neutrales, no necesariamente por ser mujer vas a ser buena, o inmaculada; y por ser hombre todo lo contrario. Sino los hechos políticos o el análisis que uno pueda hacer siempre se hacen en base a cuestiones objetivas o se estaría cayendo es un prejuicio, donde porque somos mujeres siempre seremos buenas y no corruptas.

### 7.2. ¿Qué opina del desempeño de las mujeres en el Congreso, gobernadoras regionales y la presidenta?

En cuanto a la presidenta de nuestro país, al margen del género de cada uno, ella es constitucionalmente electa y fue pues con esta ley de alternancia que no tenía que ser ella una candidata mujer. Dentro de esta plancha presidencial hay serios cuestionamientos que ya son parte de otro debate, es decir, no cómo estamos en nuestra democracia. Se considera que intervenir universidades y que se hayan realizado estas matanzas en el medio de las protestas. Los estados de excepción, que a veces son mal utilizados por los gobiernos, ya desdibujan los ámbitos democráticos.

Entonces, por eso desde un análisis político, se basa en el objetivo que pueda ser, pues el analista o quien va a dar opinión. El género no define la

---

<sup>6</sup> María Trinidad Enríquez fue una destacada figura histórica peruana. Fue la primera mujer peruana en estudiar en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en obtener el título de abogada en 1886. También fue fundadora y directora del periódico “La Voz de la Mujer” y luchó por los derechos de las mujeres y la igualdad de género en Perú. En su honor, existe una escuela en Cusco, la ciudad donde nació, llamada IEI María Trinidad Enríquez. Recuperado en: laley.pe

bondad, ni la maldad de aquel que tiene el cargo público no, pero sí el género. Sí puede definir la vulnerabilidad que tienes como candidato o como congresista o ministro o, en fin, el cargo público. Sí puede definir cierta vulnerabilidad, pero la gestión per se, ya es otro tema.

### **7.3. ¿Usted cree que las mujeres toman buenas decisiones en el sector político, es más, de acuerdo con las revistas internacionales, que las políticas peruanas son las más débiles en los actos de corrupción y tiene un estilo de corromper en la función pública? ¿Qué opina al respecto?**

Por lo menos darles la oportunidad de que puedan gobernar. De hecho, hubo mujeres académicas valiosísimas en la política peruana, pero también, más allá de del político per se, depende eso del partido, de nuestra desinstitucionalización, de nuestro sistema de partidos, y obviamente, es más otro análisis, pero como mujeres gobernantes en el mundo hubo muy buenas y serias; así tenemos pues a Margaret Thatcher<sup>7</sup>, luego tenemos a Teresa May<sup>8</sup>, que son mujeres que han hecho una buena gestión

---

7 Margaret Hilda Thatcher, Baronesa Thatcher, LG, OM, DStJ, PC, FRS, HonFRSC, también conocida como la “Dama de Hierro”, fue una estadista y política británica que se desempeñó como primera ministra del Reino Unido de 1979 a 1990, lo que la convirtió en la primera mujer en ocupar este cargo en Gran Bretaña. Era conocida por sus opiniones y políticas conservadoras, incluidas la privatización, la desregulación y los principios del libre mercado. El mandato de Thatcher como primera ministra estuvo marcado por cambios significativos en la economía y la sociedad británicas, así como por su papel en la política internacional, particularmente en la Guerra Fría. Falleció en 2013 a la edad de 87 años. Recuperada en: [britanica.com](http://britanica.com)

8 Theresa May es una expolítica británica que se desempeñó como primera ministra del Reino Unido de 2016 a 2019. Fue la segunda mujer en ocupar este cargo en el Reino Unido. Durante su mandato, May supervisó las negociaciones del Brexit del Reino Unido para abandonar la Unión Europea, que fue un punto central de su mandato. Antes de convertirse en primera ministra, May se desempeñó como ministra del Interior y fue Miembro del Parlamento durante más de 20 años. Recuperada en: [britanica.com](http://britanica.com)

# El Derecho Constitucional en el día a día de los peruanos\*

Luis Andrés Roel Alva\*\*

*Pontificia Universidad Católica del Perú*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. La Constitución como el fundamento de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho / 2.1. Derecho Constitucional y el estudio de la Constitución / 2.2. La Constitución como el fundamento de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho / 2.2.a. Principio de supremacía constitucional como elemento esencial del Estado Constitucional de Derecho / b) Principio de separación de poderes para garantizar el Estado Constitucional de Derecho / 3. El derecho constitucional: fundamentos y aplicaciones en diversas ramas del derecho / 3.1 Derecho penal / 3.2 Derecho civil / 3.3 Derecho societario y/o mercantil / 3.4 Derecho laboral / 3.5 Arbitraje / 3.6 Derecho procesal / 4. Derecho Constitucional en el día a día del Estado Constitucional de Derecho peruano y sus ciudadanos / 4.1. Derecho Constitucional en el día a día del Estado Constitucional de Derecho / 4.2. Derecho Constitucional en el día a día de los ciudadanos / 5. Conclusiones

## 1. Introducción

El derecho constitucional, como base fundamental de todo el sistema jurídico, desempeña un papel crucial en el entendimiento y aplicación de las demás ramas del derecho dentro de un Estado Constitucional de Derecho, como es nuestro Estado peruano. Así, la Constitución, como norma madre o norma fuente del resto de las fuentes del Derecho nacional, establece los

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre-Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre-Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de junio al 2 de julio del 2023.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Docente de la Universidad de Lima. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Uno de los autores del Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, que propone la reforma al Código Procesal Constitucional, presentado el 04 de marzo de 2021, que originó el Nuevo Código Procesal Constitucional.

principios, valores, bienes y derechos constitucionales que rigen la sociedad y el Estado. Por esta razón es imperativo estudiar y comprender el derecho constitucional (peruano), para poder entender nuestra Constitución Política.

A pesar de que algunas personas consideran que el derecho constitucional es básico (en cuanto no se considera una materia relevante para la vida de los peruanos) y carente de interés en los foros académicos o profesionales en comparación con otras ramas del derecho, como son las ramas del derecho penal o del derecho civil, como ejemplos, es crucial destacar que, sin un entendimiento profundo del derecho constitucional, resulta imposible comprender las demás áreas del derecho.

Siguiendo con lo anterior, podemos afirmar que la rama jurídica del derecho constitucional no solo es esencial desde una perspectiva teórica, sino que también tiene una incidencia directa en la realidad práctica y en la vida de cada uno de los ciudadanos. Y es que, todas las acciones y acontecimientos que se desarrollan en el país están influenciados por los preceptos constitucionales, sin importar la especialidad del derecho a la que pertenezcan.

En la presente ponencia trataremos los siguientes puntos, iniciando con la exposición de la Constitución como el fundamento de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, luego desarrollando los aspectos del derecho constitucional en cuanto a sus fundamentos y aplicaciones en las diversas ramas del derecho, entre las cuales exponemos su implicancia en el derecho penal, en el derecho civil, el derecho societario y/o mercantil, el derecho laboral, en el arbitraje y en el derecho procesal. También, terminamos explicando la relevancia del derecho constitucional en nuestro Estado Constitucional de Derecho y en el día a día de todos los peruanos, siendo esto último el tema que nos conlleva a realizar esta ponencia.

## **2. La Constitución como el fundamento de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho**

### **2.1. Derecho Constitucional y el estudio de la Constitución**

El derecho constitucional es una ciencia que se centra en el estudio de la Constitución, la norma madre y suprema del Estado dentro de un modelo estatal de Estado Constitucional de Derecho. Esta norma no es cualquier norma, ya que es la norma suprema de un Estado constitucional de derecho en el cual viven todos los peruanos y la gran mayoría de Estados en la región y el mundo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Respecto a lo dicho, el Tribunal Constitucional comentó lo siguiente en la Sentencia recaída en el

Debemos señalar que la Constitución Política representa el mayor consenso político y acuerdo de la voluntad popular de todos los ciudadanos dentro de un Estado, sin importar cuál sea este. Surge a través del poder constituyente, el cual teóricamente debe incluir a todos los representantes políticos, sociales, sindicales, gremiales y demás actores relevantes, para que todos concuerden en las reglas mínimas de nuestro Estado, además para limitar al gobernante y a quienes tengan el poder, así mismo como las reglas mínimas de convivencia entre ellos<sup>2</sup>.

De esta manera, el derecho constitucional estudia todos estos fenómenos jurídicos- políticos y el gran consenso político que se refleja en la Constitución, la cual representa lo que es nuestro país y nuestro Estado.

A partir de la Constitución se reconocen por un lado los derechos en la parte dogmática o material, y, por otro lado, se establece la parte orgánica o estructural del Estado, que se refiere a cómo se organiza el Estado, quiénes son los titulares o detentadores del poder y quiénes son los elegidos para gobernar en los poderes legislativo, judicial y ejecutivo, así como en los órganos constitucionalmente autónomos<sup>3</sup>. Además, se definen sus funciones, límites y las normas que estos pueden emitir, estableciendo prohibiciones, contenidos y su jerárquica dentro del ordenamiento jurídico del Estado<sup>4</sup>.

---

Expediente N.º 0168-2005-PC/TC: *“La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y “lo constitucional” derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (no sólo en los procesos de inconstitucionalidad y en los procesos competenciales, sino también en los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución”*. En: STC. Exp. N.º 0168-2005-PC/TC, fundamento jurídico 3. 2005.

2 El Tribunal Constitucional respecto al poder constituyente y la promulgación de la Constitución Política señaló lo siguiente en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0014-2002-AI/TC, que: *“El Tribunal Constitucional considera que la promulgación de una Constitución, por su propia naturaleza, es un asunto que sólo lo puede realizar el poder constituyente. Y cuando dicho poder ordena que la promulgación de la nueva Constitución la realice un poder constituido, este mandato no tiene sino un valor simbólico, que no afecta en nada a su obra”*. En: STC. Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 27. 2002.

3 Respecto a la parte dogmática y orgánica de la Constitución, el destacado jurista Víctor García Toma expresó lo siguiente: *“La parte dogmática Hace referencia a los derechos y obligaciones de la persona y de los grupos sociales adscritos al Estado (...) La parte orgánica Hace referencia al Estado. Comprende la institucionalización sistemática del cuerpo político; el conjunto de reglas para el establecimiento y función de los órganos y organismos estatales; así como el reparto de competencias entre estos y los mecanismos de elección o designación de las autoridades encargadas de su conducción”*. En: García Toma, V. Teoría del Estado y derecho constitucional. Lima: Editorial Adrus, S.R.L. 2010, p. 480. Recuperado de: <https://www.web.onpe.gob.pe/modEducacion/Seminarios/Dialogo-Electoral/dialogo-electoral-25-04-2018.pdf>

4 El Tribunal Constitucional comentó respecto a los límites que impone la Constitución a los legisladores de esta forma: *“En efecto, la Norma Fundamental impone al legislador ordinario ciertos límites, no sólo de carácter procedimental o material, sino incluso de orden competencial. Así, por ejemplo, que determinadas fuentes, como la ley orgánica, sólo son capaces de regular determinadas materias”*. En: STC. Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 7. 2002.



De esta forma, podemos afirmar preliminarmente que el derecho constitucional se encuentra presente en el día a día de todos nosotros, ya que afecta directamente nuestras vidas (las relaciones entre los particulares y de estos con los funcionarios y entidades públicas) y establece los fundamentos básicos de convivencia en nuestra sociedad.

## **2.2. La Constitución como el fundamento de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho**

### **a) Principio de supremacía constitucional como elemento esencial del Estado Constitucional de Derecho**

Al encontrarnos en un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución es por excelencia la norma de normas, fuente de fuentes y norma fundante, por ello el principio de supremacía constitucional se refiere a que, dentro de la jerarquía normativa ilustrada por la denominada comúnmente como la pirámide normativa de Hans Kelsen, señala que cualquier otra norma de inferior rango siempre estará sometida a la Constitución Política del Estado al ser esta la norma suprema, por lo que estas normativas de rango inferior serán válidas solo si son compatibles formal y materialmente con la misma; así también, en cuanto a las leyes o normas de rango constitucional tiene como parámetro de control sin excepciones a la propia Constitución<sup>5</sup>.

Efectivamente, consideramos que el Poder Constituyente peruano ha elegido como modelo estatal para nuestro Estado peruano que este sea un Estado Constitucional de Derecho, puesto que se ha establecido en las disposiciones constitucionales de su obra, la Constitución Política de 1993, los dos elementos fundamentales básicos planteados por el mismo Hans Kelsen para este modelo, esto es que se establezca el principio de supremacía constitucional, el mismo que se encuentra determinado en el artículo 51° de nuestra Constitución Política del Perú<sup>6</sup>, así como el reconocimiento del supremo garante de esta supremacía constitucional que es nuestro Tribunal Constitucional, el cual que se encuentra reconocido en el artículo 201° de la Constitución Política<sup>7</sup> de nuestro Estado. Por lo que podemos

5 Sobre el principio de Supremacía Constitucional, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00006-2008-AI/TC señaló lo siguiente: *“Este precepto contiene el principio de jerarquía normativa que nos dice que cualquier otra norma con rango menor está sometida a la supremacía de la Constitución resultando que una norma con rango de ley será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma suprema; en consecuencia, 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”*. En: STC. Exp. N.º 0006-2018-PI/TC, fundamento jurídico VII,3. 2018.

6 Constitución Política

*“Artículo 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”*.

7 Constitución Política

afirmar que estamos frente a un Estado Constitucional de Derecho que posee los elementos básicos de dicho modelo estatal y que todos los ciudadanos y funcionarios públicos deben respetar y cumplir.

Al respecto, este mismo Tribunal Constitucional ha dicho lo siguiente sobre nuestro modelo de Estado Constitucional de Derecho y sus elementos constitutivos:

*“El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.*

*Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente. (...).”<sup>8</sup>*

Por lo que podemos concluir que el Estado peruano se encuentra bajo el Estado Constitucional de Derecho. Esto implica que la norma jurídica suprema dentro de este modelo estatal Estado sea la Constitución Política. Esto se debe a que se sigue la teoría kelseniana respecto a todas las normas en el Estado que no sean la Constitución son de un rango inferior a la misma y por lo tanto no pueden contradecir sus contenidos.

Esto se encuentra positivizado en la Constitución Política del Perú en el artículo 51° y fue desarrollado por el Tribunal Constitucional, el cual es el órgano encargado elegido por el Poder Constituyente para realizar el control e interpretación de los contenidos constitucionales.

## **b) Principio de separación de poderes para garantizar el Estado Constitucional de Derecho**

Al respecto, debemos afirmar que la evolución histórica y la generalidad de la teoría de separación de poderes menciona que existe un principio de separación de poderes en sentido estricto, es decir, los tres poderes clásicos (sin tener en cuenta a los órganos constitucionalmente autónomos), Ejecu-

---

*“Artículo 201. El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. (...)”*

8 STC. Exp. N.º 4053-2007-PHC/TC, fundamentos jurídicos 12 y 13.

tivo, Legislativo y Judicial, y cada uno de ellos realiza sus funciones de manera exclusiva y excluyente, en calidad autónoma e independiente, por lo que no existía forma de obstaculizar ninguno de los poderes en mención<sup>9</sup>.

Luego, esta teoría evolucionó y se complementó con la teoría de los “*check and balances*”, o de los pesos y contrapesos, de origen norteamericano/anglosajón, la cual señala que, además de una función específica que te da el constituyente, cada poder del Estado establecido en la Constitución otorga una función de control, de contralor de otro poder para que no abusen del ejercicio de los poderes, y evitar un Estado absolutista, como fueron en su momento los denominados Estados monárquicos<sup>10</sup>.

Posteriormente, como evoluciona el Estado, de un Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, a la teoría de separación de poderes se le incorpora un elemento adicional, que viene a ser la teoría de la colaboración y coordinación entre poderes. Esto quiere decir que el Poder Constituyente establece ciertos programas y objetivos estatales como el programa económico, político, social y cultural. Esos son los elementos básicos que tiene el principio de separación de poderes y la mayoría de los Estados a nivel regional y a nivel mundial<sup>11</sup>.

Cabe señalar que nuestro Tribunal Constitucional<sup>12</sup> al desarrollar el con-

9 Sobre la separación de poderes, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2018-PI/TC señaló lo siguiente: “*Hace referencia a la autonomía funcional y a las diferentes competencias que cada poder estatal (y también cada órgano constitucional autónomo) tiene, pero también a las distintas funciones (sociales y políticas) que cada uno cumple tendencialmente (tales como representar, legislar y fiscalizar en el caso del Legislativo, o de gobernar y hacer cumplir las leyes en el caso del Ejecutivo). Este principio, desde luego, conlleva a reconocer las eventuales tensiones que puedan surgir entre los poderes públicos*”. En: STC. Exp. N.º 0006-2018-PI/TC, fundamento jurídico 56. 2018.

10 Sobre la función de control o balance entre poderes, el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 0006-2018-PI/TC señaló lo siguiente: “*Se refiere a la existencia de mecanismos de coordinación (tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión de confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc.); mecanismos de control recíproco (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos); y mecanismos de equilibrio entre poderes (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de las competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.)*”. En: STC. Exp. N.º 0006-2018-PI/TC, fundamento jurídico 56. 2018.

11 Sobre la cooperación que se brindan los poderes del Estado, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2018-PI/TC indicó que: “*(...) las competencias y funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 1, 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de “lealtad constitucional”, el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política*”. En: STC. Exp. N.º 0006-2018-PI/TC, fundamento jurídico 56. 2018.

12 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

tenido de dicho principio constitucional reconocido en el artículo 43° de nuestra Constitución Política<sup>13</sup>, incorporó un elemento adicional y exclusivo para el Estado peruano, siendo este elemento el subprincipio de solución democrática. Esta decisión e interpretación constitucional por parte del Tribunal Constitucional fue tomada debido a los frecuentes conflictos dados entre los tres poderes de Estado durante los últimos años. Además, se señala que la solución democrática debe buscar una solución propiamente dicha entre ellos, es decir, un diálogo para buscar salidas constitucionales como medida de prevención de la crisis<sup>14</sup>.

### 3. El derecho constitucional: fundamentos y aplicaciones en diversas ramas del derecho

En este apartado nos gustaría exponer que el derecho constitucional es el fundamento de otras ramas del Derecho en nuestro Estado, en las cuales en su desarrollo normativo material y procesal podemos advertir los contenidos constitucionales que le son aplicables a estos y contribuyen en su estudio.

#### 3.1. Derecho penal

Los principios básicos del derecho penal están consagrados en la Constitución Política y han sido desarrollados jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, que actúa como el máximo intérprete de la Constitución. Estos principios incluyen al principio de legalidad penal<sup>15</sup>, el principio de

---

#### *“Artículo 1.- Definición*

*El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.*

Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional

*“Artículo 1.- El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica”.*

13 Constitución Política

*“Artículo 43. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”* (resaltado nuestro).

14 Respecto al principio de solución democrática, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2018-PI/TC desarrolló lo siguiente: *“Este principio pone de relieve que frente a un entrapamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos. De esta manera, la forma de gobierno, así como las relaciones entre los poderes públicos, deben tender a establecer y preferir mecanismos de diálogo que permitan resolver las controversias.”*. En: STC. Exp. N.º 0006-2018-PI/TC, fundamento jurídico 56. 2018.

15 Sobre el principio de legalidad penal el Tribunal Constitucional en el Expediente. N.º 010-2002-AI/TC señaló: *“El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú, según el cual “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que*

tipicidad penal<sup>16</sup>, el derecho al debido proceso<sup>17</sup>, el derecho a la defensa<sup>18</sup>, las garantías procesales<sup>19</sup> y el derecho a la doble instancia<sup>20</sup>.

Todos estos aspectos se encuentran establecidos en la Constitución Política de 1993. Además, el Tribunal Constitucional se encarga de desarrollar e interpretar estos principios y derechos a través de una interpretación conjunta de la Constitución y otras normas que forman parte del denominado Bloque de Constitucionalidad<sup>21</sup>.

---

*al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)*. Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.º, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9.º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.º). En: STC. Exp. N.º 010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 44. 2003.

16 Sobre el principio de tipicidad penal el Tribunal Constitucional en el Expediente. N.º 00156-2012-PHC/TC señaló: *“El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo”*. En: STC. Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC, fundamento jurídico 9. 2012.

17 Sobre el principio del debido proceso el Tribunal Constitucional en el Expediente. N.º 00712-2018-PA/TC señaló: *“El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso comprende una serie de garantías, formales y materiales, de distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos”*. En: STC. Exp. N.º 00712-2018-PA/TC, fundamento jurídico 3. 2021

18 Sobre el derecho de defensa el Tribunal Constitucional en el Expediente. N.º 02165-2018-PHC/TC señaló: *“La Constitución reconoce el derecho de defensa en su artículo 139, inciso 14, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etcétera), no queden en estado de indefensión. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”*. En: STC. Exp. N.º 02165-2018-PHC/TC, fundamento jurídico 3. 2021.

19 Sobre las garantías procesales el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 00156-2012-PHC/TC señaló: *“(…) garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa sancionatoria, corporativa y parlamentaria (...) su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”* precisando que *“el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a [l]os órdenes [civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter: corporativo y parlamentario] y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”*. En: STC. Exp. N.º. 00156-2012-PHC/TC fundamento jurídico 3. 2012.

20 Sobre el principio a la doble instancia el Tribunal Constitucional en el Expediente. N.º 03238-2014-PHC/TC señaló: *“A nivel interno, y en armonía con los tratados internacionales antes referidos, este Tribunal en reiterada, abundante y uniforme jurisprudencia, ha sostenido que el derecho fundamental a la pluralidad de instancia (...) se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”*. En: STC. Exp. N.º 03238-2014-PHC/TC, fundamento jurídico 1.8. 2018.

21 Sobre el Bloque de Constitucionalidad el Tribunal Constitucional en el Expediente. N.º 00032-2021-PI/TC señaló: *“A este parámetro de control, formado por la Constitución y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de ella y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de*

Ciertamente, consideramos que es crucial que los penalistas se preparen también en derecho constitucional, ya que cuando sus clientes se encuentran en situaciones de restricción o privación de distintos derechos, es necesario utilizar los procesos constitucionales, como el proceso habeas corpus.

Para ello, deben referirse al capítulo de garantías constitucionales de la Constitución Política (los denominados procesos constitucionales)<sup>22</sup> que desarrolla procesalmente el Nuevo Código Procesal Constitucional<sup>23</sup>, el cual cuenta con secciones específicas para el proceso constitucional de habeas corpus<sup>24</sup>. En casos más complejos, pueden solicitar la asesoría de un especialista en derecho constitucional<sup>25</sup>.

En resumen, en el ámbito del derecho penal, es fundamental utilizar el derecho constitucional en cada argumento y defensa de los clientes, ya sea refiriéndose a la Constitución misma o a la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional<sup>26</sup>. Esto se debe a que estos son los principios y derechos que rigen nuestra Constitución política y son desarrollados por el precitado Tribunal<sup>27</sup>.

---

*constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad". En: STC. Exp. N.º 00032-2021-PI/TC, fundamento jurídico 98. 2022.*

22 Constitución Política

*"Artículo 200. Son garantías constitucionales: (...)*

*Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. (...)"*.

23 Nuevo Código Procesal Constitucional

*"Artículo I. Alcances El presente código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3), de la Constitución"*.

24 Nuevo Código Procesal Constitucional

*"Artículo 33. Derechos protegidos Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual: (...)"*

25 Nuevo Código Procesal Constitucional

*"Artículo 4. Defensa pública*

*En los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, el demandante que no cuenta con los recursos económicos suficientes o se encuentra en estado de vulnerabilidad, puede recurrir a la defensa pública, y, si la hubiere, a la especializada en defensa constitucional y derecho procesal constitucional"*.

26 Nuevo Código Procesal Constitucional

*"Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional*

*Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional"*.

27 Respecto a los principios y derechos constitucionales que deben ser mencionados y comprendidos por el derecho penal, el primero que se mencionó fue el principio de legalidad penal, el cual se comprende en la Constitución de esta forma:

*"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)*

*24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...)*

*d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente califi-*

### 3.2. Derecho civil

En el ámbito del derecho civil, ahondaremos en el derecho contractual, el cual se basa en el derecho a la libertad de contratación, el cual está contemplado tanto en el artículo 2° de la Constitución Política<sup>28</sup>, como en su Capítulo del Régimen Económico, también denominada como la “*Constitución económica*”<sup>29</sup>. Estos artículos reconocen el derecho de toda persona a contratar, determinar con quién contratar, qué contratar, cómo contratar y cuándo contratar, es decir, la libertad contractual<sup>30</sup>. Todo esto se encuentra establecido en la Constitución, al igual que los límites a esta libertad, incluso la inclusión de cláusulas en los contratos, como la cláusula arbitral, se fundamenta en la Constitución<sup>31,32</sup>.

---

*cado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.*

Por otro lado, el principio de tipicidad fue comprendido por el Tribunal Constitucional en Sentencia recaída en el Expediente N.º 05487-2013-PA/TC de esta forma: “(...) *el Tribunal Constitucional ha admitido que el principio de tipicidad en materia sancionatoria exige que las conductas consideradas como faltas han de estar definidas con un nivel de precisión suficiente, de manera que el destinatario de las mismas pueda comprender sin dificultad o estar en condiciones de conocer y predecir las consecuencias de sus actos; ello a partir de la previsión clara de la conducta proscrita y de la sanción aplicable*”. En: STC. Exp. N.º 05487-2013-PA/TC, fundamento jurídico 8. 2016.

Asimismo, el debido proceso se hace presente en la Constitución de esta forma:

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

3. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.*

*Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.*

Por otro lado, el derecho a la defensa se presenta así en la norma suprema:

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

14. *El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.*

Por otro lado, el derecho a la doble instancia se encuentra en la Constitución de esta forma:

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

6. *La pluralidad de la instancia”.*

Finalmente, hay que mencionar que garantías procesales se desarrollan en la Constitución Política a lo largo del artículo 139°.

28 Constitución Política

“Artículo 2. *Toda persona tiene derecho: (...)*

14. *A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.*

29 Constitución Política

*Título III Del Régimen Económico*

30 Constitución Política

“Artículo 62. *La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.*

31 Ver: Artículos 62°, 63° y 139° de la Constitución Política de 1993.

32 Es importante mencionar que el Perú se rige bajo un pluralismo económico. Respecto a esto, el pro-

Es importante tener en cuenta que no es obra de los tratadistas del derecho mercantil, sino que es un requerimiento establecido en la Constitución. En la vida cotidiana, al realizar una compra en cualquier establecimiento, como una tienda de conveniencia o bodegas de los barrios, el “voucher” que se entrega al cliente constituye un contrato que está regulado gracias a la Constitución.

En este mismo sentido, podemos afirmar que el concepto básico de la figura del negocio jurídico es una declaración de voluntad y manifestación del derecho a la autonomía privada, y un contrato ya es el perfeccionamiento de la autonomía privada o del mismo negocio jurídico<sup>33</sup>. Siguiendo con esta misma línea de argumentación, podemos afirmar que el derecho a la libre contratación conforme a señalado el Tribunal Constitucional, es el consentimiento de ambas partes de llegar al contenido del contrato, y dicho contrato en mención señala la fecha, las obligaciones y deberes de ambas partes, el contenido económico y lo consecuente al darse un conflicto entre ellos<sup>34</sup>. Debemos precisar en este extremo que la libre contratación está reconocida en dos artículos, en el artículo 2° y en el Capítulo del Régimen Económico de la Constitución<sup>35</sup>.

---

fesor Raúl Ferrero Costa indicó lo siguiente en relación con los contenidos constitucionales: *“Al tratar el régimen económico, el mismo cuerpo de leyes en su artículo 60 es claro al disponer que “el Estado reconoce el pluralismo económico, la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”, y a ello agrega que “solo 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”, erigiéndose así en un principio determinante dentro de nuestro orden constitucional*. En: Ferrero Costa, R. Constitucionalización del derecho civil. Revista Ius Et Praxis, 55. 2022 p. 21. Recuperado de: [https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius\\_et\\_Praxis/article/view/6088/6084](https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/6088/6084)

33 Respecto a la autonomía de la voluntad y su relación con el contrato, el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 047-2004-AI/TC: *“La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular. El contrato, al expresar la autonomía de la voluntad como fuente de derecho tiene su fundamento en las siguientes disposiciones constitucionales. El inciso 14.º del artículo 2.º de la Constitución prescribe que toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. A su turno, el artículo 62.º de la Constitución establece que: La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Por su parte, el inciso 3.º del artículo 28.º de la Constitución dispone que: La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de los concertados. Como puede inferirse, las disposiciones constitucionales citadas confirman la tesis de que el contrato también es una fuente de derecho que tiene reconocimiento constitucional*”. En: STC. Exp. N.º 0047-2004-AI/TC, fundamento jurídico 44. 2006.

34 El Tribunal Constitucional desarrolló en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 7339-2006-PA/TC lo siguiente respecto al derecho a la libre contratación: *“Consagrado en el inciso 14) del artículo 2º de la Constitución, 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 posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público*”. En: STC. Exp. N.º 7339-2006-PA/TC, fundamento jurídico 47. 2007.

35 Con relación a lo dicho, el Tribunal Constitucional mencionó en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0007-2021-PI/TC que: *“(…) la libertad de contratación, reconocida en el artículo 2.14 de la Cons-*



### 3.3. Derecho societario y/o mercantil

Siguiendo con lo expuesto previamente, en el ámbito societario y el derecho mercantil, la Ley General de Sociedades se fundamenta en el derecho a la libertad de empresa, el cual es desarrollado por el Tribunal Constitucional. Este derecho incluye y exige que se garantice el acceso libre al mercado, el respeto al principio de la libre competencia, la capacidad de desarrollar una empresa según los deseos y las condiciones del mercado, y la libertad de poder salir del mercado<sup>36</sup>.

Estas cuatro garantías constitucionales conforman el derecho a la libertad de empresa, que está reconocido en la Constitución Política y son los principios fundamentales que sustentan la Ley General de Sociedades<sup>37</sup>.

### 3.4. Derecho laboral

En cuanto al derecho laboral, aunque se pueda pensar que no se requieren procesos constitucionales, debido a que se ha establecido que el amparo laboral ha sido reemplazado, en la mayoría de sus supuestos aplicables, por la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Al respecto, debemos señalar que, en realidad, esta última norma procesal ha recogido toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en materia de protección de los derechos laborales, específicamente frente a situaciones en que se origine la figura del despido arbitrario<sup>38</sup>.

---

*titución. Al respecto, dicha disposición reconoce el derecho de toda persona "a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público". Junto a dicha disposición, el artículo 62 de la Constitución ubicado en el capítulo relacionado con el régimen económico, establece que: La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...). Así pues, las libertades contractuales, reconocidas en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad". En: STC. Exp. N.º 0007-2021-PI/TC, fundamentos jurídicos 129-132. 2022.*

36 Sobre lo mencionado, el Tribunal Constitucional desarrolló lo siguiente en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 01405-2010-PA/TC: "De este modo, cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado". En: STC. Exp. N.º 01405-2010-PA/TC, fundamento jurídico 15. 2010.

37 El Tribunal Constitucional desarrolló en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 01405-2010-PA/TC el derecho a la libertad de empresa de esta forma: "(...) la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58º y 59º de la Constitución". En: STC. Exp. N.º 1405-2010-PA/TC, fundamento jurídico 13. 2010.

38 Es importante mostrar lo dicho por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia en relación del proceso de amparo con la Nueva Ley Procesal del Trabajo: "El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tienen que determinarse

Efectivamente, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, aprobado mediante la Ley N.º 29497, ha incluido tanto los aspectos procesales como los contenidos y supuestos aplicables del amparo laboral, abarcando así toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionada con el despido nulo, el despido fraudulento, el despido incausado y sus consecuencias jurídicas<sup>39</sup>.

Por ello, podemos decir que la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha recopilado todas estas figuras jurídicas desde las fuentes del derecho constitucional<sup>40</sup>, incluso esto ha obligado a que el Tribunal Constitucional reduzca

---

*no en función de un análisis constraído al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela*". En: STC. Exp. N.º 6174-2014-PA/TC, fundamento jurídico 1. 2017.

39 Respecto al despido arbitrario, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00732-2019-PA/TC indicó que: "El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que "el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona". Asimismo, el artículo 27 señala que "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". En: STC. Exp. N.º 00732-2019-PA/TC, fundamento jurídico 6. 2021.

Por otro lado, el Expediente N.º 976-2001-AA/TC desarrolló los diferentes tipos de despido de esta forma: "De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes:

a) **Despido nulo.** Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29º del Decreto Legislativo N.º 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2º; inciso 1) del artículo 26º e inciso 1) del artículo 28º de la Constitución (...). Se produce el denominado despido nulo, cuando: Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales. Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición) Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc. Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto). Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.º 26626). Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).

b) **Despido incausado.** Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N.º 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22º de la Constitución y demás conexos. Se produce el denominado despido incausado, cuando: Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

c) **Despido fraudulento.** Se produce el denominado despido fraudulento, cuando: Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (E.x.p. N.º 415- 987-AA/TC, 555-99-AA/TC Y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (E.x.p. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas".

En: STC. Exp. N.º 0976-2001-AA/TC, fundamento jurídico 15. 2003.

40 La Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, indicó en su Título Preliminar en el Artículo IV lo siguiente:

*"Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral*  
*Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República".*

los alcances del denominado amparo laboral, puesto que esta norma procesal cumple con la protección idónea de los derechos laborales, al seguir esta misma línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de protección de estos derechos<sup>41</sup>.

### 3.5. Arbitraje

En el tema del arbitraje, se debe reconocer que su condición de jurisdicción se deriva de la propia Constitución Política<sup>42</sup>. Aunque la función jurisdiccional le corresponde principalmente al Poder Judicial, la Constitución permite excepcionalmente la jurisdicción arbitral, otorgando a los árbitros la facultad de resolver conflictos<sup>43</sup>.

Por lo tanto, la jurisdicción arbitral existe porque así lo permitió el Poder Constituyente y su propia obra, la Constitución Política. Debemos precisar que los árbitros también deben cumplir con requisitos y exigencias constitucionales, como son el derecho a la debida motivación, el derecho al debido proceso y el principio de legalidad, tal como se exige a los jueces del Poder Judicial en la emisión de las resoluciones judiciales<sup>44</sup>.

41 Con relación a lo dicho, el Tribunal Constitucional mencionó en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 02383-2013-PA/TC lo siguiente: *“A modo de ejemplo, tenemos que una vía ordinaria especialmente protectora regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo es la del proceso abreviado laboral, cuya estructura permite brindar tutela idónea en aquellos casos en los que se solicite la reposición laboral como única pretensión. Nos encontramos entonces ante una vía procesal igualmente satisfactoria, siendo competente para resolver la referida pretensión única el juzgado especializado de trabajo. Sin embargo, si el demandante persigue la reposición en el trabajo junto con otra pretensión también pasible de ser tutelada vía amparo, la pretensión podrá ser discutida legítimamente en este proceso constitucional, pues el proceso ordinario previsto para ello es el “proceso ordinario laboral”, el cual —con salvedades propias del caso concreto— no sería suficientemente garantista en comparación con el amparo. En sentido complementario, si estamos en un caso en que se solicita reposición como pretensión única, pero por razón de competencia territorial o temporal no resulta aplicable la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la vía más protectora es el proceso constitucional de amparo”*. En: STC. Exp. N.º 2383-2013-PA/TC, fundamentos jurídicos 27 y 28. 2015.

42 Ver: Artículos 62º, 63º y 139º de la Constitución Política.

43 El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC reconoció la capacidad del árbitro de resolver conflictos de esta forma: *“Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 20 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 1390 de la propia Constitución”*. En: STC. Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 11. 2006.

44 Sobre lo dicho, el Tribunal Constitucional desarrolló lo siguiente en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC: *“El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros - incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la*

Es importante destacar que los árbitros se esfuerzan por cumplir con el derecho al debido proceso, con el principio de legalidad, con las normas y reglas arbitrales, y deben resolver los casos de manera congruente. Todos estos principios y exigencias son requerimientos constitucionales<sup>45</sup>.

### 3.6. Derecho Procesal

Por último, debemos explicar que los temas procesales se rigen bajo reglas, doctrina y pruebas fundamentadas en la Constitución Política de 1993; además, las garantías que rigen la totalidad de los procesos se encuentran en la misma, en el artículo 139<sup>46</sup>, ubicándose en los principios, los derechos y las garantías procesales<sup>47</sup>.

Un ejemplo sucede cuando al interponerse un recurso de apelación, en ella siempre se alega que, el juez ha interpretado mal la norma – es decir, ha aplicado erróneamente el principio de legalidad – o se tuvo una equivocación en la congruencia entre el petitorio y lo resuelto, la afectación al derecho de debida motivación, la no pronunciación del juez sobre uno de los petitorios, la afectación del derecho a la prueba; y, por lo tanto, todas estas afectaciones son vulneraciones directas al derecho al debido proceso<sup>48</sup>.

---

*decisión voluntaria de las partes*”. En: STC. Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 12. 2006.

45 Respecto al control constitucional del arbitraje, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC indicó lo siguiente: “*En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI in fine y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente*”. En: STC. Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 18. 2006.

46 Constitución Política

*Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)*”

47 Del artículo mencionado, se debe desarrollar lo procedente al derecho al debido proceso. Para ello, veamos lo dicho por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00579-2013-PA/TC: “*El artículo 139, inciso 3), de la Constitución establece como derecho de todo justiciable y principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso. Dicho derecho, a tenor de lo que establece nuestra jurisprudencia, admite dos dimensiones: una formal, procesal o procedimental, y otra de carácter sustantivo o material. En la primera de las mencionadas está concebido como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas (las cuales a su vez son derechos parte de un gran derecho con una estructura compuesta o compleja) que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela o desarrollo de todo tipo de procedimiento o proceso (sea este judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole). En la segunda de sus dimensiones exige que los pronunciamientos o resoluciones con los que se pone término a todo tipo de proceso respondan a un referente mínimo de justicia o razonabilidad, determinado con sujeción a su respeto por los derechos y valores constitucionales*”. En: STC. Exp. N.º 0579-2013-PA/TC, fundamento jurídico 5.3.1. 2014.

48 En relación con el derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 03997-2013-PHC/TC desarrolló lo siguiente: “*(...) existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa*”. En: STC. Exp. N.º 3997-2013-PHC/TC, fundamento jurídico 6. 2015.

## 4. Derecho Constitucional en el día a día del Estado Constitucional de Derecho peruano y sus ciudadanos

### 4.1. Derecho Constitucional en el día a día del Estado Constitucional de Derecho

Conforme hemos expuesto en la presente ponencia, podemos afirmar que el derecho constitucional es la base sólida (y necesaria) para las demás materias y/o especialidades del derecho; pues, de darse el caso de que modifiquen las normas especiales de las mismas, se encontrarían con vacíos legales, que van a poder ser enfrentados al tener conocimientos en principios, valores y las bases constitucionales de donde parten las normas especiales de las diversas ramas del derecho, sin tener, por tanto, problema alguno.

Por ejemplo, un tema que recientemente ha tenido mucha incidencia en los foros políticos y sociales ha sido la modificación de nuestro modelo económico, de Economía Social de Mercado<sup>49</sup>. Al respecto, podemos decir que la respuesta a este debate se encuentra en el derecho constitucional, puesto que nuestro Tribunal Constitucional ha determinado que el Capítulo del Régimen Económico no admite modificaciones al ser un elemento esencial de la Constitución Política<sup>50</sup>.

En relación con lo ejemplificado, debemos de señalar que, si se realizará una modificación al Capítulo Económico de nuestra Constitución Política, todas las normas civiles, mercantiles, societarias, de contrataciones con el Estado, entre otras sufrirían grandes cambios, siendo los principales afectados los especialistas y particulares quienes ejercen sus libertades con las regulaciones en estas materias.

Otra ejemplificación de una materia constitucional que ha pasado desapercibida por los ciudadanos y los propios funcionarios públicos es el caso del Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), el cual tiene un Estado de Emergencia que tiene aproximadamente quince años de vigencia, y es en ese periodo de tiempo han nacido niños y adolescentes que hasta el día de hoy no han gozado de la plenitud de sus derechos, con la excepción de aquellos menores que han salido de la zona que comprende el VRAEM.

---

49 Constitución Política de 1993

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

50 Sobre la imposibilidad de modificar el Régimen Económico el Tribunal Constitucional se pronunció en diferentes sentencias y señaló: “No se puede modificar la estructura básica del Estado, ni sus valores esenciales (principio de dignidad humana, la soberanía popular, la forma republicana de gobierno, el Estado Democrático de Derecho, la Constitución Económica, entre otros)”. En: STC. Exp. N° 014-2002-AI/TC. fundamento jurídico. 68.2022.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que una de las características de un estado de emergencia o un régimen de excepción es su temporalidad<sup>51</sup>, es por ello su tiempo límite de 60 días, con posibilidad de ampliar 60 días adicionales<sup>52</sup>, según se crea necesario, pues la Constitución Política no especifica hasta cuántas veces se puede ampliar como máximo el estado de emergencia<sup>53</sup>.

Sin embargo, se desnaturaliza un régimen excepcional cuando vemos casos como el que acabamos de ejemplificar. Se observa cómo una falta de una política de seguridad interna y de seguridad ciudadana por parte de los diferentes gobiernos, no han podido dar una verdadera respuesta a la situación en que se tiene el VRAEM, pues la única respuesta dada hasta el momento es la limitación de derechos para los peruanos que viven en esa zona debido al Estado de Emergencia perpetuo. Y hasta ahora no hay un reclamo o pronunciamiento sobre esta situación.

Otro punto que es muy importante, aplicable a nuestro convulso contexto político nacional y que es un ejemplo de la importancia del derecho constitucional, es cuando un Alto Funcionario del Estado no cumple con sus funciones constitucionales, es decir, con los mandatos expresos que le exige la Constitución Política por encargo del Poder Constituyente.

Un ejemplo en este caso podría ser si es que se da el caso de que un ciudadano acude a la Defensoría del Pueblo para que esta entidad pueda brin-

---

51 Respecto a la temporalidad del estado de emergencia o régimen de excepción, el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC: “*Transitoriedad del régimen de excepción. Habitualmente, su duración se encuentra prevista en la Constitución o en las leyes derivadas de esta; o en su defecto, regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad. La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política*”. En: STC. Exp. N.º 0017-2003-AI/TC, fundamento jurídico 18. 2004.

52 Constitución Política de 1993

“*Artículo 137. El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República. (...)*” (resaltado nuestro).

53 En relación con la prórroga en el estado de emergencia o régimen de excepción, el Tribunal Constitucional comentó lo siguiente en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 01805-2007-PHD/TC: “*(...) debemos concluir que, ciertamente, y aunque la disposición mencione que el Poder Ejecutivo deberá rendir cuentas solamente al Congreso de la República y que el juez no podrá cuestionar la vigencia del régimen de excepción; existe un razonable y justificado interés público por ejercer control social sobre las decisiones de la Administración Pública, más aún en aquellos supuestos en los que dichas decisiones implican la restricción de derechos fundamentales, como efectivamente ocurre en los regímenes de excepción*”. En: STC. Exp. N.º 1805-2007-PHD/TC, fundamento jurídico 4. 2009

darle asesoría jurídica y defensa judicial gratuita, y el Defensor del Pueblo da una política institucional en el que dichas oficinas de defensa gratuita se cierran sin justificación alguna. Ante un caso así en el que se advierte que el Defensor del Pueblo no está cumpliendo sus funciones constitucionales, la persona afectada tiene la posibilidad, conforme lo manda la Constitución y el Reglamento del Congreso, de denunciar constitucionalmente al Defensor del Pueblo, conforme lo habilita el artículo 99° de nuestra Constitución Política<sup>54</sup>.

Efectivamente, cualquier ciudadano, conforme al artículo 89° del Reglamento del Congreso, que se vea afectado en alguno de sus derechos fundamentales, pero la omisión o acción de un Alto Funcionario – como es el Defensor del Pueblo – puede accionar una denuncia constitucional y pueda acusar él al Defensor del Pueblo que no cumplió sus funciones<sup>55</sup> y lo afectó directamente sus derechos.

Este caso a su vez muestra como el derecho constitucional está dentro del día a día de un Estado Constitucional de Derecho. Siendo este un caso que podría suceder con este u otro órgano del Estado, el ciudadano afectado debe usar los mecanismos que se le otorgan en la Constitución Política, además del derecho a la protesta que es el más conocido y es válido, a su vez debe ejercer los demás medios que también se le otorga para denunciar a un determinado funcionario. Siendo la denuncia constitucional más rápida en el tiempo de acción, a diferencia del tiempo que tarda al hacer una denuncia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos<sup>56</sup>.

---

54 Constitución Política

*“Artículo 99. Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros de la Junta Nacional de Justicia; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”* (resaltado nuestro).

55 Reglamento del Congreso de la República

*“Artículo 89. Mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político de los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política. (...)”*.

56 Nuevo Código Procesal Constitucional

*“Artículo 121. Carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional*

*Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido. Estas resoluciones deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición. Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, solo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal. El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar desde su notificación. Se resuelve en los dos días siguientes. Lo anterior no afecta el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.*

*Artículo 122. Organismos internacionales competentes*

*Para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los*

Por último, tenemos los casos en que se amenazan o afectan los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya sea por parte de los funcionarios y entidades estatales, como de otros particulares, y que en estas situaciones se deberían utilizar los procesos constitucionales, los cuales son medios procesales que brinda todo Estado Constitucional de Derecho como es el Estado peruano pero que, por diversos motivos, los ciudadanos desconocen y no los emplean.

Al respecto, tenemos el proceso constitucional de hábeas corpus, que es una de las garantías constitucionales que encontramos en la Constitución, que es a su vez, un proceso constitucional fundamental que garantiza el derecho a la libertad individual y derechos conexos a ella<sup>57</sup>. También se cuenta con el proceso de amparo que garantiza todos los derechos dados en la Constitución y en normas internacionales de relación con los derechos humanos que no están protegidos ni por el proceso de hábeas corpus, ni el proceso de hábeas data<sup>58</sup>. Este último protege los denominados derechos de información, como es el derecho de acceso a la información pública, que es el derecho de todo ciudadano de poder acceder a los bancos de datos de información que se encuentren en las entidades públicas o entidades privadas que brinden servicios públicos, y el derecho a la autodeterminación informativa, también denominado derecho a los datos personales, que busca que toda información personal que se encuentre en una base o archivo dentro de una actividad privada o pública no sea manipulada sin el permiso de la persona o no sea utilizada sin los objetivos que permitió dicha persona, entre otras<sup>59</sup>.

De esta misma manera, tenemos el proceso de cumplimiento, que es un error del constituyente peruano (en mi opinión), ya que prácticamente cumple la misma función de un proceso contencioso administrativo<sup>60</sup>. Ante

---

*tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú”.*

57 Constitución Política

*Artículo 200. Son garantías constitucionales:*

*1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. (...)”*

58 Constitución Política

*(...)”*

*2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. (...)”*

59 Constitución Política

*(...)”*

*3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución. (...)”*

60 Constitución Política



esto, el Tribunal Constitucional y el legislador a través del Nuevo Código Procesal Constitucional le dio más funcionalidad a que este proceso sea más útil al Estado Constitucional de Derecho, sobre todo para garantizar otros principios constitucionales, como el principio de legalidad, al exigir que a través del proceso de cumplimiento se exija la reglamentación de las leyes que no están reglamentadas en el tiempo que establece la misma <sup>61</sup>.

Por lo que existen medios de defensa de los derechos fundamentales de todos los peruanos que ofrece nuestro Estado Constitucional de Derecho y la propia Constitución Política, pero que lamentablemente por desconocimiento de los propios ciudadanos estas no son utilizadas y, por ende, sus derechos son afectados sin posibilidad de restituirlos y protegerlos, y este desconocimiento es porque desconocen su propia Norma Fundamental.

## 4.2. Derecho Constitucional en el día a día de los ciudadanos

Por otro lado, y siguiendo con lo expuesto, podemos afirmar que hace falta especialistas constitucionales que quieran ser jueces, es decir, jueces constitucionales. También, consideramos que nos hace falta una judicatura especializada en materia constitucional, puesto que no se cuenta con juzgados y salas superiores constitucionales en todos los distritos judiciales; por lo que no se puede hablar de una justicia especializada en lo constitucional<sup>62</sup>.

Ante esta problemática, se necesita de una política jurisdiccional de implementación de la justicia constitucional, cuyo encargado para establecerlo es el Poder Judicial, que es el único que puede plantear, exigir y ejecutar esta política jurisdiccional, cuyo presupuesto económico (las partidas pre-

---

(...)

6. *La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley*".

61 Nuevo Código Procesal Constitucional

*Artículo 65. Objeto*

*Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o*

*2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.*

*No es objeto del proceso de cumplimiento el acto administrativo que contenga el reconocimiento o pago de devengados ni de obligaciones que deben determinarse en órgano jurisdiccional especializado o estación probatoria distinta a los juzgados especializados en lo constitucional" (resaltado nuestro).*

62 Nuevo Código Procesal Constitucional

**"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES (...)**

**SEGUNDA. Jueces especializados**

*En los distritos jurisdiccionales del Poder Judicial donde no existan jueces ni salas constitucionales, los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento son competencia de los juzgados especializados en lo civil o mixto, según corresponda y, en segunda instancia, las salas civiles correspondientes. En los procesos de hábeas corpus la competencia recae en los jueces de investigación preparatoria y, en segunda instancia, en las salas de apelaciones respectivas".*

supuestales) tendría que otorgarlo el Ministerio de Economía y Finanzas, y el concurso para que se colmen estas plazas de estos jueces especializados lo tiene que convocar la Junta Nacional de Justicia.

Además, en relación con la problemática de la justicia constitucional, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene, conforme manda el Nuevo Código Procesal Constitucional, la obligación, en representación del Estado peruano, de brindar defensa pública gratuita en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad<sup>63</sup>.

Por este motivo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene la obligación de proporcionar a las personas que se encuentran en vulnerabilidad y en pobreza o pobreza extrema, un abogado que vea sus casos constitucionales, demandas y procesos constitucionales de acción de amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento.

En muchas ocasiones se advierte que la defensa pública gratuita del Estado peruano se presume de poseer muchas causas ganadas en materia de divorcio, pensiones, denuncias por omisión de pensiones, laborales, etc.; y, está perfecto, se espera que lo sigan haciendo y mejoren si pueden. Sin embargo, no es dable el no darle la debida importancia a la defensa de los derechos fundamentales y a la supremacía de la Constitución, e incluir en el Nuevo Código Procesal Constitucional esa disposición porque ellos no lo tenían en cuenta.

En este sentido, consideramos que estos espacios como los Congresos y Pre-Congresos dados por Amachaq-Escuela Jurídica, son los necesarios, pues antes la única oportunidad en la que la ciudadanía se preocupaba por los órganos políticos como el Poder Ejecutivo y el Congreso era debido a que, aunque suene mal e inclusive incorrectamente político, nos encontrábamos en medio de la pandemia de la Covid-19 y existía una poca variedad en la programación televisiva.

Efectivamente, en relación con lo expresado, la ciudadanía en dicho contexto veía canal N, canal 7 (canal televisivo oficial del Estado peruano), canal de Radio Programas del Perú (RPP) y todos los canales, tanto de transmisión abierta como pagada, solo transmitían las sesiones del Congreso o los consejos de ministros públicos dados por parte del presidente y del consejo de ministros, luego temas relacionados a la Covid-19; sin

---

63 Nuevo Código Procesal Constitucional

*Artículo 4. Defensa pública*

*En los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, el demandante que no cuenta con los recursos económicos suficientes o se encuentra en estado de vulnerabilidad, puede recurrir a la defensa pública, y, si la hubiere, a la especializada en defensa constitucional y derecho procesal constitucional”.*

embargo, no había más variedad en la programación. Posterior a esta coyuntura, se perdió dicho interés, más es un interés que debe volver, y no por una pandemia, sino porque es necesario que las personas se preocupen por la agenda pública.

Los estudiantes de derecho y los abogados tienen la obligación de ver noticias al inicio y al final del día, debido a que lo que suceda al inicio y al final del día afecta a esta profesión; sin embargo, no solo los estudiantes de derecho y abogados deben tener dicha preocupación, deberían ser todos los ciudadanos; ya que caso contrario a ello, su derecho a ejercer el voto terminará en la ánfora al emitir su voto, pues son pocas las personas que posterior a ello realicen un seguimiento a su candidato u a otro candidato por el que no votaron pero salió ganador; por ejemplo, enviándole mensajes a sus redes sociales exhortando a que haga mejor las cosas.

A veces dicen que debido a que no salió ganador el candidato por el que votaron, no poseen culpa alguna, algo equivocado, pues también sería reprochable que solo se den comentarios con odio en redes sociales, una acción que solo ayuda en la catarsis personal o el desfogue emocional propio, pero no ayuda al país a convertirse en un país que se involucre en los temas políticos, no ayuda a un país que requiere fortalecer su programa político que se encuentra en la Constitución Política, como tampoco ayuda a fortalecer los derechos políticos de elegir y ser elegido, pues el que es elegido necesita ser fiscalizado, y no por parte de la prensa o canales de farándula, sino fiscalizado por los ciudadanos, ciudadanos que conocen, estudian y están atentos a lo que sucede en el país.

## **5. Conclusiones**

Para culminar esta ponencia, debemos insistir en la necesidad de fomentar el conocimiento del derecho, de la Constitución misma, y, por ende, de la propia rama del derecho constitucional, puesto que de esta forma los ciudadanos podrán conocer sus derechos fundamentales y los deberes de los funcionarios públicos, lo cual es de vital importancia, puesto que la ciudadanía debería conocer más y mejor cuales son las reglas básicas que rigen su día a día; y, son los abogados y/o estudiantes de derecho los que tienen la obligación de aportar con dicho fin.

En este sentido, podemos afirmar, según lo expuesto en esta investigación, que las diversas ramas de especialidad del derecho tienen siempre un nexo con el Derecho Constitucional, y por tanto los abogados y/o estudiantes de derecho tienen la obligación de estudiar dicha rama con mayor profundidad.

Por lo expuesto a lo largo de esta ponencia consideramos que no se puede entender las ramas del derecho civil, penal, procesal, mercantil y otras sin antes entender el derecho constitucional que justamente estudia la norma básica y elemental de nuestro Estado que es la Constitución Política. Esto se debe a que el Estado peruano es un modelo estatal de Estado Constitucional de Derecho. Esto implica, entre varios temas, entender que nos regimos bajo el principio de supremacía constitucional, que exige que la Constitución es la norma jurídica suprema del Estado.

Esto último significa que la Constitución va por encima del resto de normas del Perú y que estas tienen que ir de acorde a los contenidos establecidos en la Constitución. De tal forma que las ramas del derecho antes mencionadas guían su actividad en base a lo establecido en la Constitución y lo dicho por su máximo interprete, el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, se puede comprender que el derecho constitucional forma parte del día a día de los peruanos, esto debido a que esta rama del derecho es la encargada de estudiar todo lo concerniente a la Constitución. Por lo tanto, al estudiar la norma suprema del Estado peruano, estudia todo lo relacionado a la vida de los peruanos ya que interviene en todas las ramas del derecho. Es así como se entiende que el derecho constitucional tiene una presencia perpetua en la vida de las personas peruanas.



## **II. CIENCIAS PENALES**



## *a) Ponencias*





# La situación de la pena privativa de la libertad en el siglo XXI\*

Julio Fernández García\*\*  
*Universidad de Salamanca*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Situación de España / 3. Ley general penitenciaria / 4. Principios / 5. Futuro del sistema penitenciario / 6 Conclusiones / 7. Preguntas al público

## 1. Introducción

La cárcel a pesar de sus mejoras en los últimos años sigue siendo un lugar hostil desocializador y estigmatizantes, ya que se suele decir que la gente entra mala en la cárcel, y sale peor, es decir, las condiciones de vida de los distintos lugares de reclusión son muy negativos.

Comenzar pues con algunas frases que han definido a la cárcel a lo largo de la historia. Cervantes ha sido un escritor, quizá el más importante de habla hispana coetáneo de Shakespeare, y que además también sufrió las consecuencias de la cárcel, ya decía él que la cárcel es un lugar donde toda incomodidad tiene su asiento; por lo que, con eso lo dice todo. En una de las cárceles españolas en Madrid a finales del siglo XIX, una vieja cárcel de Madrid, se había un escrito en una de las paredes, quizá hecha por alguno de los reclusos o algunos de los presos, decía lo siguiente “en este sitio maldito donde reina la tristeza no se condena el delito se condena la pobreza”, es decir que también es significativo.

---

\* Ponencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional multidisciplinario de Derecho, Pre-encuentro macrorregional de estudiantes de derecho, organizado por Amachaq llevado a cabo el 30 de junio al 02 de julio del 2023.

\*\* Doctor en derecho. Título de la Tesis Doctoral leída: “El sistema garantista en derecho penitenciario”. Universidad de Salamanca. 2015. Doctorado en Derecho Público General: “Los Derechos Fundamentales: Análisis de su régimen jurídico desde una perspectiva multidisciplinar. Especial consideración a la reforma del Código Penal”. Curso Superior en Criminología. Profesor Asociado de Derecho Penal y Penitenciario en la Facultad de Derecho: Grados de Derecho y Criminología Universidad de Salamanca, con autorización de compatibilidad por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, desde el curso académico 2000-2001 en adelante. Actual responsable del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas en el Centro de Inserción Social (CIS) “Dorado Montero” dependiente del Centro Penitenciario de Topas (Salamanca).

Otras frases que definen la cárcel, por ejemplo, esta la de Oscar Wilde en la prisión de Reading cuando decía que también estuvo preso, “cada prisión significa con bloques de ira e infamia y con barreras de sedicia”, o sea todo lo que rodea a la cárcel es un halo negativo.

Ha mejorado ostensiblemente, fundamentalmente a partir de la mitad del siglo XX, 1948, cuando surge la Declaración Universal de los Derechos Humanos donde ya se establece claramente, aparte de otras consideraciones de que todos los hombres son iguales en derechos y en deberes, pues se dice que están prohibidas las penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, y que toda persona no puede ser condenada sin un juicio justo, etcétera.

A partir de ahí surge el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 donde también establece todo este prisma de lo que debe ser el respeto a los Derechos Humanos de las personas encarceladas con el principio de humanidad de las penas, donde ya establece la prohibición de los datos crueles inhumanos y degradantes.

Con la normativa internacional, reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955 aprobadas en Ginebra donde ya establece un marco de cómo debe ser la cárcel, se menciona que los presos van a conservar los derechos fundamentales, a excepción de los que sean incompatibles con el objeto de la condena, ya se establece que el Estado tiene la obligación de proporcionarle una alimentación suficiente, una asistencia sanitaria integral en igualdad de condiciones que el ciudadano libre; asimismo, también se dice cómo deben ser las celdas, con ventilación, con calificación, con calefacción, con luz natural y ya establece un marco de lo que debe ser un sistema penitenciario moderno.

Posteriormente, la Convención Americana de Derechos Humanos que se aprueba en San José, es incluso más ambiciosa que el convenio europeo de Derechos Humanos, porque, por ejemplo, en la prohibición de tratos inhumanos y degradantes habla de prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes; va un poco más allá, incluso de la propia convención americana, cuando habla del derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte, específicamente para los menores.

Por otro lado, algo que no dice el convenio de los Derechos Humanos, y por ende avanza un poquito más que el pacto internacional de derechos civiles y políticos de la convención es con respecto a ir en contra de la tortura de tratos crueles. Esto marca lo que debe ser un sistema penitenciario.

## **2. Situación de España**

En España, a partir de 1975 cuando tiene lugar la transición política, pues lo primero que se compromete en todos los partidos políticos de entonces en el pacto de la transición, es a crear una constitución que respeten los principios y valores de un estado social y democrático de derecho. Es una constitución bastante buena, una constitución que es parecida a la Constitución republicana de 1931 en el caso español y que pues garantiza los derechos fundamentales del ser humano, además, tiene una parte dogmática y a partir de ahí, la propia Carta Magna establece como debe ser la cárcel; asimismo, en el artículo correspondiente que está dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya va a establecer el marco, es decir, las penas privativas de libertad están orientadas a la educación, en la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.

Es más continúa diciendo que el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo de derechos fundamentales como cualquier ciudadano a excepción de los que estén expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitencial, pero es que no se queda solo ahí, porque se menciona, no obstante, que tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social, acceso a la cultura y el desarrollo integral de su personalidad.

Se está hablando de 1978, un artículo que está dentro de los derechos fundamentales y las libertades públicas, en donde está la prohibición de la abolición de la pena de muerte, la prohibición de estratos inhumanos y degradantes, además del libre desarrollo de la personalidad y el conjunto de derechos.

### **3. Ley General Penitenciaria**

Entonces, eso marca el sentido general penitenciario, y se debe recordar que es la primera Ley Orgánica de la democracia reciente de España, es decir de aprobar la Carta Magna de 1978, la primera Ley Orgánica es una ley especial que para su aprobación necesita una mayoría absoluta de los miembros del congreso y de los diputados; y además, que regula los derechos fundamentales y las libertades públicas y todas las leyes más importantes como el código Penal, pues la primera ley orgánica que se aprobó fue la Ley General Penitenciaria del año 79.

Pero que, además, esta Ley general penitenciaria fue aprobada por la aclamación de todas las fuerzas políticas, y no hubo ningún voto en contra; de ahí que, después de 45 años de vigencia de la propia ley, todavía siga siendo una ley ambiciosa, y, es más, si se compara con el código penal nuevo desde el año 95, la ley general penitenciaria ha tenido cuatro o cinco

reformas muy puntuales, es así que tiene 80 artículos y ha sido reformada muy puntualmente. En cambio, el código penal que es del 95, es decir, 16 años después, ya ha sido reformado en casi 40 ocasiones, porque no se aprobó con el quorum ni con el consenso con el que se aprobó la ley general penitenciaria.

Y es más, a pesar de los 45 años todavía había un artículo que no se había completado, y es el que todos tienen derecho a una celda individual. En el apartado segundo de ese artículo 19 se menciona: “en caso de sobre ocupación temporal podrán compartir más interno una celda”.

#### **4. Principios**

Hay que entender que la cárcel realmente sea la última ratio dentro de lo que es las penas y de que la pena de prisión se aplique para los delitos más graves y para los delitos menos graves y delitos leves sean otras penas de diferente naturaleza, las que se aplique.

Entre los principios que deben formar el sistema penitenciario moderno, está presente el principio de humanidad de las penas, pues es muy importante, ya que quedan prohibidas las penas crueles e inhumanas o degradantes como por ejemplo puede ser la pena de muerte. Asimismo, se debe entender que la ejecución de la pena de prisión se adapte a lo que está previsto en la legislación.

Por otro lado, se debe seguir que la ejecución de la pena de prisión respete escrupulosamente los Derechos Humanos como la alimentación, la sanidad, la educación, los programas de reinserción social para delincuentes que puedan realizarlos en el momento, que sea voluntario y que le sirva para su resocialización, las actividades educativas formativas laborales, ocupacionales, deportivas; es decir, que todo eso sea un conjunto de situaciones para considerar que la pena sea humana aparte de que esa humanidad de las penas sea un guarismo mucho más fácil para que el preso consiga la resocialización.

En relación al principio de humanidad de las penas ante el tribunal europeo de Derechos Humanos, como el tribunal constitucional español, mediante sentencias tienen que considerar que es un trato cruel, inhumano y degradante en la ejecución, no en la imposición, evidentemente una pena como puede ser la prisión revisable y que está en vigor en el sistema penal español, pues es una pena que no respeta en su plenitud el principio de resocialización ni el principio de humanidad de las penas, pero no solamente sería la prohibición de esas penas, sino que se debe entender en un sistema penitenciario en la ejecución de la pena.

Asimismo, el tribunal constitucional en el año 86, en la sentencia del 65/1986 de 26 de mayo, en el fundamento jurídico cuarto establece lo siguiente: “La calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la misma y de las modalidades que esta reviste, de tal forma que por su naturaleza la pena no acarree sufrimientos de especial intensidad o provoque humillación o sensación de endurecimiento superior a la simple ejecución de la condena”.

Lo anterior quiere decir que, cuando en una cárcel los presos están afinados no se respeta el principio de humanidad, que cuando en una cárcel no tienen suficientes baños, duchas y servicios, cuando en una cárcel no hay colchones y camas para todos, que cuando en una cárcel no se respeta la alimentación variada suficiente y equilibrada en los presos, cuando la asistencia sanitaria no se desarrolla en condiciones de las exigencias de la normativa internacional. Estaríamos de acuerdo que sería una pena cruel, inhumana y degradante, por lo que esa pena debe estar proscrita o prohibida.

Eso es de acuerdo con la previsión de tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional español y claro, aquí vamos analizando un poco la situación de las cárceles en Latinoamérica.

Por ejemplo, en El Salvador las cárceles de las malas que se están construyendo, y como se aprecia en los documentales que nos ofrecen, vemos que el trato es inhumano, degradante, existe tortura, pues 13 personas en un espacio de 15 metros cuadrados donde no tengan ni siquiera ropa, salvo los calzoncillos en los que aparecen en los vídeos, no es sinónimo de estar respetando la normativa internacional.

Lo anterior tiene otras consecuencias, porque la ejecución de la pena de esta forma es un trato cruel y degradante, pero cuando estamos viendo que además de estas condiciones de vida, hay una corrupción absolutamente transversal del sistema, como Guatemala, donde les cobran un impuesto a los presos cuando ingresan, ese impuesto que se llama talacha, en el cual, el que tiene más dinero va a tener mejores condiciones; además, ese dinero se lo pagan al jefe de la unidad, al guardia jefe de la unidad y al director.

## **5. Futuro del sistema penitenciario**

Las previsiones que desde un punto de vista mayoritaria considera que, pues la cárcel tiene que reducirse cada día más. En este sentido, en una conferencia, el maestro Zaffaroni, dijo “yo estoy completamente seguro de que el siglo XXI será el siglo en que la cárcel deje de existir”. Aunque de todas formas hay que ir progresivamente sustituyendo penas cortas.

Bueno pues, alternativas diferentes a la cárcel, es decir para delitos menos graves y leves hay que imponer otro tipo de penas, bien que se haya impuesto una pena privativa de libertad de corta duración, que se suspenda la ejecución de esta, la cual es una institución que está en vigor en la mayoría de los sistemas penales en España, y se le denomina suspensión de la ejecución de la pena privativa libertad. Entre los requisitos generales, es que hasta dos años de una pena privativa de libertad generalmente se suspenden siempre que concurra unos requisitos, en primario, delictiva, esto es que esté rehabilitado y que haya satisfecho la responsabilidad.

Bien, partiendo de la suspensión, pues en el caso español, la suspensión de muchas condenas que cumplen estos requisitos lleva condicionado no cometer un delito en un tiempo de dos o tres años, hasta cinco, y que se someta obligatoriamente a un programa de intervención de delincuentes de esa naturaleza, también existe fundamentalmente delitos que son obligatorios, como los relacionados con la violencia de género, violencia sexual, de trata de seres humanos; es decir, hay delitos que la suspensión lleva necesariamente condicionado la realización de un programa o de un taller para delincuentes de ese tipo.

La suspensión en la realidad está funcionando bastante, porque es potestativo, en el código penal es potestativo por parte del juez, la aplicación generalmente se aplica en un 99% por no decir al 100% de los casos que reúnen los requisitos, es decir los jueces son muy flexibles a la hora de aplicar este tipo de suspensión de ejecución de penas privativas; además no debemos olvidar que este tipo de penas son las mayoritarias.

Más alternativas aparte de la suspensión, son la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, la cual se ha impulsado muchísimo. Esta es una pena privativa que está funcionando bastante bien; sin embargo, el problema es que no todas las entidades están dispuestas a acoger personas en estas circunstancias, pero hay que considerar que la pena de trabajo beneficia a la comunidad.

Además, esta consiste en la realización de trabajo de utilidad pública en una entidad determinada, pero esa entidad no tiene que correr con ningún gasto porque incluso los seguros sociales los asume la Administración penitenciaria, no los asume la entidad y son entidades sin ánimo de lucro.

En Europa hay países donde están cerrando cárceles, tales como Holanda o Suecia; es decir, donde las condiciones de vida son mucho más humanas y se está a la vez simultáneamente aplicando alternativas distintas a la prisión.

Otra de las alternativas que también en España está funcionando bastante bien es la potenciación del régimen abierto. El sistema penitenciario español es un sistema que se llama de individualización científica separado en grados, el cual es un sistema progresivo, pero la diferencia con respecto al sistema progresivo clásico es que, por ejemplo, el primer grado es para internos muy peligrosos o inadaptados, en el cual están solamente el uno y medio de la población penada.

Lo que más se tiene en cuenta en la conducta penitenciaria es si un interno está constantemente cometiendo infracciones disciplinarias muy graves o graves; es decir, peleándose con otros o agrediendo, pues probablemente no se adapte al régimen ordinario, que es el segundo grado, y haya que dejarlo en primer grado, pero es absolutamente residual.

En España una instrucción en el año 2020 hace qué posibilite que las personas que tienen una condena privativa DE libertad hasta cinco años, siempre que haya unos requisitos favorables como la primariedad delictiva, que tenga posibilidad de trabajo en el exterior que tenga, un perfil de peligrosidad bajo etcétera, pues todas estas personas cuando van a ingresar a cumplir su condena de 5 años, pueden ingresar directamente en el centro de inserción social en tercer grado e inmediatamente se le aplica el régimen abierto, es decir que prácticamente no van a estar en el centro más que para pernoctar y siempre con el control. Asimismo, hay unos verificadores que está controlando si esa persona va a donde tiene que ir y con las propias empresas. Los controles son efectivos, aunque siempre hay algún fracaso que otro, pero está funcionando bastante bien y además esto impulsa lo que es la humanidad de la ejecución de las penas y también potenciar la finalidad resocializadora de las mismas.

## 6. Conclusiones

En definitiva, de lo que se trata es de que progresivamente vaya desapareciendo la cárcel como principal consecuencia jurídica del delito. La pena privativa libertad era la pena más importante, pues afortunadamente y sobre todo en Europa va perdiendo su efectividad.

Hay iniciativas también con la vigilancia electrónica, las técnicas de información y comunicación. No está exento de críticas, porque evidentemente la sustitución total e inmediata de todas las penas privativas de libertad por lo que son las técnicas de información, comunicación y la inteligencia artificial, puede generar inseguridad; pero hay que hacerlo progresivamente.

Tiene una evolución y lo mismo que han desaparecido otras penas infames en la mayoría de los países más avanzados como la pena de muerte, la ca-



dena perpetua, porque 25 años en el caso de España y en otros países un poco menos, pero ya no es toda la vida, va a evolucionar por lo mismo que eso ha ido evolucionando.

## **7. Preguntas al público**

### **7.1 ¿Cuáles son los impedimentos que tienen países como Perú, mejor dicho, todos los países de Latinoamérica, para realizar un cambio con respecto a un trato completamente reintegrador en el derecho penal?**

Los Estados deben tener una implicación mayor, porque la política penal, la política penitenciaria, debe ser una política de Estado y una política de primera magnitud. Además, desde el punto de vista egoísta, a todos nos interesa que la seguridad ciudadana sea cada vez mayor, y es paradójico que países donde las condiciones de vida carcelaria son tremendamente malas son países que tienen una mayor tasa de criminalidad, es paradójico, en el sentido de que si se tiene unas tasas de criminalidad bajas, también tienen su sistema penitenciario bastante avanzado.





# La prolongación de prisión preventiva: Análisis de casos prácticos de cara a la realidad peruana\*

Rosario Solange Palacios Melendez\*\*  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Prolongación de prisión preventiva / 3. Requerimientos para la prolongación de prisión preventiva / 3.1. Formalización de la investigación preparatoria / 4. Conducta de la Fiscalía / 4.1. ¿Cuándo se requiere la prolongación? / 4.2. ¿Cuáles se realizaron? ¿Cuáles no se realizaron? ¿Por qué no se realizaron? ¿Cómo se realizaron? / 4.3. ¿Cuál es la fecha que se tiene en cuenta para un análisis? / 4.4. ¿De qué forma va esa providencia? ¿Va con apercibidos o sin apercibidos? / 5. Comportamiento del órgano jurisdiccional o de la actividad judicial. / 6. Comportamiento del proceso ¿En qué tipo de caso se está? / 7. Comportamiento de la defensa ¿Qué hicieron los abogados? / 8. ¿Cómo se lleva a cabo la audiencia? / 8.1. Acreditación de los sujetos procesales / 8.2. Observación para instalar la audiencia / 8.3. Ceder el uso de la palabra a la fiscalía / 8.4. Ceder el uso de la palabra a la defensa / 8.5. Derecho de la defensa / 8.6. Resolución del juez / 9. Impugnación de la prolongación de la pena preventiva / 10. Conclusiones / 11. Respuestas a las preguntas del público

## 1. Introducción

Se hablará sobre la prolongación de prisión preventiva, pero sobre todo de casos prácticos, porque viendo un aspecto teórico (si bien es interesante

---

\* Ponencia virtual llevada a cabo en el IV PRE - CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO DE DERECHO y el IV PRE - ENCUENTRO MACRORREGIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del viernes 30 de junio al domingo 2 de julio del 2023.

\*\* Abogada penalista por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magister en Ciencias penales, Derecho Penal y Procesal Penal. Especialista en Derecho Penal referido a Procesos de Lavado de Activos, Criminalidad Organizada y Corrupción de funcionarios, Capacitadora en el Colegio de Abogados de Lima, Callao, Huánuco, entre otros. Es defensora de la Defensoría Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, fue asistente de Vocal Superior en el Poder Judicial y fue abogada en el equipo multidisciplinario del INEI.

saber) lo podemos investigar en nuestros tiempos libres, y se puede estudiar, se puede buscar libros sobre prolongación de prisión preventiva y se va a encontrar el concepto, los plazos, las modificaciones legales desde que entró en vigor esta institución. Pero lo que se desea es analizar casos prácticos de cara a la realidad peruana, lo que un abogado debe saber y debe buscar, además de lo que necesita analizar para poder asumir una audiencia de prolongación de prisión preventiva.

## **2. Prolongación de prisión preventiva**

La prisión preventiva es la madre, la prolongación de la prisión preventiva es su hija y la adecuación es una nietita. Existe una relación directa, porque no puede haber prolongación si es que no hay una primigenia prisión y no puede haber adecuación si no hay una primigenia prolongación. Todo ello incide en afectar la libertad personal de la persona sometida a proceso.

Una persona sometida a un proceso penal tiene dos formas de afrontarlo, la primera y menos gravosa es afrontarla en libertad –que debería ser la regla– eso en un aspecto teórico y deseable, y la otra afrontar el proceso en prisión preventiva, que debería ser la excepción. Sin embargo, en nuestro país la prisión preventiva se ha convertido en la cotidiana y no la excepción.

Esto pasa porque, a veces, no hay un análisis o debate correcto entre la defensa y la fiscalía, donde ambas partes –tanto la defensa como la fiscalía– sean buenas para mostrar sus alegatos a una tercera parte, que es el juez. Si estas partes fallan, al igual que una mesa, se derrumba todo.

En dicha caída es donde encontramos los abusos de la prisión preventiva, porque después el mismo juez que dictó la prisión preventiva y falló mal, el mismo fiscal que no defendió bien su requerimiento y el mismo abogado defensor que no hizo bien su trabajo, sea defensor público o privado, son los que van a la audiencia de prolongación.

La prolongación de preventiva no se dicta de manera automática, no existe duplicidad en plazo de la prisión preventiva de oficio. Ello porque existe el principio rogatorio para las medidas de coerción, el cual implica que “La fiscalía, previo al vencimiento de la inicial prisión preventiva, va a tener que requerirle al órgano jurisdiccional competente –que siempre van a ser los juzgados de investigación preparatoria– que el plazo de prisión preventiva se extienda y se prolongue”.

Por eso se llama prolongación de la prisión, y este juez que recibe el requerimiento no puede, sin escuchar a las partes, decir que va a dictar la pro-

longación o extensión del plazo de la prisión preventiva porque considera que es lo correcto.

El juez previamente tiene que hacer una audiencia en donde necesariamente esté presente tanto el fiscal que requiere la prolongación de la prisión preventiva como el abogado defensor.

Es tan importante la realización de esta audiencia que es una de las pocas audiencias de carácter inaplazable que regula el código procesal penal. Este carácter de inaplazable implica que, si el abogado particular no concurre la audiencia, de todas maneras, se va a llevar a cabo con la concurrencia de la defensa pública que ha debido ser debidamente emplazada en paralelo a la defensa particular. En este caso, la defensa pública está en la banca de suplentes, esperando su llamada, y si la llaman, el defensor público tiene que estar debidamente preparado para poder afrontar esa audiencia.

### **3. Requisitos para la prolongación de prisión preventiva**

El primer requisito es el pedido de la fiscalía, segundo requisito es que el juez cite a audiencia, el tercer requisito que a esa audiencia le notifique del requerimiento de prolongación de prisión preventiva, pero no basta el requerimiento hay un documento más que se debe requerir –y que tiene obligación el fiscal de llevar a la audiencia– ya sea en una audiencia presencial o una audiencia virtual.

Este documento es la carpeta fiscal, y ahí viene lo relevante de analizar casos prácticos, porque se necesita hacer un estudio crítico de lo que ha sucedido, desde que se formalizo la investigación preparatoria –momento en el cual se puede pedir prisión preventiva– hasta que está por vencerse esa prisión preventiva. Así el abogado de la parte defensora tiene que demostrar qué se hizo en ese lapso y analizar si se está ante una conducta diligente o negligente de parte de la fiscalía.

#### **3.1. Importancia del análisis de la Formalización de la investigación preparatoria**

Todo ello se evidencia en el primer documento que se debe tener, la formalización de la investigación preparatoria y las disposiciones subsiguientes que sean necesarias. Es importante ello porque en la formalización de investigación preparatoria se disponen las diligencias que se realizaran.

Si en la formalización se dijeron 5 diligencias: 1 personal y 4 documentales, estamos ante una investigación sencilla. Pero si tenemos pericias, múltiples declaraciones testimoniales, órganos de prueba, documentales que requieren oficios, estamos en una investigación compleja.

Mientras más compleja sea la investigación más deberá durar, es por ello por lo que los plazos de investigación preparatoria son distintos. El código procesal penal regula 3 plazos diferentes para investigación preparatoria.

Si estamos ante un caso simple, la investigación preparatoria dura 120 días prorrogables por 60 días más sin audiencia. Si estamos ante un caso complejo la investigación preparatoria puede durar 8 meses prorrogables a 8 meses más, previa audiencia. Y si estamos en un caso de crimen organizado de investigación preparatoria puede durar 36 meses, prorrogables con previa audiencia 36 meses más.

Esto significa que, dependiendo la forma del proceso, se va a tener un plazo distinto. Si estamos ante un caso simple, el plazo máximo de prisión preventiva son 9 meses. Si estamos ante un caso complejo plazo máximo de prisión preventiva 18 meses y si estamos ante un proceso de criminalidad organizada la prisión preventiva pueden dar un plazo máximo de 36 meses. Sin embargo, este plazo tiene que abarcar las tres 3 etapas del proceso, no se da prisión preventiva por etapas.

#### **4. Conducta de la Fiscalía.**

El fiscal, al momento de hacer su requerimiento, debe tener en cuenta que el plazo que van a solicitar le va a servir para todo el proceso de primera instancia cuando menos. A veces piden 9 meses después, le da 5 meses, el fiscal no apela. Si no apela consiente, está diciéndonos que esos 5 meses le serán suficientes para hacer su investigación preparatoria, para su etapa intermedia y para ir a juzgamiento.

##### **4.1. ¿Cuándo se requiere la prolongación?**

Cuando hay circunstancias de especial dificultad en el proceso. La especial dificultad es lo que va a ser que la prisión preventiva tenga esa necesidad de extenderse.

##### **4.2. ¿Cuáles se realizaron? ¿Cuáles no se realizaron? ¿Por qué no se realizaron? ¿Cómo se realizaron?**

Ejemplo: En una audiencia de prolongación de prisión preventiva, había 8 actos de investigación que se tenían que llevar a cabo en etapa de investigación preparatoria según la disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria.

De estos 8 actos de investigación uno de ellos era la declaración ampliatoria del imputado, el segundo era la declaración ampliatoria del agraviado, y los siguientes eran entre ellos recabar videos de cámaras de vigilancia

y recargar videos de un privado que tenía cámaras, recabar antecedentes penales judiciales y cualquier acto de investigación.

El juez le había dado 7 meses de prisión preventiva, llegó casi al finalizar el séptimo mes y no le había alcanzado el tiempo. Se había señalado audiencia de control de acusación una semana después de la audiencia de Prolongación de prisión preventiva. Haciendo un análisis práctico, primero, que diligencias se proyectaron, segundo, providencia después de la formalización. Dicha providencia después de la formalización había sido en febrero y la Providencia había salido en abril es decir estuvo el acusado preso casi 2 meses sin hacer ningún avance en la investigación.

### **4.3. ¿Cuál es la fecha que se tiene en cuenta para un análisis?**

Una cosa es la fecha de Providencia y es la fecha en la cual efectivamente llega esa Providencia a su destino para que ejecuten la orden. Por ejemplo, esa Providencia de fecha 2 de febrero, le llega a la policía 15 de marzo porque la fiscalía se demora en hacerle llegar. Entonces la fecha importante para análisis será la que llega para ejecución.

### **4.4. ¿De qué forma va esa providencia? ¿Va con apercibimiento o sin apercibimientos?**

La fiscalía, como director de la investigación preparatoria, tiene la posibilidad de ejercer coercitivamente actos para lograr sus resultados. Si pide el resultado de una pericia con apercibimientos, exige al órgano de control que se le entregue si no lo remiten en el plazo. Si tiene que requerir algo de un privado y no me lo entrega, levanta un acta. Todo eso está reflejado en la propia carpeta fiscal.

Si se va a la audiencia de la prolongación de prisión preventiva solo leyendo el requerimiento de Prolongación, ya estamos perdiendo. En cambio, si vamos preparados conociendo toda la carpeta y todo el hilo procesal de la fiscalía (lo que hizo y no hizo), se está ganando.

## **5. Comportamiento del órgano jurisdiccional o de la actividad judicial.**

¿Qué pasa si tuvimos un fiscal muy diligente, pero fue el juzgado quien demoró la investigación? Por ejemplo, cuando solicitó una audiencia de confirmatoria incautación, pero el juzgado le prohibió 3 meses después.

No solo la fiscalía realiza actividad relevante para la audiencia de prolongación, sino también en el juzgado saber cómo ha sido el hilo procesal en



el juzgado: ¿Qué pedido se hizo la fiscalía en base a los requerimientos? ¿Cuántos cuadernos tiene ese expediente? Para saber sobre los cuadernos, se entra en el SINOE, se pone el número de expediente, año del expediente, se ubica el expediente, y va a salir todos los cuadernos ahí, desde el 0 que es el principal, el 1 que suele ser la prisión preventiva y ahí va a ir correlativamente para ver cuántos cuadernos más se abrieron.

## **6. Comportamiento del proceso ¿En qué tipo de caso se está?**

No hay que seguir completamente lo que dice el código cuando menciona: simple, complejo y crimen organizado. Porque aún dentro de estos tipos de casos, no todos requieren el plazo máximo para llevar a cabo los temas de investigación. En caso simple puede ser 2 diligencias, pero también hay otros que llevan de 12 a 15 diligencias y no se transforman en un caso complejo. Entonces se tiene que analizar dentro de su grupo y eso tiene que ver con el tipo del proceso, mientras el caso sea más complicado mayor necesidad habrá de prolongar un plazo. Pero esta dificultad del caso tiene que haberlo advertido de manera posterior al dictado de la prisión preventiva.

A veces se dice que es un caso complejo cuando en realidad es uno simple, pero lo pone así porque ya se lo está venciendo el plazo. Mucho cuidado con las etiquetas se tiene que ver que hay realmente detrás.

## **7. Comportamiento de la defensa ¿Qué hicieron los abogados?**

Ya se ubicamos a la fiscalía, al poder judicial, al mismo proceso y dónde quedan los abogados.

Se tiene que demostrar que los abogados tuvieron una actividad diligente o fueron obstruccionistas. Porque si fueron obstruccionistas, incluso se puede pedir que no se tome en cuenta el plazo a efectos de cómputo de prisión preventiva. En cambio, si fueron abogados correctos eso se puede demostrar en la audiencia de prolongación de prisión preventiva.

Por ejemplo, en los periódicos recientes ha salido un titular que menciona “Castillo 15 a 0” porque había hecho 15 pedidos y los 15 se lo han negado. Hay abogados que piensan que eso les favorece más a su defensa, piden y piden, aunque le nieguen, esos pueden ser conductas obstruccionistas.

## **8. ¿Cómo se lleva a cabo la audiencia?**

De manera similar a la audiencia de prisión preventiva:

### **8.1. Acreditación de los sujetos procesales**

Debe tener presencia ineludible de juez, fiscal y defensa.

### **8.2. Observación para instalar la audiencia**

El juez pregunta si hay alguna observación para instalar la audiencia, el fiscal y la defensa podrán observar.

Hay que recordar que tiene carácter inaplazable, puede llevarse a cabo sin la presencia del imputado. Por ejemplo, él está preso, pero no se logra la conexión con el penal. La única razón por la cual no se podía instalar una audiencia de prolongación de prisión preventiva es porque no está presente la defensa, el fiscal o el juez.

### **8.3. Ceder el uso de la palabra a la fiscalía.**

El juez va a dar por instalada la audiencia de prolongación y va a ceder el uso de la palabra a la fiscalía. La fiscalía es el órgano requirente. Algunos jueces le ponen un tiempo al fiscal para que exponga su pedido, de 5 a 10 minutos. Así se demuestra lo preparado que esta el fiscal. La fundamentación no va por un tema legal, ni de señalar el artículo en el cual está regulado. Lo medular es fácticamente los hechos, el motivo de otorgar una prolongación, y demostrar cuál es la especial dificultad que surgió posterior al dictado de la prisión preventiva. Hay jueces que callan al fiscal que se va por las ramas.

### **8.4. Ceder el uso de la palabra a la defensa**

El juez va a correr traslado a la defensa para que haga su contraargumento. El defensor siempre lucha para que no se de esta prolongación, pero esa lucha tiene niveles. Hay un nivel básico, es una defensa genérica tipo jurisprudencial. Hay un nivel medio, el más alto grado de la mediocridad. Y hay el nivel alto donde abarcas todos los criterios, se menciona lo que no funciona, lo que no hay, se evidencia lo que hay que debatir, en ocasiones se le da la razón al juez, porque para el es un caso más de los que él tiene y no se debe acordar del caso, a menos que sea un caso emblemático. Pero si el fiscal le presenta su tesis, y el abogado presenta su antítesis, este último tiene que darle argumentos buenas razones al juez para que dude y lo considere. Ahí se evidencia la pericia del abogado.

Es muy difícil ganar una audiencia de prisión preventiva, porque en la audiencia de prisión preventiva, el fiscal se presenta con todo su kit de su investigación y al defensor tuvo un par de días como máximo para prepararse. Pero el defensor tiene oportunidad de ganar en la audiencia de

prolongación si se señala los 4 criterios que se ha explicado: Conducta de fiscalía, Conducta al órgano jurisdiccional, tipo de proceso particularmente de manera material y Conducta procesal de la defensa del imputado.

### **8.5. Derecho de la defensa**

Se hace un correcto debate, termina de hablar la defensa, el fiscal tiene la oportunidad de defenderse por el derecho de defensas para ambas partes y el fiscal va a poder responder lo que dijo. El derecho a la última palabra lo tiene la defensa para poder cerrar y dar la estocada final en beneficio de la libertad de su patrocinado. En caso salga en libertad el acusado, le pondrán reglas de conducta hasta impedimento de salida del país, pero libertad es libertad. Porque es diferente estar encerrado en tu casa que encerrado en un penal.

### **8.6. Resolución del juez**

Concluye la audiencia, el juez tiene 2 opciones: La primera opción es resolver en audiencia, esto señala que el juez puede dictar resolución en ese acto poniendo en claro que fue suficiente el debate para declarar fundado o infundado, y el fundado puede ser fundado en parte. La segunda opción que tiene es resolver por despacho, y tiene hasta 72 horas para notificar el resultado. Una vez que se es notificado, ya sea en audiencia de manera oral o por tu casilla, se tiene la posibilidad de impugnar esa resolución en el plazo y modo que establece la ley.

### **9. Impugnación de la prolongación de la pena preventiva**

Cuando esa audiencia oral puedes interponer y fundamentar oralmente en dicha audiencia. Cuando es notificado en casilla tiene que ser por escrito necesariamente.

Si lo haces oralmente en este acto, ya no hay días de plazo. Si lo haces por escrito habrá 3 días de plazo. Puede impugnar aquel que se sienta agraviado, sea el fiscal o la defensa. Dicha resolución que se impugne será de conocimiento de la Sala Penal Superior y en base al Principio de Congruencia Recursal, cita la audiencia de apelación de prolongación de prisión preventiva y lleva dicha audiencia con los que estén.

Si no hay ninguno de las partes queda el voto en apelación de auto. En apelación de auto no tiene necesariamente que llevarse a cabo la audiencia pueden estar presente, se escucha las partes e igual se pronuncian en el plazo de ley, van a analizar lo mismo. Y salvo que haya la posibilidad del desarrollo de doctrina jurisprudencial, ahí termina la instancia, ya no cabe el recurso de casación, porque es un auto interlocutorio, no un auto

final. Solo contra autos finales es procedente el recurso de casación. Excepcionalmente el recurso de casación procede en temas de prolongación de prisión preventiva cuando se quiere hacer desarrollo de doctrina jurisprudencial. En otros casos no procede el desarrollo jurisprudencial y se queda en segunda instancia de lo que viene a ser lo que resuelve la sala penal de apelación.

## **10. Conclusiones**

Sin preparación, un abogado simplemente va a la audiencia como acompañante y será solo una persona vestida con saco y corbata, pero no te va a defender. Sin preparación, el fiscal va a perder su caso, y quizás, el que sale en libertad ya no regrese.

Si era un caso de cadena perpetua o un caso de 35 o 20, y si resulta que era culpable, no se va a presentar a juzgamiento, por lo menos no de manera voluntaria, va a fugarse. El fiscal tuvo la posibilidad de que se le juzgue preso y que se le condene continúe en prisión.

Hubo muchos casos en los cuales no se dictó una prolongación porque no se pidió a tiempo o porque se pidió mal o que se pidió bien y el juez resolvió mal y dio libertad. Lo menos grave que puede pasar es que se fugue, lo grave sería que reincida esa persona que salió en libertad. Si era un delito contra el patrimonio tal vez no tenga tanto impacto, pero si era un delito de feminicidio o de tentativa de homicidio, el tema se vuelve mucho más complicado.

Con respecto a la prolongación, todos los involucrados deben saber su rol. En estos momentos se ha tratado de razonar más como diría un abogado de la defensa —el será el que defienda al que nadie quiera defender—, pero también se debe razonar cuando se trabaja como fiscal encerrando culpables, incluso si eso conlleva encerrar inocentes. A su vez, es el trabajo de los jueces, razonando debidamente, decidir sobre el bien jurídico máspreciado después de la vida, la libertad.

El mensaje que se trata dejar en esta oportunidad es que cada uno de nosotros cumpla su rol de manera correcta, adecuada y con preparación. Ese juez, ese fiscal que no se prepara, ya está prevaricando. Ese defensor que no hace bien su trabajo ya está haciendo una defensa ineficaz al no prepararse, y deja al azar el resultado del caso.

## **11. Respuestas a las preguntas del público**

**11.1. ¿Cuáles son los principales fundamentos que se usan al momento de solicitar una prolongación de prisión preventiva?**

Normalmente, de cara al análisis de las audiencias de prolongación y los requerimientos revisados, es porque no les alcanzó el tiempo para concluir con la investigación preparatoria y ya están a puertas de juicio oral o terminando el intermedio y casi para empezar a juicio oral. Proyectan que las dirigencias iban a ser en 120 días y terminaron haciendo en 3 o 5 meses, y el plazo que más quita tiempo es el plazo de prisión preventiva es la investigación preparatoria, porque el poder judicial, cuando llega ya una disposición de conclusión de investigación preparatoria y el respectivo requerimiento acusatorio lo suelen citar muy rápido. Lo hacen tan rápido que establecen el tiempo necesario para que se pueda absolver la acusación y el juez empieza la audiencia y la acaba en el mismo día. Y puede pasarla al unipersonal o al colegiado rápido también. El tema más complicado es la investigación preparatoria y ahí es donde más se demora.

### **11.2. ¿Existen garantías para aquellas personas que han sido desprotegidas al momento de tener una prolongación de la prisión preventiva o no?**

Claro que sí, la principal garantía es su abogado defensor. Un abogado defensor que haga bien su trabajo y que pueda defender de manera correcta y un juez que resuelva no en base a lo que la población pueda querer o a lo que su sentir subjetivamente, sino en base a lo que se ha hecho en el proceso, un juez imparcial.

### **11.3. ¿Qué debería pedir un abogado de la defensa del acusado para que no se logre dar una prolongación de la prisión preventiva?**

Lo primero que el abogado tiene que hacer es analizar esos cuatro aspectos que se mencionó. El primer aspecto, conducta de la fiscalía; segundo, conducta del órgano jurisdiccional; tercero, analizar en qué tipo de proceso se está y cuarto determinar la conducta de la defensa. Realizando ese tamiz y un análisis crítico de cada uno de estos puedo concluir solicitándole al juez que declare infundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva.

### **11.4. ¿Existe algún límite de tiempo que se tiene al momento de prolongar una producción preventiva o esta se va definiendo por ciertas circunstancias?**

Sí, hay plazos máximos para prolongar y va a depender del plazo.

Primero, de que efectivamente falta realizarse. Por ejemplo, falta más que la etapa intermedia y recién se está culminando la investigación prepara-

toria, eso no quiere decir que voy a dictar una prolongación por todo el tiempo que falte. Hay plazos máximos y el plazo máximo es casos simples puedo prolongar por 9 meses más como máximo, casos complejos por 18 meses más. En la práctica, el plazo máximo que una persona puede estar preso preventivamente resulta ser 48 meses.



# La atención médico legal en casos de violencia física y sexual en el contexto peruano\*

Jose Luis Pacheco de la Cruz\*\*  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Ley N°30364 / 2.1. Tipos de violencia / 3. Unidades médico - legales / 3.1. Ubicaciones de las unidades médico - legales / 4. Violencia física / 4.1. Procedimientos en casos de violencia física / 5. Violencia sexual / 5.1. Procedimientos en casos de violencia sexual / 6. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. Introducción

La violencia familiar es un problema de salud pública, por lo tanto, deben existir diferentes instituciones del Estado y diversos enfoques que propongan soluciones lo más pronto a este problema, el cual, lamentablemente, va en incremento, de acuerdo a las recientes estadísticas. A continuación, se va a mostrar: ¿Cuál es ese abordaje que se realiza en las personas que refieren ser víctima de violencia?

## 2. Ley N°30364

Necesariamente en el contexto peruano, tenemos que basarnos en una ley. Los futuros abogados y los abogados presentes saben muy bien que desde noviembre del año 2015 se tiene una ley que ha sido aprobada y que está en vigencia para sancionar, erradicar, y sobre todo, prevenir los casos de

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de junio al 2 de julio del 2023.

\*\* Médico especialista en Medicina por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Salud Pública por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Doctor en Derecho. Docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Científica del Sur, Universidad Nacional de Piura, Academia de la Magistratura, Escuela del Ministerio Público, Universidad La Barra Interamericana de Abogados de México. Presidente del Sistema de Titulación de médicos especialistas en Medicina Legal USMP. Miembro del Comité de la especialidad en Medicina Legal UNMSM. Médico legista del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público. Ex Gerente de Criminalística del Ministerio Público y actual presidente del Comité de Expertos del proceso de certificación de peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.



violencia contra las mujeres e integrantes de grupo familiar, Como toda ley, existen principios rectores, y, uno de esos, es el que se puede apreciar en la Ley N° 30364, numeral 4. En ese principio se muestra la importancia de las instituciones del Estado respecto a la atención inmediata y oportuna de una persona que refiere ser víctima de violencia. Antes, si cualquiera preguntaba a un ciudadano de a pie: ¿Qué haría si su esposo o esposa le golpea? ¿Qué nos diría?

Podría responderse: Voy a la comisaría a denunciar, sin embargo, ya no es así de acuerdo la ley anteriormente mencionada, pues hay otras instituciones que también pueden recibir a estas personas.

Es importante que esto lo conozca la población, ya que, esta ley establece que los operadores de justicia, por ejemplo, fiscalías especializadas en este tipo de violencia contra las mujeres integrantes de grupo familiar, puedan recibir estas personas y la tienen que atender rápidamente, sin dilaciones. A su vez, por temas procedimentales, no se puede decir, a una persona, que refiere ser víctima de violencia: “Vaya usted y traiga su Documento Nacional de Identificación, porque sin este documento usted no puede denunciar un hecho.” No es así. Las veinticuatro horas del día, de lunes a domingo, incluido feriados, debe existir una atención a estas personas, porque para la violencia no hay fecha ni hora, se da en cualquier momento y estrato social, así es que las personas que refieren ser víctimas de violencia pueden acudir, no solo la comisaría, sino también a las fiscalías y a los juzgados especializados que, justamente después de la implementación de la ley mencionada, han sido creados para tener una atención permanente.

## **2.1. Tipos de violencia**

Una vez que se reciben a las personas, y estas, lógicamente, narran lo sucedido, las instituciones deben identificar qué tipo de violencia es la que refiere la persona, esto debido a que hay diferentes tipos de violencia, las cuales pueden ser vistas en la ley N° 30364, en el artículo octavo. Los cuatro tipos de violencia son: La violencia física, la violencia psicológica, la violencia sexual y la violencia económica patrimonial.

Entonces, si es que la persona refiere ser víctima de violencia física o de violencia sexual, pues inmediatamente se la tiene que trasladar al respectivo examen pericial. Los peritos que examinan a quienes refieren ser víctima de violencia física o de violencia sexual son los médicos, en el Perú se les denominan médicos legistas porque pertenecen a una institución del Estado que se denomina Instituto de Medicina Legal, pero también es comúnmente escuchado el término “perito médico”.

### **3. Unidades médico-legales**

Las personas deben ser trasladadas a las unidades médico-legales, los médicos legistas trabajan ahí, al igual que estas instituciones que reciben a las personas en cualquier momento del día, lo hacen de la misma manera, estos están programados para dar una atención inmediata y oportuna en cualquier momento del día.

Imaginando que hoy, siendo un día feriado en una institución pública ¿Un esposo podría golpear a su esposa? La respuesta es sí, entonces, hoy ¿El médico legista puede examinarla o no? “Hoy no se trabaja” es lo que piensan todos; para eso son importante las capacitaciones, ya que las unidades médico-legales atienden las veinticuatro horas del día, de lunes a domingo, incluido feriados, desde Tumbes hasta Tacna.

En todos los distritos judiciales hay unidades-médico legales, no valdría de nada que la policía, en cualquier momento del día, reciba a las personas, incluso en horas de la madrugada, esta sea llevada al médico legista y no haya uno, eso nunca ha ocurrido, siempre hay un médico legista que está permanentemente programado para una atención. Se puede llegar a dar el caso en el que lleven a la persona al médico legista y este se encuentre en un levantamiento de cadáver, tendrán que esperar a que regrese para la atención, en esa situación está justificada su no estancia, sin embargo, en muchas unidades de médico legales hay dos o tres médicos programados para la noche. Por lo tanto, se debe romper el paradigma que dice: “Hoy es feriado, hoy no atienden, hay que esperar al día lunes para que lleven a la víctima y se le evalúe”.

#### **3.1. Ubicaciones de las unidades médico-legales**

Resumiendo, las personas que refieren ser víctimas de violencia física pueden provenir de la comisaría, fiscalía, juzgado, incluso del Centro de Emergencia Mujer (CEM), que es parte del MIMP. Un asistente de estas instituciones debe trasladarlas directamente a las unidades médico legales, donde laboran los médicos legistas, que están en todo el país, en cada distrito judicial, por ejemplo, si una persona es golpeada en Surco, este distrito pertenece al distrito judicial de Lima Centro, por lo que la unidad médico-legal a la que se debería transportar a la persona queda, aproximadamente, al lado del campo ferial Polvos Azules, ahí está la unidad clínico-forense (UNCLIFOR) donde se reciben a todas las comisarías de Lima Centro, donde encontramos a Surco, Surquillo, San Isidro, Magdalena, Pueblo Libre, etcétera. Puede darse el caso que se golpea a una persona en un distrito de Lima Sur, la unidad médico-legal de Lima Sur se ubica en San Juan de Miraflores, o también en el distrito judicial de Lima

Este, donde están los distritos de La Molina, Huaycan, Chosica, la unidad médico-legal se encuentra en Santa Anita, o, en el distrito judicial de Lima Norte, esta unidad se encuentra en Los Olivos. Hay unidades médico-legales en todos los distritos judiciales.

#### **4. Violencia física**

Una vez que la persona ha sido trasladada a la unidad médico-legal, los médicos legistas realizan atenciones en base a normas institucionales, llámese documentos operativos institucionales, uno de estos es la Guía Médico Legal de Valoración Integral de Lesiones Corporales, este documento se utiliza para el examen de personas que refieren violencia física. En esta Guía de identifican cuáles son los procedimientos que los médicos legistas hacen.

Cuando es trasladada una persona y la reciben en la unidad médico-legal, el médico legista no la recibe directamente, pues este profesional se encuentra en su consultorio, probablemente examinando otra persona. Quien primero la recibe, es un asistente administrativo, según lo establecido en la Guía Médico Legal de Valoración Integral de Lesiones Corporales.

Esto aplica en personas que dicen: “Me ha golpeado mi pareja” “Me ha pateado” “Me ha pegado”, ahí se utiliza este tipo de Guía, entonces ya se puede imaginar el trato diferencial que va a tener el asistente administrativo para recibir a las personas que vienen con una dolencia, no solamente física, sino también emocional.

##### **4.1. Procedimientos en casos de violencia física**

Un ejemplo de recibimiento sería: “Entonces, señora, por favor, tome asiento ¿Con quién ha venido? ¿Ha venido con el efectivo policial? Señor policía, venga, muéstreme el oficio petitorio”, es entonces que se empiezan a ingresar los datos de inmediato y, posterior, la persona pasa al médico legista, este se va a presentar y explicará en qué consiste el examen, este médico no está solicitando el examen, lo hace, la Fiscalía Especializada en Violencia contra las Mujeres Integrantes del Grupo Familiar, puede ser un juzgado especializado en Violencia contra las Mujeres, una comisaría, el CEM, que pertenece al MIMP, etc., entonces, el médico tiene que presentarse e indicar como se va a realizar el examen, siempre y cuando quien se refiere como víctima de violencia lo autorice, ya que sin esta autorización no se puede realizar el examen contra la voluntad, sin el consentimiento.

En las indicaciones se encuentran pasos como que la víctima indica en qué parte del cuerpo ha sido golpeada, en un caso, donde el médico sea hombre

y la víctima, mujer, no estará solo el médico legista, se realizará con un personal de sexo femenino para brindar confianza y seguridad sobre el proceso.

Posterior al consentimiento para el examen, se hacen preguntas como: ¿Qué sucedió? ¿Quién la golpeó? ¿Cuándo? ¿Con qué la golpearon? ¿Fue con los puños o con un objeto? ¿En qué parte del cuerpo la golpearon? ¿Luego de la agresión física la llevaron a usted a un hospital? ¿La llevaron de emergencia a una clínica? Todo aquello se pregunta como parte del acto médico, si alguien omite eso, entonces, no estaría realizando un correcto examen, esas indicaciones están en la Guía citada anteriormente. Las personas podrían cuestionar el examen, si es que no se realizan todos los procedimientos, esto porque solamente se está viendo el golpe y anotándose lo que se ve en la cara o en alguna parte del cuerpo, lo cual no es correcto, ya que se debe seguir toda una secuencia de procedimientos indicados en la guía.

Existe una variedad de lesiones que se pueden observar al momento de realizar el examen médico, las víctimas pueden indicar: “A mí me han acuchillado en la espalda, doctor” “A mí me han disparado en la pierna”, es entonces que el médico debe saber cómo describirlas, realizando un examen minucioso, como ejemplo, cuando una persona indica: “Me han dado un golpe en el brazo”, no se le indica que se desnude completamente, se pide que muestre el área afectada, sin embargo, al momento que enseña la lesión, se ve que el golpe no ha sido en el brazo, sino en el antebrazo, lo cual contradice lo que dice la víctima, en esas situaciones radica la importancia del examen minucioso por parte del médico.

Alguna otra situación es cuando una víctima indica tener un moretón, el médico debe revisar que este sea una equimosis y no un hematoma, los cuales son diferentes, el primero es una lesión superficial, mientras que el segundo es una colección de sangre que genera un volumen.

Posterior a la evaluación del médico es que se podrá determinar si la lesión ocurrida a una persona es grave o no, por ejemplo: Muchas personas, sobre todo en los casos de violencia contra las mujeres integrantes del grupo familiar, suelen decir “Me acuchillaron” “Me apuñalaron”, llevan a la persona de emergencia al hospital, uno no sabe si la lesión es grave o no, el médico del nosocomio primero debe evaluar a la persona, este examinará todo desde el ingreso al hospital y lo plasmará en una historia clínica, lo cual ayudará a entender, si las lesiones corresponden al delito o tipo penal de lesión grave, que se encuentra en artículo 121 del Código Penal Peruano. Pueden presentarse casos en los que se haya puesto en peligro inminente la vida de la persona, puede que se esté ante lesiones graves o ante el feminicidio

en su grave tentativa. Entonces todo lo que los médicos legistas tienen que evaluar, está en la historia clínica y, para determinar si algo es grave, o no, se deben ver si existió compromiso de las funciones vitales.

Si acuchillan a alguien, para robarle ¿Su vida está en peligro, o no? Aquí serían válidos dos respuestas: O sí se puso peligro o no se puso en peligro la vida de la persona. Quien determina si el cuchillo, entró hasta el pulmón o solamente quedó en la piel, es el médico, y todo eso se encuentra en la historia clínica. Entonces, en la historia clínica, se revisarán las funciones vitales como presión arterial, frecuencia cardíaca, frecuencia respiratoria y saturación de oxígeno. Si el cuchillo ingresa hasta el pulmón y lo perfora, vamos a encontrar una hemorragia interna, lo que se verá como un incremento de frecuencia cardíaca, disminución de la presión arterial, hiperventilación, la frecuencia respiratoria va a incrementarse, disminución de la saturación de oxígeno, entonces, si eso sucede, la respuesta a la pregunta sobre si la vida estuvo en peligro, o no, es sí. A la víctima se le trasladaría directamente a sala de operaciones para ingresar al tórax y corregir ese sangrado. Si no hacen eso, se podría generar la muerte. Por lo tanto, los médicos legistas determinan si la lesión corporal puso en peligro inminente o no la vida de la persona.

Cuando las parejas utilizan agentes con filos para ocasionar heridas en la cara, las personas salen del hospital con una herida cubierta con una gasa y un esparadrapo, y cuando se las quitan, se puede observar la lesión, que puede ser una herida cortante suturada, después de un tiempo se observan las cicatrices que quedan, las que pueden configurar una desfiguración de rostro como parte del delito de lesiones graves.

Respecto a los hematomas, estos también requieren ser cuantificados en días de atención y en días de incapacidad. Un hematoma requiere hasta cuatro días de atención hasta quince días de incapacidad. Una lesión que requiere más de 10 días, pero menos de 20, se estaría hablando de una lesión leve, la cual se encuentra en el artículo 122 del Código Penal Peruano, muy diferente es cuando se habla de moretones o equimosis, los cuales no son hematomas, pueden ser morados, marrones, y estos tienen una valoración de hasta 2 días de atención y hasta 6 días de descanso o incapacidad médico legal. La evaluación de los médico-legistas no consiste solo en decir que existe una lesión, sino que también se realiza una cuantificación del daño corporal.

## **5. Violencia sexual**

Nos hemos referido a las personas que refieren ser víctimas de violencia física, pero hay un caso diferente, cuando las personas refieren ser víctimas

de violencia sexual. En este caso, la víctima, por ejemplo, le indicará al médico el haber sido violada, entonces, este deberá tener mucho cuidado, como en todo acto médico, algunas de las preguntas a realizar son: ¿Cuándo ocurrió esto? ¿La persona que hizo esto, utilizó preservativo? ¿Eyaculó dentro? ¿Lo hizo por vía vaginal? ¿Lo hizo por vía anal? ¿Lo hizo por vía oral? ¿Eyaculó en tu ropa? ¿Anteriormente has tenido relaciones sexuales? Hay muchas preguntas que realizan los médicos, muy diferentes a las que se realizan cuando la víctima solo tiene un golpe, todo esto, para el caso de las personas que refieren ser víctimas de violencia sexual, se encuentra en la Guía de práctica clínica Médico Legal de la Evaluación Física de la Integridad Sexual en Presuntas Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual. Según la guía, hay una serie de preguntas, que, en caso no se hicieran, cualquiera podría cuestionar el examen del médico.

Esta guía está vigente desde el año 2021, se encuentra en la tercera versión, la segunda versión era del año 2012, es una guía utilizada por muchos países para generar sus propias guías, por lo cual es una buena referencia.

Hay casos donde un abogado es contratado para la defensa de las personas que son denunciadas por violación sexual, también son contratados por las personas que refieren haber sido víctimas de violación sexual, es entonces el certificado, entregado por los médicos legistas, un documento fundamental. Hay diferentes tipos de certificados, cuando una persona es golpeada, cortada, le disparan, es atropellada, la evaluación que se le hace a esa persona se ve plasmada en un certificado médico legal de integridad física, pero, en el caso de las personas que indican haber sido víctimas de violencia sexual, o no recuerdan lo que ha sucedido, como es en el caso de las personas que fueron dopadas y amanecieron desnudas con un hombre en un hotel, al que no conocen, sin saber lo que sucedió, o que, cuando despertaron, tenían a una persona encima, o habían cuatro personas en el mismo cuarto, entonces ahí es donde se aplica el documento institucional denominado Guía Médico Legal para la Integridad Sexual, y los médicos emiten un certificado médico de integridad sexual.

### **5.1. Procedimientos en caso de violencia sexual**

En este caso, los médicos siguen los procedimientos con respecto a la Guía Médico Legal para la Integridad Sexual. Por ejemplo, si una menor de edad refiere haber sido violentada sexualmente por su padrastro, es trasladada a la unidad médico-legal, y, al ver al doctor, es comprensible que tenga miedo de un hombre, entonces, el médico está preparado para no generar más daño, se gana la confianza de la víctima para posteriormente poder realizar el examen médico, el cual es muy delicado, posterior se da la explicación del examen, con la madre presente y la autorización, se empe-

zará el examen haciendo preguntas, estas se encuentran en la guía, donde se encuentra la relación de preguntas que debe hacer el médico.

**Antecedentes Gineco-obstétricos y patológicos**

Se consignará de acuerdo con cada caso, siendo los principales:

- Menarquia (M).
- Régimen Catamenial (R/C).
- Fecha de Última Menstruación (FUM).
- Prácticas onanistas (PO), tipo: digital o material; forma: individual, grupal.
- Inicio de Relaciones Sexuales Consentidas (IRSC): tipo: oral/vag/an.
- Fecha de última relación sexual consentida (FURSC): tipo: oral/vag/an.
- Relaciones sexuales por la región anal: (RSAn), en caso de haberla realizado, de preferencia colocar la fecha de la 1ra. y última vez, así como el número de veces.
- Relaciones Sexuales No Consentidas (RSNoCon): tipo: oral/vag/an.
- Uso de Métodos Anticonceptivos (MAC).
- Fórmula Obstétrica: G (n) P (TPAV)  
Gestación: G(n);  
Paridad: P (TPAV); A Término (T),  
Prematuros (P),  
Abortos (A), y,  
Vivos (V).
- Tipo de parto: Vaginal o Cesárea; Fecha de Último Parto (FUP), lugar.
- Número de agresores sexuales / parejas sexuales: (N° AS/ N° PS)
- Higiene vulvoperineal, duchas personales, irrigaciones vaginales y/o colocación de óvulos vaginales.
- Antecedentes quirúrgicos/patológicos o traumáticos en la región genital, perineal o anal: tipo, agente causal, fecha, lugar.
- Antecedentes de Infecciones de Transmisión Sexual (ITS).
- Antecedentes patológicos como: Hemorroides, estreñimiento crónico, etc.

Ministerio Público – Fiscalía de la Nación. (MPFN) (2021).  
Antecedentes Gineco-obstétricos y patológicos.

Cuando la víctima es hombre, no se le preguntarán los antecedentes gineco-obstétricos, se omitirán, se preguntarán algunos como los antecedentes patológicos, ya que, considerando que al hombre lo han penetrado por vía anal, se tiene que preguntar: ¿Tienes diarreas crónicas? ¿Estás estreñido? ¿Has tenido hemorroides? ¿Tienes parásitos? ¿Has tenido alguna lesión traumática que ha imposibilitado tu deambulación? Se pregunta todo porque el médico debe hacer diagnósticos diferenciales en el examen.

Posterior se hace el examen corporal, cuando se hace un examen de integridad sexual no solamente se examina la vagina o ano, se examina todo el cuerpo, desde la cabeza hasta los pies, a diferencia del examen físico, se hace un examen completo para ver todo el cuerpo y encontrar cualquier signo de violencia, según lo establece el artículo 170 del Código Penal Peruano, el cual se lee de la siguiente manera: “El que con violencia física...”

Para que un abogado evidencie si hay violencia física, el médico tiene que examinar todo el cuerpo. Son signos de violencia física los hematomas, las equimosis, cuando estas son en forma de dedos, es un signo clásico de forcejeo, entonces, la víctima ¿Qué ha dicho en la comisaría? Estas pueden haber dicho: “Me forcejeó” “Me forzó” “Me obligó”. El artículo 170 del Código Penal Peruano establece ese presupuesto, lo que ayuda a la investigación, el abogado debe interpretar las descripciones del médico legista.

No solamente hay lesiones por presión de dedos, como en los brazos, puede darse el caso en el que el agresor patee a la víctima en el suelo, cuando no se deja penetrar, se dan lesiones a nivel de la región glútea, es por ello que, en los casos de violencia sexual, no solamente el médico legista debe examinar la vagina o el ano, ven todo el cuerpo, en la zona del glúteo, por ejemplo, se llama región o área extragenital, lo que está alrededor de los genitales, área paragenital. Para hacer el examen del área genital, hay que explicar a la mamá, en qué posición debe estar la niña, si es un adolescente, también, si es una adulta, igualmente hay que explicar, las posiciones que se adoptan para el examen. Cuando se hace el examen se van a determinar algunas lesiones del himen como desgarros, que van a representar, ya en lo penal o en lo jurídico penal, ese acceso carnal por vía vaginal que exige como presupuesto el tipo penal de violación sexual.

## **6. Respuestas a las preguntas del público**

### **6.1. ¿Por qué lo expuesto sólo ha abordado el tema de mujeres y no varones? ¿Y en el caso de la ley?**

Los exámenes se hacen tanto a las mujeres como a los hombres, son personas, ambos pueden ser víctimas de violencia sexual o de violencia física. En caso de la Ley N°30364, lleva como título: “Ley para erradicar, sancionar y prevenir los casos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, se sobreentiende que, dentro del grupo familiar, también hay hombres.

### **6.2. ¿En qué medida la falta de recursos y la capacidad limitada del sistema de salud en Perú afectan a la calidad y disponibilidad de la atención médico-legal en casos de violencia de género y sexual?**

En ningún caso, ya que los médicos legistas realizan la evaluación médico legal a diferencia de la evaluación del sistema de salud, no realizan evaluaciones en el sistema de salud, a nivel médico-legal están capacitados para, en cualquier momento, recibir a la persona y hacer el examen ya sea de integridad física o sea integridad sexual.



### **6.3. ¿Qué medidas específicas se han implementado en el Perú para garantizar la confidencialidad y la privacidad de las víctimas de violencia física y sexual durante el proceso de atención médico-legal?**

Todo perito sabe que lo que examina nunca debe ser publicado ni difundido por los medios de comunicación, sin embargo llega a causar sorpresa cuando un perito expone temas que están en proceso de investigación en los medios de comunicación, opinando de casos que aún están en proceso de investigación, lo cual no es correcto, pongámonos en el caso de una menor violada, quien está muy delicada de salud en el hospital y, este mal denominado perito, empieza a hablar sobre el caso, estando aún en investigación, no nos parece correcto.

# **Análisis y reflexiones sobre la teoría del delito y litigación oral en el proceso penal peruano\***

Dalmiro Huachaca Sánchez\*\*  
*Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. El modelo procesal penal peruano y su relación con la teoría del delito y la litigación oral / 3. La importancia de la litigación oral y la necesidad de adquirir nuevas habilidades / 4. La necesidad de una nueva cultura legal y la capacitación en litigación oral / 5. Conclusiones / 6. Respuestas a las preguntas del público.

## **1. Introducción**

La teoría del delito y la litigación oral son temas de profundo análisis en el ámbito jurídico, especialmente en el contexto del proceso penal peruano. Es importante reflexionar sobre la relación entre ambos conceptos y evitar difundir información inexacta o irresponsable, especialmente entre estudiantes y profesionales en formación.

En este artículo, se examinará la importancia de la litigación oral y cómo se relaciona con la teoría del delito, destacando la necesidad de adquirir nuevas herramientas legales y promoviendo una cultura legal adecuada para el desarrollo de un sistema de justicia penal efectivo.

## **2. El modelo procesal penal peruano y su relación con la teoría del delito y la litigación oral**

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el PRE IV CONGRESO INTERNACIONAL MULTIDISCIPLINARIO DE DERECHO y PRE VI ENCUENTRO MACRORREGIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 30 de junio del 2023.

\*\* Abogado con maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Egresado con distinción máxima del Diplomado latinoamericano sobre Reforma Procesal Penal por la Universidad Diego Portales y el Centro de Estudio de Justicia de las Américas, ambas instituciones en Santiago de Chile. En 2020 fue incluido como colaborador de la Alianza Interamericana de Abogacía Oral de San Diego. En 2016 fue reconocido por la Ministra de Justicia y Derechos Humanos como uno de los mejores defensores públicos del país. Socio Principal de Huachaca, Parra, Samaniego & Asociados.

El modelo procesal penal implementado en el Perú se identifica como acusatorio, aunque en sus inicios se le asoció con un modelo acusatorio adversarial. Sin embargo, a través de modificaciones y corrientes doctrinarias, se ha afirmado que el proceso penal peruano no guarda relación con los modelos adversariales, sino que se asemeja más al modelo de Europa continental.

Es importante destacar que el objetivo de la reforma procesal penal en el Perú fue adecuarse a los estándares mínimos establecidos en tratados internacionales de derechos humanos. Estos tratados establecen la obligación de brindar procesos penales que sean públicos, imparciales y orales. Para cumplir con estas exigencias, se considera que es necesario adoptar un modelo penal acusatorio o adversarial, donde se garantice el principio de igualdad de armas entre la fiscalía y la defensa.

### **3. La importancia de la litigación oral y la necesidad de adquirir nuevas habilidades**

La litigación oral se ha vuelto relevante en el nuevo modelo procesal penal peruano, ya que exige que los abogados adquieran nuevas destrezas y herramientas de litigación para poder trabajar de manera efectiva. La litigación oral no reemplaza la teoría del delito, sino que la complementa y la utiliza estratégicamente.

Es fundamental comprender que la litigación oral no se trata solo de hablar de manera persuasiva, sino que implica una serie de habilidades y técnicas que permiten trabajar de forma organizada y estratégica.

Es oportuno esclarecer que la litigación oral requiere de técnicas que son neutras, no entregan objetivos, ya que ellos surgen de la teoría del caso. En ese sentido, la teoría del caso se convierte en una herramienta fundamental para el desarrollo de las técnicas de litigación oral, ya que ayuda a construir la estrategia de defensa penal, planificar las actuaciones y prever los diferentes escenarios del proceso penal.

### **4. La necesidad de una nueva cultura legal y la capacitación en litigación oral**

Para trabajar de manera efectiva en el nuevo modelo procesal penal, es necesario generar una nueva cultura legal y adoptar nuevas metodologías de enseñanza en las universidades. La capacitación y difusión de la litigación oral se han convertido en aspectos fundamentales para implementar con éxito las reformas procesales. Es importante tener en cuenta que la litigación oral no requiere de una regulación normativa específica, ya que

es una herramienta metodológica y estratégica. No es necesario anunciar explícitamente la teoría del caso al juez, sino presentar el caso con todas las actuaciones basadas en la estrategia defensiva.

## **5. Conclusiones**

En conclusión, la teoría del delito y la litigación oral son elementos fundamentales en el proceso penal peruano. La litigación oral no reemplaza ni resta importancia a la teoría del delito, sino que la utiliza estratégicamente para trabajar de manera efectiva en el nuevo modelo procesal penal.

Es necesario comprender que el trabajo profesional del abogado penalista requiere de adquirir nuevas habilidades y herramientas de litigación, pero esto no implica abandonar el conocimiento de la teoría del delito y la dogmática penal. La teoría del caso comprende la estructura jurídica donde se debe trabajar con teoría del delito, con dogmática penal, solo dentro de un enfoque estratégico.

La teoría del caso es una herramienta estratégica que permite planificar, organizar y evitar la improvisación en el proceso penal. Para trabajar de manera eficiente en el nuevo modelo procesal penal, es fundamental generar una nueva cultura legal y realizar capacitaciones y difusión sobre la litigación oral. Los jueces también deben familiarizarse con la litigación oral para poder ejercer la dirección de las audiencias adecuadamente.

En resumen, la teoría del caso comprende a la teoría del delito y entrega los objetivos a las técnicas que son neutras. Es importante entender su relación y evitar difundir información inexacta sobre la teoría del caso, litigación oral y su relación de la teoría del delito, reconociendo su importancia en el trabajo profesional del abogado penalista.

## **6. Respuestas a las preguntas del público**

### **6.1 ¿Qué es lo que nos hace falta para poder instalar una cultura de legalidad?**

Es necesario contar con un curso de entrenamiento adecuado que nos permita adquirir las técnicas y habilidades necesarias para desenvolvernos en el ámbito jurídico. Es fundamental tener nuestro propio “gimnasio” donde podamos entrenar de manera constante y desarrollar nuestras destrezas. No es algo que se pueda aprender de la noche a la mañana, es un proceso complejo que requiere dedicación y práctica constante. Además, no es necesario que esté regulado, lo que necesitamos es que las universidades cuenten con salas de audiencia y realicen talleres prácticos donde se practiquen interrogatorios y pruebas a testigos. Es importante seleccionar estra-

tégicamente los testigos que brindarán información de calidad para nuestra teoría del caso, evitando llevar a aquellos que puedan generar dudas o cambiar de versión. La teoría del caso nos enseña a trabajar con eficiencia y a utilizar técnicas para evidenciar la mentira de ser necesario en el contraexamen. Para adquirir estas habilidades, es necesario realizar talleres y entrenamientos constantes.

## **6.2 ¿Qué sucedería si en las diligencias criminales existen sospechas de alteración de la escena del crimen?**

En caso de existir sospechas de alteración de la escena del crimen, es necesario ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes. Durante el proceso de formación de la teoría del caso, se debe estar atento a cualquier suceso relevante y cuestionarlo de acuerdo con lo que ocurra. Dependiendo de la naturaleza de la alteración, se deberán tomar ciertas acciones para los efectos correspondientes.

## **6.3 ¿Qué herramientas legales se recomienda para poder mejorar dentro de la litigación oral?**

Cuando se busca sustentar algo, es importante comenzar a trabajar de manera individual sin depender siempre de tener personas presentes para poder narrar lo que se desea exponer. Se puede simular estar frente al juez y realizar un proceso de preparación donde se construya la teoría del caso basada en las pruebas. Si se trata de un juicio simulado, se puede contar la historia ante los jueces teniendo en cuenta el tipo de juez y siguiendo las exposiciones adecuadas. Es recomendable asistir a juicios, observar y aprender, pero siempre teniendo previo conocimiento sobre teoría del caso, litigación oral, teoría del delito, etc. Practicar con casos ficticios, simular y entrenar constantemente permitirá comprender la lógica de su funcionamiento y percibir su utilidad. Además, es importante tener conocimientos sólidos en teoría del delito, ya que se van construyendo diferentes aspectos según cada caso. En definitiva, es necesario fortalecer y reforzar nuestros conocimientos de manera constante, incluyendo aspectos interdisciplinarios.

# La evolución del Tribunal Penal Internacional y su incidencia en el Derecho Peruano\*

Jearsineo Yarlequé Montero\*\*  
*Universidad San Martín de Porres*

**SUMARIO:** 1. Introducción/ 2. Inicios y evolución de la Corte Penal Internacional/ 2.1 Tribunales penales mixtos y el Estatuto de Roma / 3. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional / 4. La incidencia de la Corte Penal Internacional en el Derecho Peruano

## 1. Introducción

En el presente artículo analizaremos la evolución de la Corte Penal Internacional, asimismo, daremos a conocer la relación con el Estado Peruano, identificando las ventajas y los desafíos contemporáneos.

## 2. Inicios y evolución de la Corte Penal Internacional

Para analizar la evolución de la Corte Penal Internacional, resulta preponderante realizar algunas precisiones sobre el contenido de Derecho Penal Internacional.

En Derecho Penal Internacional es el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la responsabilidad penal de los individuos por crímenes internacional, como genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión. Se centra primordialmente en la persecución y juicio de individuos por crímenes que son de preocupación de la comunidad Internacional.

No debe dejar de mencionarse, que en la doctrina existe cierta diferencia entre el Derecho Penal Internacional (DPI) y el Derecho Internacional Penal (DIP), sin embargo, es preciso indicar que la diferencia puede ser

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de junio al 2 de julio del 2023.

\*\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Política Criminal por la Universidad de Salamanca. Doctorando en Ciencias Sociales, Criminológicas y del Comportamiento por la Universidad de Cádiz.

sutil y depende del contexto en el que se utiliza los términos. En la práctica, mientras el DPI se centra en la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales a través de los tribunales internacionales, el DIP tiene un alcance más amplio que abarca la cooperación entre Estados (Tratados de extradición y acuerdos de asistencia legal).

Luego de detallar los alcances del Derecho Penal Internacional y su cierta diferencia con el Derecho Internacional Penal, corresponde introducirnos en la evolución de la Corte Penal Internacional, la que sin lugar a dudas no nace o se origina con los Tribunales Militares de Núremberg o Tokio, como comúnmente se le viene asignando.

Pues bien, durante el siglo XIX, la creación de un Tribunal Internacional era solamente teórica y solo tenía raíces en el desarrollo del Derecho Internacional y de movimientos pacíficos.

Muestra de ello, aparece con el Proyecto Moynier de 1872 y las Conferencias de Paz de la Haya de los años 1899 y 1907. En el primer caso, Gustave Moynier fue un jurista fundador de la Cruz Roja, y propuso en su proyecto crear tribunales para juzgar violaciones de derecho internacional humanitario. Por su parte, en las conferencias se propusieron las primeras reglas internacionales sobre la conducción de la guerra y la posibilidad de establecer cortes para resolver conflictos entre naciones.

Un dato no menor aparece con las consecuencias de la Primera Guerra Mundial, esto es, surge la necesidad de crear mecanismos para procesar crímenes de guerra. Entre ellos la Comisión de Responsabilidad de los Autores de la Guerra (1919), en el que investigó las violaciones de la guerra y se propuso un tribunal para juzgar al Káiser Guillermo II y otros altos oficiales alemanes. Sin embargo, el Káiser nunca fue juzgado pero este esfuerzo marcó un precedente.

Las Ligas de las Naciones, fue fundada después de la primera guerra mundial, en ella se discutió la idea de una corte penal internacional, empero, no tuvo cabida los crímenes de guerra porque había más incidencia en el arbitraje y la resolución conflictos entre Estados.

Hasta aquí podemos decir, que existieron esfuerzos para establecer un Tribunal Penal Internacional, si bien es cierto, no se materializó; sin embargo, estos desarrollos iniciales establecieron conceptos que fueron fundamentales para los juicios de Núremberg y Tokio.

Los Tribunales de Núremberg y Tokio fueron dos instancias judiciales fundamentales establecidas después de la Segunda Guerra Mundial para

juzgar a los líderes nazis y japoneses por crímenes de guerra y contra la humanidad.

En el caso de Núremberg (Tribunal Militar Internacional de Núremberg), fue creado en 1945 por Estados Unidos, Reino Unido, Francia y la URSS, tenía como objetivo juzgar a los principales criminales de guerra del Eje europeo. El enjuiciamiento principalmente de los Tribunales se dirigió contra: Crímenes contra la paz, Crímenes de guerra (violaciones de las leyes y costumbres de la guerra), Crímenes contra la humanidad (genocidio, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos). Además de emitirse penas de prisión, se efectuaron 12 sentencias de muerte.

Respecto al Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio), se estableció en 1946 por las potencias Aliadas para juzgar a los líderes japoneses por crímenes de guerra. Este Tribunal enjuició crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, también incluyó cargos por atrocidades cometidas contra prisioneros de guerra y civiles. Emitió varias sentencias de muerte y condenas a prisión.

Los Tribunales de Núremberg y Tokio después de la segunda guerra mundial establecieron un precedente para el juzgamiento internacional de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Posteriormente, el Consejo de las Naciones Unidas en respuesta a los crímenes atroces cometidos en Ruanda y en la Ex Yugoslavia, crearon Tribunales AD HOC en dichos países, logrando el desarrollo del Derecho Penal Internacional y evitando la impunidad.

El Tribunal Internacional para Ruanda, fue creado por el Consejo de las Naciones Unidas en noviembre 1994, su finalidad fue juzgar a los responsables del genocidio que aproximadamente duró 100 días, y se estima que 800,000 personas (Tutsis) fueron asesinadas por parte del gobierno de ese momento (Hutu). Resalta la actividad del Tribunal, al condenar al primer Ministro durante el genocidio, Jean Kambanda.

Respecto al Tribunal Penal Internacional para el Ex Yugoslavia, se creó por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en mayo de 1993, debido a los conflictos de la ex Yugoslavia en la década de 1990. Este Tribunal no solo atendió casos de genocidio, sino también de crímenes de guerra y contra la humanidad, debido al asesinato de 8,000 musulmanes Bosnios aproximadamente en la región Srebrenica. Este asesinato masivo (limpieza étnica) fue llevado a cabo por el Ejército de la República Srpska, bajo el mando del General Ratko Mladic así como del grupo Los Escorpiones, quienes buscaron especialmente la eliminación de los varones musulmanes



bosnios; sin embargo, la masacre incluyó a niños, adolescentes, mujeres y ancianos.

Ambos Tribunales surgieron en un período donde la comunidad internacional, buscaba formas más activas de intervenir en conflictos para prevenir atrocidades masivas; asimismo, estos Tribunales actuaron cuando los sistemas judiciales nacionales no mostraban capacidad resolutive para llevar a cabo juicios justos y eficientes.

## **2.1 Tribunales penales mixtos**

Luego aparecieron en la órbita global los Tribunales mixtos o híbridos, los que surgieron como una suerte de colaboración entre las naciones afectadas (en donde se cometieron graves violaciones de derechos humanos) y la comunidad internacional.

### **1. Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)**

- Fecha de Creación: 2002.
- Contexto: Creado para juzgar a las personas que tuvieron mayor responsabilidad en los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos durante la Guerra Civil de Sierra Leona (1991-2002).

### **2. Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (CETC)**

- Fecha de Creación: 2003.
- Contexto: Formadas para juzgar a los altos líderes y a los más responsables de los crímenes del régimen de los Jemeres Rojos (1975-1979).

### **3. Tribunal Especial para el Líbano (TEL)**

- Fecha de Creación: Establecido en 2009.
- Contexto: Creado para enjuiciar a los responsables del atentado con bomba del 14 de febrero de 2005 que mató al ex primer ministro Rafik Hariri y a otras 21 personas.

### **4. Paneles Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental**

- Fecha de Creación: 2000.
- Contexto: Formados para procesar los crímenes cometidos durante la violencia de 1999, después del referéndum para la independencia de Indonesia.

### **3. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional**

El 17 de julio de 1998, durante la conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional se adoptó el Estatuto de Roma, dicho instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, entró en vigor el 01 de julio de 2002.

La Corte Penal Internacional se encuentra en la Haya, Países bajos, tiene competencia para conocer, según el artículo 5 del Estatuto: Genocidio, crímenes de lesa humanidad, crimen de guerra y crimen de agresión. La Corte se encuentra compuesta por: La presidencia, las Salas de cuestiones preliminares de juicio y de Apelaciones, la Fiscalía y la Secretaría.

En síntesis la Corte Penal Internacional contribuye a la lucha contra la impunidad y fomenta la rendición de cuenta por crímenes graves; no obstante, considero que se encuentra en constante evolución fundamentalmente para mantener la paz y la seguridad internacional, y esto puede verse reflejado en un futuro no muy lejano en los casos de crímenes ambientales y cibernéticos.

### **4. La incidencia de la Corte Penal Internacional en el Derecho Peruano**

El Estado Peruano ratificó el Estatuto de Roma el día 10 de noviembre de 2001, es decir, el Perú forma parte del Estatuto, por lo que reconoce y acepta la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre los crímenes que presenta el Estatuto en el artículo 5.

Para cumplir con sus obligaciones, el Perú en cierta medida adaptó su legislación nacional con el Estatuto, como por ejemplo al incorporar el delito de genocidio en el Código Penal Peruano y regular en la sección VII del libro sétimo “La Cooperación con la Corte Penal Internacional”, artículos 554-566.

Un dato relevante, es que el Perú se encuentra representado por Luz del Carmen Ibáñez Carranza, quien fue electa como jueza por un mandato de nueve años iniciado en marzo de 2018, se desempeña como jueza de la Sala de Apelaciones y, desde el 2021 como primera vicepresidenta de la Corte Penal Internacional.

El Perú como estado parte está obligado a cooperar con la Corte en la investigación y enjuiciamiento de crímenes, lo que puede incluir la asistencia en la detención y entrega de sospechosos, la presentación de evidencia, y la protección de testigos.

No debe dejar de mencionarse, que según el principio de complementariedad la Corte puede intervenir cuando el país donde se ha cometido el crimen internacional es incapaz o no desea realizar la investigación o el juzgamiento; sin embargo, por ahora en el Estado Peruano, este tiene la primera responsabilidad y derecho a juzgar estos crímenes, y la Corte actúa como un tribunal complementario.

Si bien a la fecha no hay casos llevados a la Corte por parte del Estado Peruano, los desafíos son variados que incumben aspectos legales, políticos, logísticos y de derechos humanos. Abordar un compromiso continuo con el fortalecimiento del Estado de Derecho, la cooperación internacional y el respeto a los derechos humanos.

### **Referencias bibliográficas:**

- 1.- Ambos, K. et. al. (2007). Cooperación y asistencia judicial con la corte penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia. Fundación Konrad Adenauer.
- 2.- Ambos, K., et. al. (2005). La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática. Fundación Konrad Adenauer.
- 3.- García, C. (22 de mayo de 2023). La corte penal internacional y el Perú: reflexiones a casi 21 años de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/la-corte-penal-internacional-y-el-peru-reflexiones-a-20-anos-de-la-entrada-en-vigor-del-estatuto-de-roma/>
- 4.- Medellín, X. (2009). Manual básico sobre la Corte Penal Internacional. Fundación Konrad Adenauer.
- 5.- Olásolo, H. (2021). La función de la corte penal internacional: Visiones plurales desde una perspectiva interdisciplinar. Tirant Lo Blanch.
- 6.- Olásolo, H. (2013). Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional. Tirant Lo Blanch.

# La resocialización en los perfiles del criminal económico en el Derecho Comparado: Casos de Perú y España\*

Mario Eduardo Maldonado Smith\*\*

*Universidad Internacional de La Rioja*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Sobre el delito en general y sobre el delincuente de Cuello Blanco en particular/ 2.1. Derecho de sancionar / 2.3. La resocialización / 3. La construcción social de la delincuencia/ 3.1. La idea del delincuente de Cuello Blanco (Edwin Sutherland) / 4. La relativa impunidad de los delincuentes económicos/ 4.1. Márgenes de pena / 4.2. Estructura normativa / 4.3 Naturaleza del bien jurídico protegido / 4.4. Normas penales incompletas / 4.5. Riesgo permitido en las empresas/ 4.6. Excepcionalidad del tipo imprudente/ 4.7. Garantismo/ 5. El modelo Compliance/ 5.1. Presente y futuro del modelo/ 6. Realidad jurídico penal hispanoamericana/ 6.1. Sistema español/ 6.2. Sistema peruano/ 7. Conclusiones/ 8. Respuesta a la pregunta del público

## 1. Introducción

La temática abordada en este artículo, la resocialización de delincuentes económicos, resulta de gran actualidad a nivel internacional. Asimismo, posee una alta relevancia para realizar un análisis comparativo entre diferentes sistemas jurídicos, como lo son el peruano y el español.

Sobre el perfil del delincuente, el cual se halla modelado a partir de la percepción social, se mantuvo por años la idea acerca de que la comisión de delitos por parte de personas de alto status socioeconómico y adecuada formación integral resultaba imposible; mientras que, aquellos con rasgos de indigencia y bajo rango social eran vistos como presuntos agentes delictivos.

---

\* Ponencia magistral llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de junio al 2 de julio del 2023.

\*\* Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Federico II de Nápoles. Cuenta con gran experiencia en enseñanza universitaria, así como en investigación jure.

En dicho contexto, otro tema de gran discusión que surge es el de la reinsertión, uno de los fines del Derecho Penal, donde se busca reinsertar al sujeto delictivo en la sociedad. Sin embargo, en el caso de los delincuentes económicos, desde una perspectiva clásica sobre la reinsertión parecería no cobrar mucho sentido. Ello se explica por el hecho de que este tipo de sujetos no se hallaría realmente excluidos de la sociedad. Frente esto, surge la interrogante siguiente: ¿cómo reinsertar a quien jamás estuvo fuera de la sociedad en precisamente esta?

Recientemente, han surgido nuevas teorías que ofrecen puntos de vista innovadores al respecto. Dentro de las cuales, ya no se alude tanto a la reinsertión sino más bien a la educación social y programas afines. ¿Qué hacer en los casos de delitos cometidos por los llamados “Cuellos Blancos”? Desde la criminología, se entiende que tales casos merecen un trato y examen especiales que permitan brindar respuestas más certeras sobre su razón de existir. Uno de los datos más impactantes sobre este tipo de crimen es el hecho de que en el 90% de los casos, se emplean a las empresas y sus recursos como medios para la comisión de tal delito. Ante ello, si se desea atajar el problema de la delincuencia de manera efectiva, la sanción debe dirigirse tanto a los agentes directos del delito como a las empresas (como medios que viabilizan tal comisión). Una medida para solucionarlo se halla presente tanto en Perú como en España, la cual es el hacer acopio de instrumentos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el régimen español, se cuenta con este mecanismo desde el 2010; mientras que, en el peruano, se posee una reglamentación de la responsabilidad administrativa. En ambos casos, se hallan presentes los sistemas de prevención del delito, que pueden llevar a la atenuación o reducción de la pena. Tales sistemas se hallan bajo el rótulo de “Compliance”, sobre el que se brindarán reflexiones a lo largo del artículo.

## **2. Sobre el delito en general y sobre el delincuente de Cuello Blanco en particular**

### **2.1. Derecho de sancionar**

Desde la antigüedad, siempre se ha castigado por la utilidad social que posee la pena. Por ejemplo, en las sociedades de antaño, la pena servía para vengarse. En el caso de los pueblos indígenas, se alude al uso punitivo como restitución u armonización del orden social. En su época, una de las teorías más resonadas fue la planteada por Feuerbach, referente a la intimidación. Según esta idea, se imponen altas penas para intimidar a las personas, provocando que prescindan de la comisión de delitos. Con relación a este planteo, en México, si bien no se reconoce la pena de muerte, existen

penas cuya esencia es similar a la antes mencionada por la cantidad de años que encierran. Sin embargo, cabe resaltar que este planteo carece de utilidad. Por otro lado, la idea de resocialización es la más avanzada y aceptada en sociedades garantistas pues enfatiza en la vigencia y la protección de los derechos humanos de la persona a pesar de los delitos que pueda cometer.

## **2.2. La resocialización**

Bajo esta noción, se reconoce que así los delincuentes hayan cometido actos negativos merecen ser tratados con dignidad, valor inherente a su condición humana; por cual, se le brinda la oportunidad de reinserirse en la sociedad, al final de cuentas, la comisión de un delito no les resta la condición de persona. Desde la postura ultrapunitivista, se rechaza tal planteamiento porque no se cree en la posibilidad de lograr una resocialización de los delincuentes sino más bien se busca la venganza e intimidación. Sin embargo, en los Estados constitucionales y democráticos de derecho, la adopción de medidas de resocialización son las que resultan más acordes a su esencia ligada a la preservación de la cultura de derechos humanos y a la defensa de la Constitución. Por ende, la pena debe servir a reincorporar al delincuente en la sociedad. Si bien esta idea es la de mayor aceptación actualmente, no fue hasta sino fines del siglo XIX que empezó a tomarse en mayor consideración respecto de los planteamientos de venganza e intimidación que predominaban hasta ese entonces.

## **3. Sobre la construcción social de la delincuencia**

La idea de que la delincuencia y el delincuente son construcciones sociales que se pueden comprender con el siguiente ejemplo; en un contexto cotidiano, si uno se encuentra con una persona un tanto demacrada, cuya vestimenta está percutida y no presenta formalidad alguna, puede llegar a suponer que se trata de un delincuente a partir de la apariencia descrita. Sin embargo, si más bien se tratara de una persona con buen porte, podría formarse una idea de que tal sujeto fuese un presunto delincuente. De esa forma, se evidencia que tanto la delincuencia se configura a partir del ideario social y cultural; donde, además, las relaciones de control, poder y dominación funcionan como condicionantes. Cabe mencionar que, la pena es empleada por el Estado como un recurso de ultima ratio, donde solo determinadas conductas son sancionadas. De esa manera también se reforma la idea de la construcción sociocultural del delito. Una clara ilustración de ello lo demuestra el hecho de que la bigamia se sancione en un gran listado de países, mientras que, en otros, los musulmanes lo acepten sin rechazo alguno, pues no se considera que se afecte directamente algún bien jurídico. Acorde a lo planteado, el perfil delictivo construido y compartido

socialmente fue el de una persona con rasgos deficientes hasta llegada la década de los 50 en Estados Unidos, donde se da un cambio trascendental.

### **3.1. La idea del delincuente de Cuello Blanco (Edwin Sutherland)**

Sutherland genera un cambio en la percepción social del delincuente, pues introduce la figura del Delincuente de Cuello Blanco, que rompe con los esquemas delictivos tradicionales por presentar una imagen diametralmente opuesta a la idea antes planteada. Hasta esa década, tales agentes no recibían ningún tipo de sanción ni castigo frente a la comisión de delitos. La razón radicaba justamente en la percepción colectiva del sujeto delictivo prevaleciente en esa época, donde nadie podía imaginar que una persona de alto status socioeconómico pudiese cometer delito alguno. Es, entonces, en la mencionada década que Sutherland quiebra esa idea al plantear su teoría criminalística de la Asociación Diferencial; según tal cual, aprendemos qué es lo bueno y malo durante nuestra vivencia en una determinada comunidad. Al distinguir lo bueno de lo malo, nos alejamos de esto último y nos aproximamos a lo primero. Sin embargo, lo que resulta aún más interesante de su planteo es el descubrimiento de una cultura de delincuencia presente en las empresas; dentro de la cual, se daban actividades como la compra de funcionarios, la disminución del salario de los trabajadores y, en general, el incumplimiento de la ley para poder así obtener lucro, privilegios e incrementar las ganancias. Tal serie de acciones pasó a formar parte de la cultura económica, donde se forjó la creencia de que los empresarios debían comportarse de esa manera para alcanzar el éxito. Ese análisis es lo que lleva al sociólogo a acuñar el término “Cuello Blanco”, que justamente alude al perfil del delincuente económico. Si bien ello es planteado a fines del siglo XIX, no es hasta finales mediados del siglo XXI que se rompe realmente con la idea tradicional del perfil delictivo, pues se reconoce la criminalidad económica. De esa forma, se admite que los empresarios, aun contando con un alto nivel socioeconómico y profesional, también puedan cometer delitos y, naturalmente, ser sancionados por ello.

En Latinoamérica, un caso detonante es el de Odebrecht. Además, existen situaciones similares de corrupción en casos como Enron, WorldCom y, como antecedente, el escándalo Watergate de Richard Nixon. Por ende, es en los años 50 del siglo anterior que se deja de privilegiar a los delincuentes de ese tipo mediante la aceptación de que también debían merecer sanción. Sobre ello, se admite que no solo las personas físicas tenían que ser sancionadas sino también las empresas que habían servido como medio facilitador.

## **4. La relativa impunidad de los delincuentes económicos**

Actualmente, persisten retos para castigar a tales delincuentes; aunque también existen medidas que se pueden rescatar. Por ejemplo, en Perú, se han sancionado a varios ex presidentes, donde, si bien es ofensivo que la cabeza del país sea quien vaya en contra uno de los fines estatales; por otra parte, es destacable la labor del Poder Judicial de tener el valor de sancionar al jefe de Gobierno cuando es debido. Sin embargo, tal situación no es vista en otros países aún, pero se espera visualizarse en un futuro cercano. Según ello, algunas de las razones por las que el delincuente económico se salva de ir a prisión son las siguientes.

### **4.1. Márgenes de pena**

En primer lugar, persisten márgenes de pena que facilitan la suspensión ordinaria o la pena sustitutiva de prisión. Ello a cambio de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. De esa forma, se evidencia que, a pesar del alto impacto que generan los actos de los delincuentes económicos, no reciben un trato como el que sí es dirigido hacia los sujetos que cometen otro tipo de delitos que incluso pueden llegar a tener un menor grado impactante.

### **4.2. Estructura normativa**

Luego, otro factor es la estructura normativa que beneficia al delincuente en mención, pues resulta complejo determinar quién es el responsable del delito en medio de una entramada cadena subyacente a las organizaciones empresariales. Ello conlleva a la aparición de problemas de autoría, participación, complicidad, entre otros, que no permiten hallar quién posee el dominio funcional del hecho planteado por Roxin. En cambio, en los delitos comunes, es más sencillo identificar al agente que directamente cometió el delito.

### **4.3. Naturaleza del bien jurídico protegido**

Otro motivo es el hecho de que el bien jurídico protegido sea supraindividual, abstracto e indeterminado. En el caso de delitos económicos, el bien jurídico que se protege es el orden socioeconómico, concepto aún no definido íntegramente, pues su naturaleza difusa complica su entendimiento. De forma contraria, en los delitos ordinarios, la identificación de los bienes jurídicos es más sencilla, siendo ejemplos de estos la vida, la dignidad, entre otros.

### **4.4. Normas penales incompletas**



Otro de los factores es la presencia de ciertos vacíos en las disposiciones normativas penales, pues no se especifica el contenido de lo que se está sancionando. De tal manera que, se exige la remisión a otra norma ya sea una disposición legal, administrativa o de otra índole. Por ejemplo, en los delitos en materia de propiedad industrial, es necesario remitirse a las normas que versen sobre el tema en cuestión. Luego, otra razón es la existencia de cláusulas de remisión administrativas, donde la naturaleza de la sanción exige que se acuda a la vía del derecho sancionador administrativo (el cual presenta muchos vacíos).

#### **4.5. Riesgo permitido en las empresas**

También, otro motivo es la idea del riesgo permitido en las empresas, pues todas presentan un mínimo de riesgo permanente. Por ende, desde la jurisprudencia, se permite un cierto grado de riesgo en las empresas sobre todo aquellas donde se trabaja con elementos con alto potencial riesgoso, como las que mantienen contacto con materiales químicos tóxicos. Con ello, al darse el caso de la comisión de un daño, pero dentro de los límites permitidos, la persona no recibe sanción alguna.

#### **4.6. Excepcionalidad del tipo imprudente**

Luego, también se menciona la excepcionalidad del tipo imprudente. Por lo cual, ante la falta de dolo, es complejo sancionar al agente económico; y, frente a su existencia, se debe especificar este y verificar el ánimo de lucro. los frecuentes errores de tipo subjetivo-impunidad.

#### **4.7. Garantismo**

Por último, se halla el garantismo donde prevalece la defensa de la persona jurídica como factor. Si bien, es destacable ese modelo, es necesario colocarle ciertos límites. Un caso que demuestra esa necesidad es la extensión del reconocimiento de las personas jurídicas en España, donde estas reciben un trato equiparable al de las personas naturales, por el hecho de que se le asignan los mismos derechos fundamentales que le corresponden a estas últimas. Frente a lo cual, si se viola alguno de sus derechos, la empresa queda impune y también el empresario.

### **5. El modelo Compliance**

Del análisis anterior, se rescata que los delincuentes económicos casi no ingresan a prisión y, cuando lo hacen, se les suelen cambiar las penas por otras sanciones como las multas. Estas últimas resultan, para un delincuente económico, sencillamente superables, pues constituye para tales un

simple pago. Por ende, se requiere repensar ideas como la resocialización del delincuente económico (al fin y al cabo, ha violado el pacto estatal y constitucional como los otros tipos de delincuentes) y lo referente a medidas concretas aplicables en este ámbito. En relación a ello, se necesita también la modificación de las sanciones para estos casos, como la aplicación de mecanismos preventivos, siendo una de las mejores opciones para lograr ello el modelo Compliance.

La efectividad de dicho modelo está demostrada en la cada vez más acogida que recibe en diferentes países, como los de Latinoamérica (México, Perú, Ecuador, Chile, etc.) para prevenir los delitos. Su importancia radica en, además, exigir el compromiso empresarial con la prevención de delitos. Puesto que, en la actualidad, ideas como las del buen ciudadano corporativo, la responsabilidad socioambiental, la correcta atención de los derechos de los empleados, la realización de obras caritativas y, por supuesto, la no comisión de delitos son las que se buscan cumplir en la mayoría de empresa.

Para lograr el establecimiento de tal modelo, se han instaurado una serie de incentivos. Sobre el Compliance o cumplimiento “proactivo”, se enfatiza en justamente el acatamiento del marco legal (normas administrativas, penales, etc.) y ético (integridad, cuidado medioambiental, respeto, etc.). No obstante, aún resulta un desafío la adopción de este modelo, por lo cual, debe darse de forma gradual. En pro de lograr ello, se ha iniciado por crear la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; lo cual antes era impensable, pues no se creía que las empresas pudiesen cometer delito alguno, dejando así intactas a las empresas (societas delinquere non potest). Sin embargo, si hay posibilidad de sancionarlas mediante castigos como prohibiciones de ciertas actividades (comercialización con el Estado), multas, disoluciones, intervenciones, etc. De esa forma, se han configurado sistemas de sanción a las empresas, ya sean de índole penal o administrativo. Sin embargo, si se incorpora un sistema de prevención del delito y se toma realmente en serio la cultura de la prevención, la empresa puede ser beneficiada con el perdón o reducción de la sanción. De esa forma, funciona como un estímulo para prevenir las conductas delictivas.

### **5.1. Presente y futuro del modelo**

Se evidencia una tendencia al alza de los sistemas de Compliance en la sociedad actual. Tales son los casos de países como Brasil, India, Sudáfrica, China, República Checa, España, Perú, Portugal, México, Colombia, Honduras, Belice, Canadá, Chile, Panamá, Guatemala, Jamaica y República Dominicana; donde ya se aplica la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

## **6. Realidad jurídico penal hispanoamericana**

Es notoria la existencia de una exigencia por adoptar el modelo Compliance a nivel internacional. Ello, sobre todo, como resultado de la influencia del modelo americano-europeo de seguridad y confianza mundial. Se destaca, en conexión con ello, documentos como la Convención Interamericana contra la Corrupción y los acuerdos de la OCDE. En relación a lo último, Perú para poder ingresar a tal organización tuvo que modificar su sistema de responsabilidad e incorporar sistemas de prevención del delito.

### **6.1. Sistema español**

En España, la responsabilidad penal se exige desde el 2010 con la reforma del Código Penal (LO 5/2010, de reforma a la LO 10/1995, responsabilidad de la persona jurídica) que permitió que las empresas pudieran ser sancionadas penalmente. En 2015, hubo una nueva reforma que incorporó el Compliance (LO 1/2015, de reforma a la LO 10/1995, Compliance, art. 31 bis c.p. “debido control” para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica). Ello demuestra la nueva realidad, donde se reconoce que las empresas también pueden cometer delitos merecedores de altas sanciones. Cabe mencionar que, para que las empresas reciban penas más moderadas o incluso no las reciban, se han incorporado asimismo sistemas de prevención del delito, de Compliance. Dentro de los requisitos de dicho modelo de organización y gestión se hallan los siguientes: mapa de riesgos, protocolos de actuación preventiva y reactiva frente al delito, modelos de gestión de recursos financieros, controles externos e internos, canal de denuncias, oficial de cumplimiento con poderes de iniciativa, autonomía y control; un sistema disciplinario frente al no cumplimiento del modelo; una verificación periódica y eventual modificación del modelo; y auditorías internas y externas. Si una empresa cuenta con toda esta serie de exigencias, y de manera correcta, puede ser beneficiada con la exoneración de una pena frente a la comisión de algún delito. Si bien, uno de los objetivos de la aplicación de este modelo es la reducción de las sanciones, la finalidad fundamental es la de prevenir la comisión de delitos. Si bien se reconoce la responsabilidad administrativa en el fondo es una de naturaleza penal, dándose así un “fraude de etiqueta” en el caso peruano.

### **6.2. Sistema peruano**

Por otra parte, Perú también cuenta con un sistema de Compliance detallado en el art. 17 de la Ley 30424 y en la NTP-ISO37001. Se establece que este sistema debe contar con medidas de vigilancia y control eficaces para prevenir los mencionados delitos, con un encargado de prevención con función autónoma, un mapa de riesgos (identificación, evaluación y

mitigación), canales de denuncia; así como, con medios de difusión, capacitación, evaluación y monitoreo del modelo. Con una correcta aplicación de este modelo, las empresas pueden obtener una atenuación o exoneración de la sanción; sin embargo, se recalca que la finalidad sustancial del modelo es prevenir la comisión del delito.

## **7. Conclusiones**

El Compliance no es obligatorio, es una medida optativa que tienen las empresas, pero, ¿no debería serlo? Se debe recordar que este modelo no es aplicable al Estado, pues sus propias leyes disponen que este no posee responsabilidad penal, siendo así irrelevante brindarles este estímulo. Frente a ello, otra reflexión que surge es la necesidad de implementar este modelo para el Estado también. Ello, incluso, puede extenderse a los partidos políticos, con todos los potenciales escándalos de corrupción inherentes. Otra cuestión que requiere de mayor análisis es el esclarecimiento de las reglas para la sanción de personas físicas y, por otro lado, de las jurídicas. Sin embargo, puede destacarse la cada vez mayor expansión del modelo hacia a otros países como Colombia, Costa Rica, etc. Finalmente, lo que se busca cambiar es la idea de la delincuencia económica, haciendo énfasis en la figura del buen ciudadano corporativo.

## **8. Respuesta a la pregunta del público**

### **8.1. ¿Existen programas de capacitación y reintegración laboral específicos para los criminales económicos en Perú y España?**

Se debe partir de distinguir entre las sanciones impartidas, por un lado, hacia personas naturales y, por el otro, hacia personas jurídicas. Sobre las primeras, los programas presentes en España imponen penas no muy altas, lo cual hace que se recurran a sanciones alternativas como penas sustitutivas. De estas se destacan aquellas donde el delincuente económico puede involucrarse con la comunidad que ha afectado y, de esa forma, puede comprender la magnitud de su impacto. Ello resulta aún más destacable por el hecho de que, muchos de los delincuentes económicos suelen permanecer enajenados de la realidad social. Sin embargo, si las penas sobre este tipo de delincuentes fuesen más altas, tales sujetos no tenían la posibilidad de acercarse e involucrarse con su entorno social. Esta situación se vuelve controversial al examinar la desigualdad que implica la menor rigurosidad en el trato de los delitos económicos; pero, a su vez, plantea lo problemática que sería la entrada del delincuente económico en una prisión, pues esta no cumpliría con su resocialización sino todo lo contrario. En el caso de las empresas, los programas de Compliance son los que resultan más efectivos y de una aplicación de gran extensión.



### **III. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**



## *a) Ponencias*





# El diagnóstico latinoamericano sobre la violencia de género: aciertos y deficiencias\*

Claudio Fabian Mazuqui\*\*  
*Universidad Nacional de Córdoba*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Violencia y DDHH / 3. Latinoamérica - violencia de género / 4. Acciones para prevenir y erradicar la violencia de género / 5. ¿Por qué debemos eliminar la violencia de género? / 6. Conclusiones / 7. Respuestas a las preguntas del público

## 1. Introducción

La violencia de género, lamentablemente, sigue siendo una realidad latente en muchos países. Es un problema que afecta a las personas de todas las edades y estratos sociales, y que deja consecuencias devastadoras en sus vidas y en nuestra sociedad en su conjunto. Y es mediante los juzgados que se trata de ser empáticos, juzgar de forma diferente y ponerse en el lugar de otro y mediante eso se dan soluciones jurídicas para que así se puedan hacer resoluciones más justas.

## 2. Violencia y DDHH

Está pues la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que se conoce como Belém do Pará, donde se define la violencia contra la mujer, se establece el derecho a las mujeres de vivir libre de violencia, pero tener algo muy en claro, que es la violencia contra la mujer una violación a los derechos humanos y libertades fundamentales. También resaltar un propósito fundamental de esta convención, el incentivo de parte del ámbito privado y público el proponer

---

\* Ponencia magistral llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el sábado 01 de julio del 2023

\*\* Juez de Control, Niñez, Juventud, Penal Juvenil, Violencia Familiar, Género y Falta. Segunda Circunscripción Judicial Poder Judicial de Córdoba con Sede en la Localidad de Huinca Renancó, Provincia de Córdoba, Argentina.

mecanismos de protección y defensa de los derechos de la mujer como también llegar a la reivindicación dentro de los que deben entenderlo dentro de la sociedad.

Se debe entender que la violencia de género constituye una práctica estructural violatoria de derechos humanos y las libertades fundamentales que afecta gravemente a mujeres -Belém do Pará-.

Tener en claro que es cierto que la violencia de los derechos humanos afecta tanto a hombres y mujeres, pero es también cierto que esto varía de acuerdo con el género de la víctima. Es entonces que se afirma que todo tipo de violencia arraiga características que permiten identificarla como violencia de género.

Una perspectiva más amplia de contribuir a la última afirmación es que comprendemos que esto se vincula a una desigual distribución de poder y relaciones asimétricas de mujeres y hombres donde se desvaloriza lo femenino y llega a la subordinación frente a lo masculino, por lo que hay un factor predominante de riesgo o vulnerabilidad hacia la mujer.

Una clave para poder erradicar tal problemática es la desconstrucción de toda la cultura machista que tenemos y enfocar un nuevo aprendizaje a través de la perspectiva de género, es también la que consideramos óptima para resolver las cuestiones que llegan a los estragos judiciales.

### **3. Latinoamérica – Violencia de Género**

Mediante los datos que los Estados de Latinoamérica han recolectado sobre la violencia contra la mujer, que para resaltar no todos los Estados han contribuido sobre esto, es en el 2021 donde cerca de 5000 mujeres fueron víctimas de feminicidio en 29 países de Latinoamérica y esto representa que hay al menos 12 muertes violentas de mujeres por razón de género cada día en la región. Mediante esto podemos dimensionar lo que sucede en esta parte del mundo.

Algo también impactante es que, en el 2021, en América, la tasa es igual o superior a 1 víctima de feminicidio por cada 100.000 mujeres donde podemos registrar algunas estadísticas por país donde presenciamos más gravedad en el asunto: Honduras (4,6), República Dominicana (2,4), Bolivia (1,8) y Brasil (1,7), también tener en cuenta que después de eso tenemos a los países del Sur.

Son mediante estas cifras que podemos entender lo inaceptable de esta situación que se encuentra a nivel macro y debemos tener en claro que es

la obligación de cada uno para que las mujeres y niñas puedan ejercer su derecho a vivir una vida plena como también digna, pues esta problemática de violencia y discriminación lo hace muy complicado de superar.

Desde Argentina tenemos la situación de 233 feminicidios desde el 1 de enero al 31 de diciembre del 2022 y esto también refleja la falta de aciertos que tienen los funcionarios públicos para erradicar las consecuencias de esta cultura machista que arraiga a todas las sociedades.

Podemos identificar también el vínculo feminicida que hacen que las víctimas resulten como tal, pues podemos identificar un predominante vínculo con un 62% para los que son parejas o exparejas, hombres familiares directos de la víctima en un 14%, hombres conocidos por la víctima 10%. Por lo que debemos tener una intervención para la prevención de esta situación, pues hay conductas que el agresor hace como aislarla de su vínculo familiar, así pues, la escucha activa es muy importante.

#### **4. Acciones para prevenir y erradicar la Violencia Familiar y Género**

Tener en cuenta como imperativo que lo que los operadores de justicia deben hacer es arbitrar los medios necesarios para llegar a un control y vigilancia respecto del ciudadano agresor hasta que deje de ser una amenaza inminente para la víctima y su entorno. Esto lo dispone la policía Nacional de España.

Los fundamentos para este imperativo lo podemos fundamentar desde la CIDH como la convención de Belém do Pará, pues son muchos países de Latinoamérica que tomaron esta medida y la que resulta efectiva para erradicar esta problemática.

Desde el Marco Legal podemos ver el art 21 de la Ley 9283 de Argentina y modificación por la ley N° 10400 el que reza "Sin perjuicio de las medidas enumeradas precedentemente, el juez puede adoptar cualquier medida que resulte necesaria para llegar a hacer cesar la situación de violencia.

También desde el art 7 de la presente ley que reza Los Estados Partes condenan toda forma de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y abstenerse cualquier acción o práctica contra la mujer como velar por que las autoridades actúen con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Otro aspecto por resaltar es que estas autoridades deben adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer.

Tener en cuenta las resoluciones en distintos despachos deben tener en cuenta la perspectiva de género y entender, demostrándolo en la decisiones y medidas judiciales, que la Violencia de Género es un problema social.

Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección (Corte IDH, sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 193).

Una respuesta judicial idónea resulta indispensable para que las mujeres víctimas de violencia cuenten con un recurso ante los hechos sufridos y que éstos no queden impunes. Cabe señalar que (...) la administración de la justicia comprende el poder judicial (todas sus instancias, tribunales y divisiones administrativas), la policía y los servicios de medicina forense, ubicados en zonas urbanas y rurales, con competencia nacional y/o local. (CIDH, Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, Capítulo I, A, párrafo 6.).

También debemos tener mediante esto una mirada retrospectiva de la situación, por ejemplo, el levantamiento de una denuncia de violencia contra la mujer al momento daría una sospecha de una situación de violencia de mujer que se deben adoptar.

Existe también una medida tomada en Argentina llamada Armas de Fuego que abre un hospedaje para contener a víctimas de violencia contra la mujer que aleja a la víctima del agresor y sustentarse a ella misma como a su familia que resulta un acierto contra esta situación de violencia

Por lo que debemos tener en cuenta que medidas legales hay, pero es cuestión de decisiones en la práctica que los funcionarios deben tomar para así tomar medidas que realmente reduzcan este flagelo que abarca en el mundo

## **5. ¿Por qué debemos eliminar la violencia de género?**

La violencia contra mujeres y niñas es una de las violaciones de derechos humanos más extendidas y persistentes y devastadoras del mundo actual

sobre las que apenas se informa debido a la impunidad, en algunos casos, de la cual disfrutaban los perpetradores, y el silencio, a la estigmatización y vergüenza que sufren las víctimas.

Y son pues los funcionarios los encargados de tomar una medida empática frente a la víctima para primero, que estas denuncias o situaciones de violencia a la mujer lleguen a los funcionarios y son estos los que deben tomar medidas que ayuden a que este flagelo pueda resolverse.

## **6. Conclusiones**

Concluyendo, es necesario un enfoque integral que combine la sensibilización cultural con la acción de los funcionarios de justicia. Esto implica una respuesta activa y comprometida por parte de los funcionarios, que asegure la protección de las mujeres, el acceso a la justicia y la promoción de la igualdad de género en todos los niveles de la sociedad. Solo a través de un enfoque colaborativo y sostenido podremos aspirar a poner fin a la violencia contra la mujer y construir sociedades más justas y equitativas.

## **7. Respuestas a las preguntas del público**

**7.1. ¿Cómo se podría garantizar que el control del agresor realmente llegue a ser hasta que deje de ser una amenaza inminente para la víctima y su entorno, cómo garantizar que no se cometa un arbitraria o un insuficiente control del agresor?**

Primero entender que cada víctima y agresor tendrán medidas según esa persona, como los estudios que no necesariamente deben ser los informes psicológicos y seguimientos de los mismos funcionarios a nivel personal. Así pues, mientras va cumpliendo se revierten medidas según estas medidas hayan sido cumplidas y puestas a observación de la necesidad de algunas más.

**7.2. ¿Cómo podemos garantizar que las decisiones de solución a la violencia de género consideren las múltiples dimensiones de la violencia, como la raza, la clase social y la orientación sexual?**

Entender que las leyes están, allí debemos tener el aporte de las ONG para que comprendamos de lo que estamos hablando y saber ejecutar estas leyes que ya existen, así pues, debemos intervenir más debido a que esta situación normalmente sucede a puerta cerrada.

**7.3. ¿Respecto a la medida tomada en Argentina llamada "tobillera", cómo es que se regula, mediante un aplicativo o una**

**institución, por ejemplo, en Perú esto se llaman grilletos electrónicos y los regula el INPE?**

Este es supervisado por la persona policial, como el que monitorea esta medida o el conocido botón antipánico.

**7.4. ¿Cuáles son las consideraciones que deben tomar los que poseen la jurisdicción de tomar la pena (jueces) para saber qué tipo de pena darle a un feminicida?**

En Argentina existe la pena mayor, cadena perpetua, y la de 50 años. Repetimos, las normas existen, como son los tratamientos psiquiátricos y el trabajo hacia la persona debe ser constante, se debe tener un acercamiento al caso para saber tomar estas leyes existentes.

**7.5. ¿Cuáles serían las medidas o características de la capacitación con perspectiva de género para poder reconstruirnos?**

Es cambiar en lo que veníamos haciendo y hacer a favor de la mujer que identificamos que por siglos se venían haciendo, esto viene de la empatía y ponerse en lugar de más allá de la capacitación.

## *b) Mesas de diálogo*





# Fenómenos criminológicos en torno a la violencia de género. Casos de feminicidio y homicidio en el entorno familiar\*

Yajaida Huamán Escobar\*\*

*Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco*

Roberto Cabrera Suarez\*\*\*

*Universidad Carlos III de Madrid*

Giuliana Guanilo Montoya\*\*\*\*

*Universidad Privada César Vallejo*

**SUMARIO:** 1. Enfoques de género de la ley 30364 /2. Fenómenos criminológicos de la violencia de género /3. Data de violencia contra la mujer /4.Preguntas del público

## 1. Enfoques de género de la ley 30364

Dentro del tema general que gira en torno del feminicidio se habla acerca de uno de los aspectos más problemáticos en relación al delito que son los sujetos de protección; la incorporación del tipo penal es nominal en el 2011 y en el 2013 se incorpora en el código penal como un tipo penal autónomo. El delito del feminicidio es matar a una mujer por su condición de tal, en un inicio había poca comprensión por parte de los operadores respecto a la aplicación de este tipo penal, cuando se incorpora a nuestro ordenamiento, siendo así que no existía un sistema de justicia especializado por lo tanto el

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre congreso internacional multidisciplinario de derecho y pre encuentro macrorregional de estudiantes de derecho organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 01 de julio del 2023

\*\* Fiscal Adjunta al Superior de la Fiscalía Superior Especializada en Violencia contra las Mujeres y los integrantes del grupo familiar en Arequipa

\*\*\* Abogado, Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla – La Mancha, Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Cultura Jurídica por la Universidad de Girona, Maestro en Gestión Pública y Doctor en Derecho.

\*\*\*\* Servidora pública en el ministerio público distrito fiscal de lima noreste

delito de feminicidio lo conocían en general todas las fiscalías penales sin especialidad, era lo propio de los juzgados penales.

En el año 2015 se emite la ley 30364 que viene a sustituir a la ley 26260, ley de violencia familiar y la decisión del legislador para el cambio de la denominación por la de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar tiene como finalidad la visibilización de este fenómeno social; esta ley tiene como instrumentos internacionales de influencia decisiva, en su misma redacción, la prevención, sanción y erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer a la Convención Belem do Pará; como hemos señalado, la ley se promulgó en el 2015 en tanto ya teníamos el delito de feminicidio desde el 2013, no obstante, la comprensión todavía no era adecuada y la difusión por parte de los medios de comunicación no era la más óptima porque cuando se informaba sobre un feminicidio se desconocía que puede haber un feminicidio no íntimo; en la mentalidad de los comunicadores y comunicadoras sociales todavía está el hecho de considerar únicamente el feminicidio íntimo cuando ha mediado una relación de convivencia o matrimonio entre la víctima y el agresor.

De otro lado, la ley 30364, incorpora principios para su interpretación y enfoques para su aplicación, crea el sistema nacional especializado de justicia y prevé un reglamento; al entrar en vigencia no llevaba consigo un cronograma de implementación, no se asignó un presupuesto para el funcionamiento del sistema, inclusive se ofreció que el sistema especializado de justicia contaría con laboratorios especializados, asunto que se requieren con suma urgencia porque lamentablemente se centralizan los servicios y el procesamiento de las muestras en la ciudad de Lima, lo cual demora mucho más que el límite de los plazos procesales en el código procesal penal estipula.

Los enfoques que incorpora la ley 30364 son seis, de ellos consideramos que tres enfoques son los más importantes: el enfoque de género que hace alusión a una violencia sistemática, estructural que han padecido y padecen las mujeres históricamente y está construida sobre las bases de diferencias de género. Al respecto, tenemos que cuando se suscribió la CEDAW (Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) así como la Convención Belém do Pará, siendo ambos instrumentos internacionales, no se hizo referencia a la palabra género si no se habla de la palabra sexo para los casos de violencia contra la mujer, eso se debe a que la CEDAW data del 1982 y la Convención de Belém do Pará, data de 1994. En ese momento no se tuvieron en cuenta los aportes de los estudios de género para fines de la adecuada comprensión de la violencia

por razones de género, posteriormente cuando se emite la recomendación general N° 35 de la CEDAW se actualiza la recomendación 19, afirmándose desde entonces que para la mejor comprensión de la violencia contra mujer debe entenderse que esta se produce por razones de género.

También tenemos al enfoque de interculturalidad, el cual hace referencia a que no es posible tolerar o no sancionar aquellas acciones que se cometen en agravio en especial de niños, niñas, adolescentes o mujeres a pretexto de un tema cultural; podemos citar el ejemplo de cuando en una determinada población se hace ingerir bebidas alcohólicas a niños y niñas bajo excusa de que se trataría de una tradición de un pueblo lo cual no puede ser tolerado, por ello la aplicación de la ley es difícil en el ámbito rural, siendo más fácil hacerlo en la urbe.

En esta línea, con el enfoque de interseccionalidad, se hace referencia es la confluencia respecto de una misma persona o grupo de personas de la violación de diferentes tipos de derechos, la convergencia de múltiples discriminaciones provocan una violación de derechos más intensa y diversa que cuando la misma se configura respecto de un solo derecho; respecto de este enfoque existen personas que señalan que no serían sujeto de protección de la norma en general las mujeres en sus diversidades, sin embargo la propia ley considera -entre otras- a la orientación sexual como un factor de vulnerabilidad por ende se propende a la igualdad de derechos de las personas de géneros diferentes.

En cuanto a los sujetos de protección en el marco de la ley son todas las mujeres durante todo su ciclo de vida y durante todas sus interrelaciones personales incluso prescindiendo de vínculo de convivencia y matrimonio, como las novias y enamoradas, o cualquier otra categoría social, en tanto sean agredidas en su condición de tal, y los integrantes del grupo familiar. En cuanto al sistema de justicia especializado creado por la ley e implementado por el decreto legislativo 1368, se tiene que considerar a los integrantes del grupo familiar que también lo son los varones, para su adecuada protección.

Existen cuatro modalidades de violencia que reconoce la ley en el artículo 8: la violencia física, psicológica, sexual y económica o patrimonial, y el artículo 8° del reglamento de la ley, en su última modificación, incorpora más de 20 modalidades de violencia; el feminicidio destaca como la forma más extrema de violencia física contra la mujer, también está prevista la violencia por orientación sexual; como ya mencionamos existen algunas personas que señalan que la ley no es expresa en cuanto a la protección de las personas de la comunidad LGBTIQ, ya que de manera nominal, la ley sólo señala dos sujetos de protección: mujeres y los integrantes del grupo

familiar, sin embargo, como ya se ha acotado son sujetos de protección las mujeres en su diversidad.

En el año 2016 se emite el acuerdo plenario 1-2016 cuya finalidad era desarrollar los alcances típicos del delito de feminicidio, en el se ocupan sobre el bien jurídico protegido, así, señala la Corte Suprema que sería la vida de la mujer, se discrepa de esto en razón de que si defendemos la existencia como tipo penal autónomo del delito de feminicidio al decir que solo sería la vida de la mujer al igual que homicidio calificado u homicidio se aparta del sentido de normatividad nacional e internacional porque sería en el fondo el derecho de mujer a vivir una vida libre de violencia con la finalidad de que se desarrolle en condiciones de igualdad real, a nuestro criterio, este sería el bien jurídico protegido.

En el párrafo 33 del acuerdo plenario señalado, se menciona que el sujeto activo del delito de feminicidio solo puede ser un hombre en sentido biológico y respecto del sujeto pasivo en el párrafo 35 se menciona que lo es la mujer en sentido biológico, entonces la conducta homicida del varón recae sobre una mujer en el sentido biológico, tampoco es posible por el sentido de legalidad que se la identifique con la identidad sexual señala el acuerdo plenario; también señala la Corte Suprema que si la persona es muerta por razones de género se habla de un feminicidio; en el párrafo 36 señala que el sujeto pasivo es una mujer adulta, menor de edad o adulta mayor, reafirmando lo que dice la ley que es durante todo su ciclo de su vida.

La Corte IDH ha señalado y hace presente a todos los estados miembros que la Convención Belém do Pará es el instrumento que fue implementado para proteger los derechos humanos de las mujeres a una vida libre de violencia que puedan afectarlas en el ámbito público y privado, en el caso de Campo Algodonero vs. México, el voto singular del magistrado Sergio Ramírez le da la magnitud de una carta magna de protección de derechos humanos de las mujeres a la Convención Belém do Pará, posteriormente cuando la Corte Interamericana desarrolla la sentencia del caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras se pronuncia sobre la aplicación en el caso concreto de la Convención Belém do Pará, así en los párrafos 128 y 131 de la sentencia del mencionado caso, pues se reafirma que la Convención Belém do Pará es de aplicación en los casos de mujeres trans como lo fue Vicky Hernández.

En la sentencia de Vicky Hernández, en su voto parcialmente disidente la ex presidenta de la Corte Interamericana, la jueza Elizabeth Odio Benito, cuyo aporte en pronunciamientos respecto a protección de derechos humanos de las mujeres es trascendente, expresa su respetable posición; al igual que la posición dividida entre las operadoras y operadores de justicia en

general y las y los juristas sobre si las mujeres trans son sujetos de protección, ella señala con su voto que no existe duda alguna de la violencia social, institucional y sistemática que sufren las mujeres trans y el colectivo LGTBI en general, difiere de la protección de violencia de las mujeres, y esta no debe ser opacada por otro tipo de violencias; una reflexión de la doctora Benito señala que la violencia transfóbica es una forma de violencia de género lo propio que es la violencia contra la mujer por el deseo de castigar a quienes desafían las normas de género, respecto de las mujeres es una violencia dirigida en razón de su género, es decir por el hecho de ser mujer, por tanto merecen una protección diferenciada.

En la identificación de sujeto pasivo se reafirma el hecho de la existencia innegable de la violencia por razones de género parece que nos hemos decantado en el Perú por considerar esto de los roles de género y la asimilación de la trasgresión de los roles de género que justificarían de la óptica del agresor la sanción por este quebrantamiento. Se debe determinar la existencia de un contexto de violencia intrafamiliar, existe una reproducción de estereotipos de género con la conservación de ideas estereotipadas en todos los estratos sociales que hacen que la mujer en algunos casos no identifique esto porque se adhiere a estos roles de género transmitidos de generación en generación.

Se habla desde la óptica del operador de justicia para contextualizar cada caso e identificar estas circunstancias, existe otra situación problemática como ya hemos señalado pero que viene vinculada a la identificación de los sujetos de protección; con base al acuerdo plenario sólo puede ser sujeto activo el varón biológico, pero que pasa si una mujer actúa reproduciendo los roles de género y sanciona a otra mujer por el incumplimiento de estos roles de género, contrario a lo señalado en el acuerdo plenario 1-2016 entonces cabe la posibilidad de sancionar a una mujer como autora del delito de feminicidio o por otros tipos penales como el Artículo 122-B que sanciona las agresiones físicas y/o psicológicas, en agravio de las mujeres agredidas por su condición de tal o integrantes del grupo familiar.

## **2. Fenómenos criminológicos de la violencia de género**

Es importante señalar aspectos introductorios. La violencia de género, es un fenómeno criminológico que ha generado preocupación a nivel mundial siendo un problema social bastante complejo que afecta a millones de mujeres en todas las sociedades y culturas; la comprensión de estos fenómenos en torno a la violencia de género es esencial para abordar sus causas y hacer frente a sus consecuencias, buscando soluciones que resulten ser efectivas.

La violencia de género abarca una amplia gama de fenómenos criminológicos que afectan de manera desproporcionada a las mujeres en distintos contextos, estos fenómenos se manifiestan en diversas formas como violencia física, sexual, psicológica, económica, violencia de carácter emocional y un sin número de otras formas de violencia que en buena cuenta se tipifican en los distintos sistemas legales a nivel internacional.

La violencia de género se puede dar en relaciones de pareja, en el ámbito familiar, en el ámbito laboral, en los espacios públicos, políticos, etc, etc.

Estas situaciones están caracterizadas por el uso de la fuerza, y por el control, la dominación y la opresión hacia las mujeres, y tienen el objetivo de mantener una estructura de poder desigual. Es importante que se comprenda que estos fenómenos criminológicos no se limitan a actos individuales de agresión, sino abarcan fenómenos estructurales y culturales que perpetúan esa desigualdad de género y normalizan la violencia contra la mujer. Estos incluyen, para ser más exactos, los que se encuentran arraigados, roles de géneros prescritos y normas sociales que justifican la violencia y la falta de acceso a recursos y a derechos básicos.

En el estudio de estos fenómenos criminológicos se analizan los actores subyacentes que van contribuyendo a la violencia de género, como la socialización de género, la misoginia, la falta de educación e igualdad de género, la pobreza, la exclusión social incluso la falta de acceso a la justicia y también se investigan las interacciones entre esos factores y cómo se entrelazan para perpetuar la violencia.

La violencia de género no es exclusiva de las mujeres, puede incluir a hombres y a personas de otro género, pero es importante saber que las víctimas no son responsables de la violencia que sufren, este es un problema social y criminológico que se basa en desigualdades de poder y normas culturales arraigadas y dañadas, que se manifiestan en distintas formas con distintos tipos de violencia en distintos contextos, por lo que es fundamental abordar estos fenómenos criminológicos, desde una perspectiva basada en los derechos humanos, para promover la igualdad de género, la no violencia y el respeto mutuo.

Es esencial trabajar en la prevención de la violencia, siendo la educación en igualdad de género, la promoción de relaciones saludables y libres de violencia; un factor trascendental, pues un amplio sector de la política ha atacado lo concerniente a la reducción en igualdad de género. Si no comprendemos estos fenómenos criminológicos alienados que forman parte del contexto de violencia de género, no vamos a ser capaces de desarrollar estrategias efectivas de prevención y respuestas.

Debemos ser capaces de trabajar hacia la construcción de sociedades más seguras e igualitarias libres de violencia sin importar su género, pero mientras no comprendamos ese factor o exista una corriente ideológica que influya directamente en la construcción de políticas públicas, pues entonces se tendrán problemas.

Es importante destacar causas, de fenómenos criminológicos, estos tienen raíces profundas de carácter social estructural que han contribuido y siguen contribuyendo a la perpetuación de este tipo de violencia. Si queremos metodológicamente señalar algunas causas, podemos centrarnos en desigualdad de poder, la violencia de género que se basa en la desigualdad de esos roles junto con las normas sociales arraigadas, siendo así que se otorga a los hombres un mayor control sobre las mujeres, puesto que desde temprana edad en el ámbito de educación las niñas y los niños son socializados en roles y en expectativas de género dentro de normas rígidas que perpetúan la idea de superioridad masculina y la sumisión femenina; esto repercute y genera como consecuencia la producción de comportamientos violentos en las relaciones de pareja y en otros ámbitos.

Estos patrones culturales y tradicionales en nuestra sociedad se mantienen en normas y prácticas que justifican la violencia contra las mujeres. Podríamos mencionar matrimonios forzados, mutilación genital femenina, entre otras prácticas de carácter cultural que están arraigadas y que refuerzan la subordinación de las mujeres y fomentan la violencia, además de factores socioeconómicos.

La pobreza, la falta de acceso a recursos económicos, la dependencia económica, aumenta la vulnerabilidad de mujeres ante la violencia de género y genera desequilibrio de poder en las relaciones, lo cual contribuye a situaciones de abuso aunado a la situación de vulneración de género y que sin lugar a dudas perpetúa roles de género.

El hecho de que la educación que no tiene características de inclusión no genera la posibilidad de construir cimientos para la igualdad de género y desafiar estas normas arraigadas trae consigo problemáticas.

Hay un factor ligado a la impunidad y la falta de acceso a la justicia, porque son barreras significativas para combatir esta ausencia de consecuencias legales excesivas y la imposibilidad de seguimiento de decisiones emitidas por órganos jurisdiccionales.

En distintos medios de comunicación; pese a previsiones de carácter jurisdiccional se sigue cometiendo actos de violencia de género, esa ausencia de consecuencias, perpetúa la violencia y desalienta a las víctimas de vio-



lencia; por lo tanto, el análisis de estas causas permite que comprendamos mejor los fenómenos criminológicos y la violencia de género para diseñar estrategias más o menos eficaces a la prevención y respuesta.

Es fundamental abordar estos factores subyacentes para promover sociedades igualitarias libres de violencia donde todas las personas puedan vivir sin temor a la violencia por razones de género.

La prevención y respuesta a los fenómenos criminológicos requieren un enfoque integral y multidimensional, algunas estrategias claves para abordar este problema son la educación y sensibilización porque la educación en igualdad de género es fundamental para desafiar los estereotipos de género y promover relaciones saludables y respetuosas; por lo tanto es necesario fomentar el respeto entre los géneros; por otro lado es esencial que contemos con dispositivos legales y políticas sólidas que criminalicen y sancionen la violencia de género y no sea solo ligado a la norma, sino que sea efectivo.

Debe estar enfocado a la prevención concordante con el abordaje multidimensional, establecer mecanismos eficaces para la protección y la persecución de los agresores. Ese fortalecimiento del marco legal y su implementación adecuada, son cruciales, por eso se resalta el servicio de apoyo a las víctimas, por lo que tenemos que establecer y fortalecer los servicios especializados de las víctimas de violencia de género.

Cumplir con la formalidad requiere presupuesto, se puede mencionar implementación de refugios, líneas de ayuda, asistencia médica programas de empoderamiento, dar estos servicios con calidad,

Además de la participación activa de la comunidad para abordar la violencia de género, se debe promover espacios de diálogo, sensibilizar a la comunidad e involucrar a los líderes comunitarios, a la organizaciones de la sociedad civil y a los medios de comunicación en un mensaje en contra de la violencia de género y empoderar económicamente a la mujer porque el acceso a recursos esenciales reduce la violencia de género

Es importante que intervenga la iniciativa privada, las cámaras de comercio podrían realizar actividades promoviendo políticas que fomenten llevar actividades económicas, el acceso a empleos dignos; por lo tanto se tiene que operar de manera intersectorial e interdisciplinaria , ya que se requiere de una respuesta que involucre a los diferentes sectores y disciplinas: justicia, salud, educación, trabajo social; cuando existe esta colaboración multidisciplinaria, multidimensional va a ser mucho más sencillo, se puede lograr compartir información en el acto y brindar una respuesta integral

y efectiva; por eso la prevención y la respuesta a los fenómenos criminológicos de la violencia de género demanda un compromiso colectivo para eliminar los estereotipos dañinos para construir sociedades seguras libres de violencia mediante implementación de estrategias preventivas con una respuesta coordinada para avanzar en lo que respecta directamente al abordaje de la violencia de género y que llegue a ser una cosa del pasado.

Es importante darnos cuenta que los retos son en primer lugar las barreras culturales arraigadas como normas o estereotipos de género existente, la sensibilidad para promover igualdad de género y falta de datos completos, porque por el temor y la falta de confianza se impide la posibilidad de recopilar datos completos y precisos para comprender la magnitud del problema;

El abordaje de la violencia estructural y sistémica es un reto, en estos sistemas se requiere del análisis de la desigualdades, del acceso a recursos y posibilidades económicas y en derechos fundamentales, esos retos son importantes de superar en estas dimensiones.

### **3. Data de violencia contra la mujer**

A nivel mundial un aproximado de 35 por ciento de mujeres con o sin pareja han experimentado la violencia en cualquiera de sus tipos, la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer define la violencia como un acto en contra de una mujer que genera la muerte, un daño o sufrimiento de índole sexual psicológico en un contexto público o privado; en el Perú las cifras se han ido aumentando exponencialmente, existe una data de cifras que se arroja en el portal de la defensoría pública y la data de centro de emergencia mujer que asciende hasta la fecha a un promedio de 54 mil mujeres que han manifestado un atentado en contra de ellas, un tipo de violencia en cualquiera de sus géneros.

Existe un experimento que se ha realizado para determinar la violencia contra la mujer en la población adolescente; existe una data general muy amplia para determinar la violencia en etapa de mujeres adultas pero también la población adolescente, en un plan de desarrollo contra la violencia de género que data de 2016-2021 en patrones sociales en relaciones injustas de poder, este plan buscaba garantizar a las víctimas el acceso a servicios públicos, sobre se plan se emitió una resolución rectoral y hacia la diferencia entre violencia contra la mujer en el ámbito de adolescentes o en el ámbito de mujeres más jóvenes porque esta resolución rectoral se emitió en algunas universidades públicas autorizando la implementación de talleres y programas de sensibilización para prevenir casos de hosti-

gamiento sexual en la comunidad universitaria, en la justificación de la resolución se refiere a las atribuciones de género estereotipadas vinculadas con las actitudes de violencia contra la mujer porque en el Perú las mujeres adultas tienden a presentar alto nivel de estereotipia genérica en el ámbito familiar y organero y esto influye en mujeres más jóvenes que no son mayores de edad.

Podemos afirmar que se establece una relación entre estereotipos de género y violencia contra la mujer, adultas o en proceso de , la violencia contra la mujer es global ciertamente pues está afectando enormemente el desarrollo y el crecimiento de la mujer porque recordemos que esto afecta de manera directa en el desarrollo y crecimiento de una mujer en todos sus aspectos y uno de ellos es familiar .En el Perú existen informes que se han elaborado hasta la fecha en cuenta a la repercusión que eso trae, un informe del ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables menciona que la mayoría de casos de violencia familiar traen consigo violaciones, hostigamiento sexual hasta el punto de trata de personas; el informe de estatuto nacional de estadística e informática que presenta estadísticas del año 2020-2021 menciona que el 68.2%de mujeres ha sido víctima de violencia siendo la más frecuente la violencia psicológica y por último la violencia sexual, en el contexto familiar como esposo o pareja sentimental que normalizan este tipo de violencia por un tema de idiosincrasia y formación y estos informes no excluyen a la población adolescente.

En un informe que han elaborado algunas universidades del centro de lima metropolitana , se han determinado cifras en la relación de la afectación dentro de la facultad de psicología, los test que se han realizado en los años 2017-2019 mencionan estudios donde ha habido denunciados de casos de violencia contra la mujer, hablamos de un hecho que no es aislado a un tema de ignorancia sino también a un tema de formación, la gravedad del problema de acuerdo al tema de estadística de violencia contra la mujer se produce en un aumento de afectación que es significativa en el ámbito psicológico; un aumento en la sintomatología depresiva, y en las consecuencias crónicas en la salud mental por las agresiones que sufren.

Buscando las causas diversos informes determinan que las variables sociales como el enfoque discriminatorio de género y antecedentes también son determinantes en la capacidad del individuo para pues reconocer la violencia, otra de las causas es que existe una fuerte relación de la violencia con las características masculinas que derivan de una dinámica de poder que conllevan actos de violencia contra la población femenina, se han sugerido o planteado dinámicas respecto al tema central y su vinculación con las actitudes hacia la violencia contra la mujer.

En el Perú las mujeres adultas con alto nivel de estereotipo de género en el ámbito familiar presentan un alto nivel de violencia psicológica que supera el 80-84 por ciento, entonces hablamos de que definitivamente hay una vinculación muy directa entre los estereotipos y como marca el tema de violencia desde las bases que uno puede conocer.

El género tradicional que se marca se establece en la jerarquía de las relaciones de pareja adultas, como que el hombre es autoridad de la casa, el dominante, el controlador y el que decide; en contraparte la mujer que debe ser marcada como sumisa, limitada a labores domésticas dependientes y subordinadas al servicio de otras personas, se coloca a la mujer con ese pensamiento en una posición vulnerable y se puede convertir en víctima de violencia física y psicológica; por ejemplo ha habido cuadros estadísticos donde se encuentran un detalle específico en cuanto a las madres de familia priorizan al género masculino y los padres educan a sus hijas con roles de género femenino, esto comienza a generar desigualdad desde la base que se afiance la masculinidad del agresor y la femineidad de la víctima relacionando lo masculino, ya que se encontró una relación de violencia en el hogar y los estereotipos de género masculinos; las bases se dan por los estereotipos primarios, los estereotipos de género tienen una relación con la violencia física, psicológica y sexual; es que existen diversos estudios del tema de importancia de esta vinculación

Los estudios que he mencionado han sido en América Latina en lo que viene a ser Lima-Perú existen muy pocos estudios por universidades que hacen énfasis en este punto, hay pocas universidades que han implementado un plan de prevención contra ese tipo de actuaciones y eso faltaría porque los estereotipos se toman una especie de fuerza y énfasis en el transcurso de nuestro crecimiento de nuestro desarrollo profesional. El comportamiento de los estereotipos ha tenido un especial estudio dentro de la rama de la psicología que son ciencias de comportamiento y lo ha ubicado en un cuadro de la teoría de la acción racional y como puede predecir un comportamiento mediado por la actitud de la persona en las formas sociales que se relacionan y que estas similitudes hacia la violencia y estereotipos de género pueden ser abordados de una manera delictiva.

Esa teoría que es la acción razonada, se ha usado en razón propiamente para poder entender qué tan predecible o consecuente es un comportamiento de una creencia, anula la capacidad del agresor de poder comprender y ser responsable de que está agrediendo o cometiendo una acción negativa.

Los estereotipos de género influyen en los actos de violencia a las mujeres por su condición de tal a diario vemos este paradigma que está demasiado

arraigado en la sociedad hacia la mujer , pese a los esfuerzos que se pueden estar realizando en diversos países, movimientos de lucha en la violencia y los convenios internacionales, esta cifra en lugar de ir bajando se incrementa y no se ve un real cambio una ,reforma que signifique un avance.

Se sabe que el tema de la legislación está marcado por el encuadramiento en el proceso penal en cuanto lo que es el proceso y poder , también demostrar mediante todo el aparato estatal , en consideración las limitaciones que tenemos dentro de los aparatos de justicia; la logística determinante por un lado para hacer pericias necesarias o el tema logístico que limita e imposibilita y volver en el tema preventivo

Se viene formando la autorizando o implementación de talleres y actividades de sensibilización o preventivas para prevenir casos de hostigamiento sexual en comunidades universitarias lo que genera un cambio real a lo que ya existe; se ve un aumento exponencial en lugar de tener en cuenta una reducción como se menciona en los informes que emiten diferentes entidades respecto a cuál es la afectación que tiene este problema global en el país; cada vez vemos mayor índice de feminicidios de violencia.

Se necesitan programas preventivos reales y detallados para generar un cambio significativo y van a generarse incluso dentro de un hogar para que la mujer pueda tomar un papel determinante y de empoderamiento con cambio revolucionario, si se obtiene una estabilidad económica es posible siempre que podamos detener la violencia laboral; hay casos de hostigamiento laboral en los centros de trabajo, la base de este problema es la formación , hay varias fases de desarrollo fases que son el hogar y otra es un paso por temas universitarios o centros estudiantiles como tema preventivo .

¿En el caso que el poder legislativo contemple la modificación de la ley en donde en el delito de feminicidio sea el sujeto activo una mujer, sería lo idóneo?

La normatividad relacionada a la construcción o erradicación de violencia de género se fomenta en la medida de dar a conocer problemas de naturaleza estructural arraigados en la sociedad, siendo así y con la finalidad de lograr ese objetivo de erradicación, la construcción de tipificación forma parte de una política pública que está directamente enfocada en esos objetivos, siendo así es se debe saber que en determinadas situaciones la violencia corresponde a una situación ligada a un factor ; con la finalidad de la erradicación de patrones culturales se deberían ver posibilidades en las que directamente podamos mantener la estructura, fomentarla y fortalecerla para lograr esa erradicación de patrones

## **4.Respuestas a preguntas del público**

### **4.1. ¿En el caso que el poder legislativo contemple la modificación de la ley en donde en el delito de feminicidio sea el sujeto activo una mujer, sería lo idóneo?**

La normatividad relacionada a la construcción o erradicación de violencia de género se fomenta en la medida de dar a conocer problemas de naturaleza estructural arraigados en la sociedad, siendo así y con la finalidad de lograr ese objetivo de erradicación, la construcción de tipificación forma parte de una política pública que está directamente enfocada en esos objetivos, siendo así es se debe saber que en determinadas situaciones la violencia corresponde a una situación ligada a un factor ; con la finalidad de la erradicación de patrones culturales se deberían ver posibilidades en las que directamente podamos mantener la estructura, fomentarla y fortalecerla para lograr esa erradicación de patrones.

### **4.2 ¿En los casos de feminicidio que no fueron resueltos siguiendo el debido procedimiento ¿Cuál es la forma de apelar la decisión del juez o qué institución se tiene que recurrir para una resolución de manera correcta?**

El procedimiento que se lleva dentro del proceso es a nivel del ministerio público este tiene sus etapas; respecto al dictamen que da el juez hay una sala de apelación para que pueda proceder por esa vía para hacer efectivo su derecho. El tema de feminidad si no está conforme con el proceso se debe ir a sala de apelaciones de segunda instancia, sino va a una casación.

### **4.3. ¿Cuáles serían las acciones que podemos tomar como civiles para reconstruir las bases de la discriminación de género en la sociedad peruana donde predominan los estereotipos de género?**

Es un problema multifactorial que el caso de feminicidio de violencia contra mujeres llegue en última instancia a la justicia ; en primer lugar hace conciencia individual, mejorar los niveles de empatía interiorizando que no se trata de un tema doméstico o un tema aislado; esta indiferencia que los operadores vemos permanentemente que cuando citamos a algún testigo que no viene si se trata de víctimas de menores de edad por lo que por lo general estas confían en otro entorno social próximo a su edad y obviamente para conseguir el testimonio requerimos que estén acompañados de sus padres o de una persona adulta responsable, estos niegan que sus hijos puedan aportar.

La educación en igualdad es fundamental tanto en el entorno familiar como social pero también el compromiso del Estado a que se siga avanzando, ya que no es algo permanente esto de la política pública con enfoque de género.

## **IV. DERECHO AMBIENTAL**





## *a) Ponencias*



# El rol del derecho ambiental en la protección de los ecosistemas frente a la contaminación y la sobreexplotación en el Perú\*

Roy Fernando Cárdenas Velarde\*\*

*Especialista en Derecho Ambiental y Gestión Pública*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Definición del Derecho Ambiental / 3. Contaminación y sobreexplotación / 4. Teoría de Thomas Malthus / 5. Formas de sobreexplotación / 5.1. Industria alimentaria / 5.2. Pesca / 5.3. Minería / 6. Políticas / 7. Conclusiones / 8. Respuestas a las preguntas del público

## 1. Introducción

En cada ocasión que se hace referencia al derecho ambiental no se hace desde un enfoque limitativo a épocas o generaciones actuales; sino que debe comprenderse como un acto de desprendimiento basado en el amor por las generaciones futuras, para quienes entienden que deberían recibir un planeta igual o mejor del que uno pudo recibir en su momento.

A pesar de la gran carga académica que trae consigo el estudio de la materia ambiental. La idea de la presente es hacer esencialmente un fuerte llamado o invitación a la reflexión; los eventos académicos deben ser espacios

---

\* Ponencia magistral virtual llevada a cabo en el Pre-Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de estudiantes de Derecho organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de Junio al 02 de Julio.

\*\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, egresado de la Maestría en Derecho Constitucional en la misma casa de estudios. Ha realizado estudios en derecho ambiental en la American University Washington College of Law y en derechos humanos en la Europäische Akademie Otzenhausen. Ha publicado artículos jurídicos en diferentes revistas académicas y ha participado como ponente en cursos de especialización, diplomados, entre otros. Se ha desarrollado profesionalmente en distintas entidades del Estado, entre los cuales se encuentran el Fondo Nacional del Ambiente (FONAM), la Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), siempre vinculadas al sector ambiente. Actualmente, se desempeña como especialista legal en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y como profesor en la Universidad de San Martín de Porres (USMP) y en la Universidad Científica del Sur (UCS). Asimismo, es miembro de la Comisión de Estudio de Derecho Ambiental, Patrimonio Cultural, Comunidades Campesinas y Nativas, y Ecología del Colegio de Abogados de Lima.

de disertación, donde se expongan comentarios o apreciaciones; es decir, un espacio adecuado para sembrar conocimientos y, prioritariamente, sembrar dudas; pues es por esta última (duda), que, se fomenta la herramienta del conocimiento; la duda es aquello que nos permite seguir adquiriendo más conocimientos y, en consecuencia, nos permite crecer académicamente. Se considera que espacios como estos, son oportunos para poner sobre la mesa de análisis y exposición, algunos temas en relación con el papel del Derecho Ambiental en la protección de los ecosistemas, frente a la contaminación y sobreexplotación ambiental en el Perú.

## **2. Definición del Derecho Ambiental**

El primer punto del tema versa sobre el papel del Derecho Ambiental; no es pues una cuestión de quedarse solamente con el término derecho o con la ciencia del derecho; por ende, es preciso recordar que en las aulas de pregrado, en los primeros semestres de la formación de la carrera se enseña la Teoría General del Derecho, se enseña aspectos filosóficos del derecho, se diserta sobre la ciencia del ser al deber ser, qué es lo que hay y lo que debería haber; por lo que es la ciencia que regula la conducta humana con un fin superior.

Por consiguiente, el derecho es justamente la ciencia que busca regular la conducta humana y ahora sí, agregándole el término ambiental y quitando el término derecho, aunque cabe preguntarse ¿para qué es esta dinámica?, porque ya entendimos que el derecho es la ciencia que busca regular la conducta humana. Ahora, para efectos estrictos de comprensión terminológica, debemos quitar del Derecho Ambiental el aspecto jurídico, quedarse solo con el término ambiental y partir por la premisa ¿Qué es ambiente?

Frente a la pregunta final del párrafo anterior, se debe analizar la extendida discusión académica sobre la materia, pues, si se tuviese la oportunidad hoy por hoy de tener al lado a alguien de otra época y se le pregunta ¿Qué entiende por ambiente? Probablemente se dirá, que se entiende por todo lo que rodea al hombre y aquello que es creado por la naturaleza. Frente a tal respuesta, quizá, uno hubiese comenzado con la discusión académica, pero puntualmente porque son dos puntos de vista distintos, porque son dos momentos distintos.

Por lo tanto, cuando se trata de analizar una institución jurídica o algún campo de protección por el derecho se debe partir de la premisa qué se entiende de esto, por qué lo que se entienda es lo que protegeremos. Como señaló el Dr. Rodríguez “Nosotros somos hijos de nuestra generación”, esto es vamos a proteger lo que entendamos que está bien o los alcances de lo que pretendemos proteger; en otros términos, para alguien de otra épo-

ca, el ambiente era todo aquello que lo rodeaba, pero creado por la naturaleza, un concepto vigente quizás en algún punto del tiempo pero que hoy por hoy cambió. En nuestros días, el ambiente no comprende solamente lo creado por la naturaleza sino también, lo creado por el hombre, además, se debe analizar la relación del hombre con la naturaleza.

El tema ambiental en algún momento del tiempo era únicamente la naturaleza en otro momento, la naturaleza y los elementos creados por el hombre; como el santuario histórico de Machu Picchu, patrimonio de la humanidad creado por el hombre y que está protegido por la legislación y tiene una connotación ambiental; porque el santuario histórico referido es un área natural protegida y el área natural forma parte del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) y este forma parte del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, claramente la protección de elementos artificiales creados por el hombre también tiene una connotación ambiental y notamos cómo va evolucionando entonces.

A continuación, sobre la misma reflexión, se debe recalcar que el Derecho Ambiental es una institución cambiante, una institución que evoluciona y que si no se va a ese ritmo, nos vamos a quedar en la historia, mientras que ahora en otros países hacen referencia a BTS en Perú se está hablando de los Doltons; mientras que en el Perú se siga debatiendo como parte del Derecho Ambiental: si los recursos le pertenecen a la nación o no, de que si las comunidades indígenas tienen derecho a los recursos que están en el suelo y el subsuelo, se sigue en esa discusión. Mientras que, en otros países ya están hablando del derecho a la naturaleza como un sujeto de derecho.

### **3. Contaminación y sobreexplotación**

Entender que la contaminación y la sobreexplotación son consecuencias de la intervención del hombre, llama a la preocupación porque no son problemas ambientales. Como lo indicó la doctora Nicole Bernex en la VI Jornada de Reflexión Ética, desarrollada en el 2008, se le coloca la etiqueta de problemas ambientales porque nos distancia del problema; se coloca la etiqueta de ambiental cuando es un problema social, que tanto la contaminación como la sobreexplotación son hechos o situaciones que están ocurriendo el día de hoy por consecuencia de la actividad propia del hombre.

Como ejemplo se tiene el artículo de Moisés Naím, incluido en su libro titulado “Repensar el mundo: 111 sorpresas del siglo XXI”, que compila algunos otros más, que salta a la vista, es la naturaleza del hombre contra la naturaleza, porque refiere, en palabras, cómo el hombre es parte del problema, pero a la vez es el protagonista o el actor principal para la solución.

Cuando se habla de la protección de los ecosistemas frente a la contaminación y la sobreexplotación en el Perú, en palabras correctas, frente a la contaminación por el hombre y a la sobreexplotación también por el hombre. En los próximos dos meses, buscar cada cierto tiempo algo que se denomina el Día de la Sobrecapacidad, es un día que causa mucha preocupación porque no tiene una fecha certera de celebración. Llega esta fecha el día en que el hombre ha aprovechado todos los recursos que le proporciona el planeta para un año. Debe entenderse al planeta como una refrigeradora que tiene un montón de alimentos y que se va gastando, por lo que se tiene que racionalizar; para que lo que esté dentro de ese refrigerador alcance un año; sin embargo, viene alguien en la noche y comienza a comer todas las noches, y lo que debe durar para un año, se llega al mes de julio y ya se acabó todo.

Con el ejemplo anterior se hace alusión directa a la sobrecapacidad; es así que, el planeta tiene una capacidad para proveernos de recursos y satisfacer nuestras necesidades, pero el día de la sobrecapacidad llega cuando el hombre ha consumido, por no decir explotado, todo lo que el planeta le pueda brindar en un año, lo que preocupa es que esta fecha normalmente llega en los meses de Agosto y Julio, después de esa fecha vivimos un crédito ambiental porque estamos asumiendo una deuda con el planeta; es decir, como una deuda eterna, así como la deuda externa del Perú que difícilmente terminaremos de pagar. Esta fecha llega en agosto, lo cual quiere decir que de agosto a diciembre estamos sobreexplotando los recursos que nos brinda el planeta, ya que un consumo racional debería permitir que los recursos alcancen para un año.

#### **4. Teoría de Thomas Malthus**

En términos económicos, la teoría Malthusiana, creada por el economista Thomas Malthus, señalaba que el crecimiento demográfico era un crecimiento geométrico y que la producción de alimentos era un crecimiento aritmético y que llegaría el día en que la humanidad se extinguiría debido a que no se produciría la cantidad de alimentos necesarios; por lo tanto, habría un momento en el cual existiría una sobrepoblación y una hambruna, que al no existir los alimentos, la humanidad llegaría a su extinción.

Para Thomas Malthus existían algunos controladores naturales de la sobrepoblación; por ejemplo, las pandemias, las guerras; estos eventos dramáticos lo que hacían era en cierta manera darle un oxígeno al planeta, pero la teoría de Thomas Malthus pecó y quedó en el tiempo, producto de un factor que no había podido prever, que es la Revolución Industrial. Después de la Revolución Industrial los alimentos comenzaron a ser producidos de manera exponencial, decía que el crecimiento de la población

era geométrico 2 4; 8; 16; 32; 64 y la producción de alimentos 2; 4; 6; 8; 10, lo cual cambió, porque la Revolución Industrial trajo consigo que la mano de obra o la producción de alimentos creciera exponencialmente.

Es así que, lo que fue una bendición para la humanidad, ahora, es nuestra maldición, porque en algún momento la Revolución Industrial lo que permitía era poder llevar más alimentos a la población, pero hoy por hoy ya se está sobreexplotando cada vez más rápido el planeta.

## **5. Formas de sobreexplotación**

### **5.1. Industria alimentaria**

Se presenta en la industria de alimentos, específicamente, en la nueva moda, p. ej. de los restaurantes orientales, en donde ya no es que uno va y pide un plato preparado y los recursos que se destinan para este plato, ahora es una especie de buffet en el cual uno se sienta alrededor de una especie de faja, como en el aeropuerto cuando las maletas van dando vueltas, algo similar donde ya hay alimentos elaborados y uno solamente lo toma. Entonces, elaboran platos sin siquiera tener en consideración el número de mesa o la necesidad de los comensales. En la industria de los alimentos se desperdicia al día en estos establecimientos de comida. Solamente en la industria de alimentos, si bien la producción de alimentos o la explotación de recursos es algo necesario para la subsistencia del hombre para poder subsistir, se requiere aprovechar los recursos.

El problema subsecuente se da cuando existe una sobreexplotación o una explotación indiscriminada de los recursos; en los últimos meses, un sector de la industria ha venido cobrando mayor protagonismo en las redes sociales y en los medios de comunicación, este es el sector pesca; en materia de pesca se empezó hace unos años un proceso de formalización de la pesca artesanal. Es así que, se ve como hace una semana se declaró la preservación cultural de determinadas formas de pesca manual, por ejemplo, la que se utiliza en el norte con los caballitos de totora.

### **5.2. Pesca**

En el sector pesca se está teniendo un reconocimiento importante; también seamos conscientes que la explotación del recurso hidrológico es una constante de año a año. Como dentro de las aguas internacionales se encuentran las embarcaciones extranjeras, en algunos casos, las embarcaciones chinas empiezan sus actividades en la época de explotación. Cuando entran a nuestro territorio, utilizan técnicas no adecuadas legalmente, por así decirlo; como es el tema de la pesca por arrastre; estos se encargan de botar



una red en la cual capturan todas las especies de manera indiscriminada, no se limita a extraer un recurso en particular, llámese la pota, por ejemplo. No es que extraen solamente recurso de pota, sino todo en su camino incluyendo juveniles que no debieran ser explotados, porque todavía no cumplen el ciclo para poder asegurar la conservación de recursos.

### **5.3. Minería**

Otro caso, por ejemplo, es la minería ilegal, y no es solamente Madre de Dios, porque cuando se habla de minería ilegal, la primera región que lamentablemente viene a nuestras mentes es la de Madre de Dios, la cual es considerada la capital de la biodiversidad, y es lamentable que sea justamente esta la región más afectada por la minería ilegal. En regiones como la de Amazonas tenemos el caso de extranjeros, ciudadanos ecuatorianos, que ingresan al territorio peruano para extraer recursos minerales como el oro, afectando lo que se conoce como la Cordillera del Cóndor. Se ve también una sobreexplotación, ya no solamente en el plano nacional, sino internacional, incluso estas actividades fueron realizadas en la época de pandemia, cuando supuestamente había una disposición de aislamiento social voluntario, estas actividades ilegales continuaron realizándose.

El tema de minería es algo que se viene discutiendo en estas últimas semanas, es respecto a algunas iniciativas legislativas que plantean que los instrumentos utilizados en las actividades de minería ilegal puedan ser ya no decomisados, sino que puedan ser puestos a disposición de gobiernos regionales y locales, como el desarrollo de actividades de la limpieza de carretera o cuando existen deslizamiento. Es una iniciativa muy discutible, debido a que según la normativa las maquinarias utilizadas en la minería ilegal debieran ser destruidas. Pero, lo que se plantea o se busca es que sean asignadas a los gobiernos regionales y locales.

Una situación muy discutible en parte de la academia, donde señalan que esto no debería ser así, y existe otro sector de la academia donde señalan que es lo más correcto ante la falta de recursos de los gobiernos subnacionales para adquirir este tipo de equipos.

En el derecho todo es discutible, todo es sustentable, no existe algo blanco ni negro, siempre existe la posibilidad de poder argumentar una posición y los que sustentan que están en contra de este tipo de asignaciones indican que estas maquinarias están ubicadas en zonas muy desoladas, entonces, la pregunta es ¿quién va asumir el traslado de maquinarias que están en Madre de Dios desde el sector La Pampa hasta el casco urbano de Madre de Dios, Puerto Maldonado?, ello para que pueda ser utilizado por el gobierno regional. Esos son algunos debates que se están dando recientemente.

## 6. Políticas

Cuando se habla de gobiernos subnacionales y del Poder Ejecutivo que en las últimas semanas se ha venido discutiendo mucho, el tema de las viviendas de interés social está relacionado a temas de la contaminación, porque las viviendas de interés social en términos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento lo que buscaba era que los espacios disponibles dentro de la ciudad puedan ser utilizados para la creación de viviendas multifamiliares, viviendas en menores dimensiones, y por ende, un menor costo para que pueda ser adquirido por personas jóvenes, que se encuentran en sus primeros años de ejercer la carrera.

El problema con esto es que algunos distritos se mostraron renuentes para poder acatar este tipo de medidas, toda vez que, de cierta manera, generaba complicaciones para los servicios que brindaba, tales como recojo de basura, el tratamiento de aguas residuales, servicio de seguridad, tránsito, ello debido al aumento del número de los automóviles que circulan.

Algunos de estos distritos dijeron “Oye, sabes qué Ministerio de vivienda, genial por promover la vivienda de interés social, pero el tema competencial respecto al ordenamiento en las jurisdicciones distritales les pertenece a las municipalidades”. Es así que, surgió un debate que ya fue dilucidado recientemente por una sentencia del Tribunal Constitucional a través de una sentencia, la cual menciona que corresponde a las municipalidades, la gestión y disposición de los territorios dentro de su jurisdicción.

Pero también hace unos años en el caso Conga, el Tribunal Constitucional estableció que, en el tema de minería, la competencia era del sector y no de los gobiernos regionales. En este caso, en el cual el gobierno regional de Cajamarca a través de una ordenanza, si bien no podía prohibir las actividades mineras dentro de su región, lo que estableció fue establecer como zonas intangibles las cabeceras de Cuenca. En este caso, el Tribunal Constitucional le indicó que esto no le compete a los gobiernos regionales, esto le compete al sector. Incluso en esa sentencia el Tribunal Constitucional desarrolló el principio de la lealtad regional y nacional. El Colegiado no siempre va a resolver a favor de los gobiernos regionales o locales, en este caso de las viviendas de interés social. Les ha reconocido competencias a las municipalidades, pero en casos similares, anteriormente como el caso Conga, reconoció la competencia al sector y al Ministerio de Energía y Minas.

A manera de conclusión, para la obligación de proteger el ambiente del Estado y de la población en general, se debe tener en cuenta la premisa de que el deber de protección es del Estado y de la ciudadanía en general.

## 7. Conclusiones

Si contamos con un derecho ambiental que nos regula hasta como debemos disponer nuestros residuos, y el autor menciona que cuando estaba en la academia, un profesor de filosofía indicó que el “hombre es un animal racional”, es un animal racional porque conoce lo que está haciendo y las consecuencias de sus actos, pero lamentablemente viene demostrando que cada vez es más irracional, y eso se vincula al tema del Derecho Ambiental.

Porque es verdad, el Derecho Ambiental busca regular la conducta del hombre, pero si existe una rama del derecho que le refiere al hombre que debe cuidar su planeta y no debe arrojar residuos, entonces no es que sea racional, y es más, se debería reconocer lo tremendamente irracional que es.

También comentar que cuando se habla de la protección de la contaminación y la sobreexplotación de los recursos en el planeta, no se está garantizando la subsistencia del planeta. Entender eso, el cambio climático no le afecta al planeta, a lo que se va es que no se pone en riesgo al planeta, porque el planeta estaba antes de que el hombre venga y va después del paso del hombre. Es solamente una especie dentro del planeta, esta carrera que se viene armando para colonizar otros planetas se da, porque se entiende que el hombre ya no encaja en el planeta, se debe ser consciente que no se está buscando proteger al planeta, sino garantizar la supervivencia del hombre.

## 8. Respuestas a las preguntas del público

**8.1. ¿Qué iniciativas se han desarrollado para promover la responsabilidad empresarial y la adopción de prácticas sostenibles en el sector industrial peruano? ¿Cuál ha sido su efectividad en la protección de los ecosistemas?**

Pese a que en otros países está cambiando el enfoque, como en Francia que se habla de los capitales verdes, la empresa de por sí tiene una finalidad que es la de lucrar, la protección ambiental surge como un deber cumplir. Pero para poder cumplir se requiere normas claras, es como cuando un profesor les refiere a sus alumnos que vengan con su ropa de deporte, y algunos vienen vestidos para jugar fútbol, otros vestidos para jugar voley, otros para jugar básquet y se crea un desorden y al final se termina jugando policías y ladrones, porque no hay normas claras.

Lo mismo sucede en el marco regulatorio para que la empresa proteja el ambiente; es decir, no es que la empresa va a proteger el ambiente, sino

que va a cumplir sus obligaciones ambientales de acuerdo a lo que está regulado, y como resultado se tendrá una mejora en la calidad de vida de las personas; sin embargo, no está en el plano de la empresa, sino en el plano del Estado.

Se tiene un Estado que está atrás de la empresa para que la empresa cumpla sus obligaciones y de esta manera se mejore la calidad de vida de las personas.

La responsabilidad social surge por una necesidad de la empresa de poder llevar a cabo sus operaciones, porque básicamente la responsabilidad social empresarial es la vinculación o la relación que existe entre la empresa y la comunidad, básicamente estar en buenos términos para poder desarrollar el proyecto y no tener una comunidad levantando contra tus actividades. De parte de la empresa la responsabilidad social empresarial no debe ver a la contraparte, a la comunidad, un enemigo al cual se tiene que ganar, sino que tiene que verlo como un aliado estratégico que le va a permitir el desarrollo de las actividades.

## **8.2. ¿Cómo se promueve la participación de las comunidades indígenas y locales en la toma de decisiones y la implementación de medidas legales para proteger los ecosistemas peruanos?**

Indicar que en la participación se va a realizar normas que garanticen el derecho a la participación, cuando se habla de comunidades indígenas y nativas es consulta previa, entonces ya no se habla de tanto del cómo se involucra en la participación, sino qué se debe garantizar el respeto de su derecho a la consulta. Es así que, se ha podido advertir en el marco de la consulta previa, que se ha venido evolucionando en tema de Derechos Humanos, derechos económicos sociales y culturales, por lo que se refiere que existe un principio de progresión y no regresión, esto quiero decir que cada vez se va teniendo estándares más altos de protección de los derechos, y que no puede retroceder. Antes existían normas sectoriales, existían sectores que habían aprobado normas sobre consulta previa, pero que eran muy desordenadas. Cada norma sectorial respondía a parámetros distintos y se aprobó la ley de consulta previa que uniformizó todo el proceso de consulta.

Como lo decía el doctor Bartolomé Clavero, cuando uno habla de consulta previa, su principal espada es la consulta previa, ya que se les deja desarmados si es que la consulta previa no tiene un derecho de veto. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en una sentencia emitida hace unos días en materia de concesiones mineras y consultas previas, señaló y reafirmó que las comunidades indígenas no tienen un derecho de veto.

**8.3. Este derecho ambiental es relativamente nuevo, un día un profesor mencionó que el río Whanganui en Nueva Zelanda fue declarado como sujeto de derecho ¿Qué opinión puede merecer esto?**

No se tiene que ir hasta Nueva Zelanda, para que en el corto plazo o en el mediano plazo se llegue a regular un derecho de la naturaleza en el Perú. Se puede decir que los visionarios, en su momento del derecho en la naturaleza, lo establecieron dos municipios de Puno, donde a través de una ordenanza declaran a dos ríos como sujetos de derecho.

Un documental donde se habla de los derechos de la naturaleza en el que se recoge un caso de Nueva Zelanda. Nueva Zelanda era colonia de la corona de Gran Bretaña, y existía un problema respecto al reconocimiento de los ríos, porque para Nueva Zelanda, el río es naturaleza y yo soy el río.

Cuando se resuelve el conflicto entre Nueva Zelanda y la corona de Gran Bretaña se firma un tratado, en el cual se le da la categoría de sujeto de derecho a un río.

Para muestra de cómo se ha venido presentando esto en el caso peruano, si en algún momento de la Constitución se habla de un derecho a la naturaleza o se regule el derecho a la naturaleza, se puede decir que en el caso peruano dos municipios en la región de Puno, la de la provincia de Melgar y la del distrito de Orurillo, a través de una ordenanza dos ríos cuentan con la categoría de sujeto de derecho.

## **V. DERECHO PRIVADO**



## *a) Ponencias*





# Guarda y custodia exclusiva. Requisitos para obtenerla. Opiniones de los tribunales españoles\*

Rebeca Herrero Villavieja\*\*

*Universidad Abat Oliba CEU de Barcelona*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Patria potestad / 2.1. Privatización de la patria potestad / 2.2. Extinción de la patria potestad / 3. Guarda y custodia / 3.1. Guarda y custodia exclusiva / 3.1.1. Requisitos / 3.2. Guarda y custodia exclusiva / 3.3. Pensión de alimentos / 4. Regulación de la guarda y custodia / 4.1. Mutuo acuerdo / 4.2. Procedimiento contencioso / 5. Criterios de los jueces en España - Barcelona / 6. Respuestas a las preguntas del público.

## 1. Introducción

En el presente artículo se abordarán los temas de la guarda y custodia compartida y exclusiva, también se señalarán las opiniones de los tribunales de España y Barcelona respecto al mencionado tema.

Antes de comenzar con el contenido de guarda y custodia en España, primero se debe tener en cuenta lo que es la patria potestad, el cuál guarda relación con la guarda y custodia, sin embargo, se deben entender como términos y conceptos diferentes.

## 2. Patria potestad

La gran mayoría de personas confunde erróneamente el término de patria potestad y el de guarda y custodia, que como ya se mencionó, a pesar de guardar relación no significan lo mismo.

La confusión viene de los padres que se dirigen a un estudio de abogados pidiendo la patria potestad de su menor hijo e indicando que no desean que

---

\* Ponencia virtual llevada a cabo en el Precongreso internacional multidisciplinario de derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 al 02 de julio del 2023.

\*\* Abogada por la Universidad Abat Oliba CEU de Barcelona. Especialista en Derecho de Familia y Laboral, también es mediadora y formadora.

el otro padre o madre vea o vea con poca frecuencia, casi nula, a su menor hijo.

En primer lugar, es esencial entender que la patria potestad y la guarda y custodia no son lo mismo. La patria potestad está regulada en el artículo 154 del código civil español<sup>1</sup>, indica que la patria potestad se debe ejercer siempre en interés de los hijos y comprende los siguientes deberes y facultades; velar por ellos tenerlos en su compañía alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, además de, representarlos y administrar sus bienes.

Es importante tener presente que la patria potestad es siempre compartida entre ambos progenitores, es decir la madre y el padre, no hace falta que los padres se encuentren casados para tener la patria potestad, la cual es el conjunto de los deberes y derechos que tienen los padres con el menor desde que nace y viene al mundo, excepto que la patria potestad sea privada por cierto motivo grave y además esa patria potestad debe ser privada por sentencia judicial, no pueden simplemente abandonar la patria potestad mediante un documento firmado o un convenio regulador, no funciona de esa manera, si la patria potestad es privada es porque ha sido establecida en sentencia judicial que lo dictamina un juez.

## **2.1. Privatización de la patria potestad**

Ante la mención del tema surge la duda de ¿por qué se puede privar?, es por ello por lo que se indicarán los motivos por los cuales se podría privar.

Cuando el padre o la madre sufran de algún trastorno mental, debe ser un trastorno grave que le dificulte responsabilizarse de su menor hijo, no se considera como trastorno la depresión, se consideran solo los trastornos severos, graves; también cuando el padre o la madre sufra problemas de alcoholismo o drogadicción.

Asimismo cuando el menor sufra de maltrato por parte de uno de sus progenitores, debido a que el maltrato supone un riesgo para el menor, evidentemente se le va a privar a ese padre o a esa madre de tener la patria potestad de su hijo; o bien, si existe condena penal contra uno de los padres, se le podría privar de la patria potestad de su hijo a quien tenga la condena.

Para culminar con esta cuestión se debe comprender que la privación de la patria potestad debe otorgar cuando exista un incumplimiento, un motivo

---

<sup>1</sup> Artículo 154 del código civil español: Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental...

grave, reiterado y permanente de los deberes que tienen los padres hacia los hijos.

## **2.2. Extinción de la patria potestad**

Se considera la extinción de la patria potestad cuando los derechos y obligaciones que los padres tienen con los menores dejan de existir.

Una de las causas de la extinción es el fallecimiento del menor o cuando fallece uno de los progenitores; o bien cuando los hijos se emancipen; o también se podría dar el caso de que el niño sea dado en adopción y entonces en esos casos la patria potestad de los padres quedaría extinguida.

## **3. Guarda y custodia**

En España el código civil español regula todo el tema de la guarda y custodia y patria potestad y por otro lado Cataluña tiene su propia legislación, el código civil catalán es el que regula las relaciones paterno filiales, es decir entre los padres con los menores.

La guarda de custodia es la responsabilidad que tienen los padres con los menores en su crianza, en su bienestar, en su educación, centrándose en esta educación, esta crianza, en la convivencia con sus hijos.

Se puede dividir entre guarda y custodia exclusiva y guarda y custodia compartida.

### **3.1. Guarda y custodia exclusiva**

Exclusiva es cuando la crianza, el bienestar, la educación y la convivencia es atribuida a uno solo de los progenitores, es decir al padre o a la madre, entonces el padre o la madre que tenga esa guarda y custodia exclusiva se le denomina progenitor custodio y el progenitor que no tenga la guarda y custodia exclusiva se le denomina progenitor no custodio.

#### **3.1.1. Requisitos**

En España lo que se observa quién de los progenitores le ha dado mayor dedicación al niño, ha estado alimentándolo, ha estado velando por sus cuidados, llevándolo al colegio, recogiendo, haciendo conjuntamente los deberes de la escuela, por ejemplo, si la madre es la que se encuentra más involucrada en dichas obligaciones y deberes, ello no quiere decir que el padre no las tenga, como se mencionó anteriormente, el padre si tiene estos derechos y deberes, sin embargo, en el caso de custodia exclusiva la adquiere solo el progenitor que cumple con todo lo estipulado.

### **a. Situaciones donde es más factible la custodia exclusiva**

Para englobar la idea es oportuno un ejemplo; una pareja realiza una separación, el niño o la niña se va junto a su madre a un piso X y el padre se va a otro piso o a otro domicilio Z; y la madre es la que se encuentra con el menor al cual atiende, cuida, lleva a la escuela y realiza los deberes junto a él, en este caso la madre cumple con todas esas obligaciones, aquí se es de la idea que tiene mayores puntos de que esa guarda custodia exclusiva se la concedan a ella por el hecho de criar y ser responsable de su menor hijo sola, esa decisión de exclusividad se reafirma si por ejemplo; el padre no ha mostrado interés en ver al niño, ni siquiera en llamarlo. Esto último depende también de la edad que tenga el menor, o tampoco contribuye con los gastos del menor, es decir, si llevan separado 2 o 3 años y el padre en ese lapso de tiempo no ha realizado mucho por su hijo, evidentemente esa guarda y custodia va a ser exclusiva y más fácil de obtener para la madre que para el padre.

No obstante, la decisión de exclusividad no es un firmamento eterno, porque, si en el momento que se regule un régimen de visitas donde el padre comience a pasar más tiempo con su hijo y tenga un mayor contacto y efectué sus derechos y deberes para con su hijo, es aquí que la guarda y custodia puede pasar a ser compartida, ergo, se toma en cuenta que se realice un régimen transitorio donde poco a poco el niño se pueda ir amoldando a esa nueva situación y a que pueda estar con su madre y además también pueda estar con su padre viéndolo poco a poco haciendo pernoctas, es decir, todo lo indicado, este acontecimiento se puede dar en los casos de la vida real; por ello no pueden afirmar que si se le otorga la guarda y custodia exclusiva a la madre es por tiempo indefinido y por siempre, esto no es cierto, debido a que el padre también puede analizar el régimen de adaptabilidad por parte del niño hacia su persona, teniendo el roce y el cariño, en este suceso el padre ya no solo posee la pensión de alimentos, sino que también cumple como padre, dicho cumplimiento es el trato de la relación, de la figura de apego que debe conseguir el menor con el padre. Si el cumplimiento sigue mejorando, gracias a ello el padre en un lapso de tiempo puede obtener una custodia compartida.

Otro ejemplo común es el siguiente: aunque la pareja no se encuentre separada, si por el contrario están casados o conviven como pareja y surja que las dos partes deseen ponerle fin a su matrimonio o su convivencia de pareja y quieran regular esas relaciones paterno filiales, en esta situación ambos están de acuerdo y ello les facilita el proceso de la guarda y custodia exclusiva, por ejemplo; el padre señala que por su horario o trabajo no puede estar con el menor, en estos casos la custodia se le concede a la madre,

por el hecho de que los temas laborales, de trabajo, los horarios impiden que se pueda llevar a cabo una custodia compartida.

Es importante a la hora de determinar la custodia exclusiva es determinante que se observe una serie de puntos, en primer lugar, la distancia, por ejemplo; si el padre luego de la separación se va a otra localidad u otra provincia que se encuentra separada por muchos kilómetros de la casa donde reside su hijo, en estos sucesos ciertamente es difícil que se lleve una custodia compartida, básicamente porque el niño no puede estar empadronado, mejor dicho inscrito en dos casas, en dos colegios, es por ello que no se puede optar por una custodia compartida.

Otro caso que avale la custodia exclusiva es si el padre tuviera ciertos horarios complicados, por ejemplo; un horario que comience muy temprano en la mañana y culmine en la noche, entonces no podría dedicarse todo el tiempo a su hijo, además el niño se quedaría todas esas horas solo; por temas de horario de trabajo del padre la custodia compartida no se puede dar

El que uno de los padres no tenga un domicilio fijo es uno de los motivos por los que la custodia compartida no sea viable, por ejemplo; si por temas económicos en lugar de irse a un departamento opta por ir a una pequeña habitación o si por otro lado opte por un departamento donde haya mucha gente, esto dificulta la custodia compartida.

Es fundamental que se recuerde que en una guarda y custodia exclusiva siempre se puede solicitar que el progenitor no custodio tenga un régimen de visitas, dicho régimen debe ser de forma progresiva con el fin de que el menor se pueda adaptar a esa nueva situación y después de un tiempo incluso podría pactarse en el convenio o incluso alegar en el juicio que el padre dentro del lapso de unos años puede llegar a adquirir la custodia compartida, tanto padre junto a madre.

Respecto a la edad del menor es primordial que se deje en claro que si el niño tiene meses de nacido, este plazo va desde 0 a 3 años. Se dificulta que se lleve a cabo una custodia compartida debido a que si el niño tiene meses es necesario que se quede con su madre ya que requiere ser amamantado por la madre; los jueces todavía mantienen que el periodo de 0 a 3 años el menor debe estar con la madre y después de esa edad ya puede entrar a tallar el caso de la custodia compartida.

Por otro lado, también es importante destacar que, si el niño tiene, por ejemplo; 12 años ya puede ser escuchado y decidir si quiere estar con su padre o su madre o quiere estar con los dos, sin embargo, en la práctica hay algunos jueces (no todos) que, aunque el niño tenga 9, 10 u 11 años

también deciden escucharlos y entender cuál es la decisión del menor, básicamente entender qué relación tiene ese menor con sus padres.

## **b. El padre no custodio**

Es el padre que se sobrentiende no tiene la custodia del menor, ergo, si sigue teniendo la patria potestad, es necesario que se recuerde que la patria potestad abarca el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres con los menores, entonces, el progenitor no custodio va a seguir con los mismos derechos y obligaciones y además tendrá un régimen de visitas para poder pasar tiempo con su hijo que es pactado con el progenitor custodio, puede ser pactado en forma de un acuerdo y si por otra parte no se tiene ningún acuerdo y se entra en un conflicto viene a tallar el régimen subsidiario que se establece en España.

### **A. Deberes y obligaciones del progenitor no custodio**

El progenitor que no tiene la custodia tiene el deber a ser informado, por ejemplo; si el niño está enfermo o está en el hospital o si tuvo un accidente mientras que ese niño se encuentra con el otro progenitor, es decir, el progenitor que tiene la guarda y custodia de ese niño, si al menor le pasará algo de lo que anteriormente indicado, que esté enfermo, que estuviera en el hospital o tuviera un accidente, el progenitor custodio tiene la obligación de informar al progenitor no custodio.

También debe estar informado de las entrevistas, de las tutorías, de todo lo referente a la educación de su hijo, aunque no tenga la custodia como padre o como madre pues igual tiene el deber y la necesidad de saber cómo está su hijo en el colegio, y el progenitor custodio también cuenta con ese deber de informar al otro progenitor.

En cuanto a lo que es la documentación del menor el progenitor que tiene la custodia además cuenta con la obligación de intercambiar la documentación de su hijo, por ejemplo; libros de familia, informes médicos, DNI; cuando por alguna razón no ceden a dar la documentación del menor al padre no custodio lo único que se logra es perjudicar al menor, asimismo, el progenitor no custodio tiene el deber de llamar a su hijo cuando este último se encuentre con el otro progenitor, este punto se puede establecer en el convenio regulador, dejando claro siempre que el padre que no tenga la custodia, cuando no se esté con el menor pueda llamarlo e incluso realizar videollamadas, es conveniente que se establezca un periodo, una franja horaria, por ejemplo; desde 7 p.m. a 8 p.m. de la tarde para que el padre o la madre el que no tenga la custodia pueda comunicarse con su hijo, buscando que el horario elegido no entorpezca al niño, en donde no moleste tampoco

a lo mejor a la madre o al padre. Sucede en algunos casos que la madre o padre custodio apaga el teléfono del niño o no lo deja contestar la llamada, esto solo perjudica al niño; siempre que no haya problemas graves como maltratos, el niño tiene el derecho de hablar con su padre o su madre..

Un punto imprescindible de recordar, en el caso de temas de custodia en el que se dé lugar a algún cambio de domicilio, se entiende que el progenitor que tenga la guarda y custodia tendrá que comunicarle infaltablemente al otro progenitor con un plazo de 30 días, que es lo que se estipula normalmente para saber donde va a vivir el menor con el progenitor que tiene la custodia.

Otro punto que se tiene que estipular es que el progenitor que no tiene la custodia también tiene que saber dónde va a ir su hijo de vacaciones mientras que esté con el progenitor que tenga la custodia, el padre no custodio tiene derecho a saber donde va a estar su hijo, es recomendable que siempre haya una cordialidad y una buena relación como padres de un niño.

### **c. Régimen subsidiario en España**

El régimen subsidiario se realiza para que el padre pueda ver al menor en ciertos días estipulado, por ejemplo; el padre no custodio puede visitar a su hijo los fines de semana alternos desde el viernes a la salida de la escuela hasta el domingo o incluso desde los sábados por la mañana hasta el domingo luego sería también a las vacaciones del menor que comprenden navidad, semana santa — en España esta semana normalmente es entre marzo y abril— luego verano, es decir, desde que acaba el niño el colegio hasta septiembre, en todos estos periodos vacacionales el padre tiene tanto derecho a la mitad como la madre y se coordinan tanto en defecto de pacto y en el caso de que no se llegue a un acuerdo, se realiza por mitades, entendiéndolo como 15 días por ejemplo; en julio con la madre y 15 días con el padre y de esa manera sucesivamente se podrán alternar, es decir el año par.<sup>7</sup>

Asimismo, con el padre y el año impar con la madre, esto se debe realizar de manera sucesiva y rotatoria, igualmente aparte de este régimen de visitas de los fines de semanas alternos y la parte de las vacaciones escolares del niño, no es en las vacaciones de los padres sino en vacaciones de los niños—, también pueden solicitar en juicio, si es que van a juicio, o en el convenio regulador que se realiza cuando las partes ha llegado a un acuerdo, los días de cumpleaños del padre o de la madre o cumpleaños del niño, todos estos días especiales para que ambos padre puedan disfrutar unas horas con el niño, esas horas rotan por cada año que pasa, para que el niño pueda estar con sus dos progenitores.



### **3.2. Guarda y custodia compartida**

La custodia compartida también se sitúa en la misma situación que la anterior, es decir una situación legal que tienen los padres, pero en este caso como es compartida sería en igualdad de condiciones, ello se refiere a que la convivencia de los menores se atribuye a ambos progenitores en igualdad de condiciones, en otras palabras, los padres que adquieren este tipo de custodia deberán decidir de forma conjunta con relación a sus hijos.

Se debe dejar claro que en este tipo de custodia para poder tenerla ambos padres tienen que tener un domicilio, un hogar, donde el niño puede estar y pueda ser acogido y de esa manera tenga una estabilidad emocional y una estabilidad en todos los aspectos con el padre y con la madre y que además este domicilio no se encuentre lejos del colegio del menor, si el domicilio del padre o madre está muy separado, a una distancia muy amplia del colegio difícilmente se podría llevar a cabo una custodia compartida, por el tema de la distancia, entonces es muy importante que se tenga en cuenta que los padres cuenten con un domicilio y de ser posible que además cuenten con una habitación para el niño, en los juicios esta información es muy preguntada por los jueces, fiscales y los propios abogados realizan preguntas como ¿dónde va a vivir el menor?, ¿con quién vive ese progenitor?, ¿hay espacio en ese domicilio para el menor?, ¿el domicilio cuenta con una habitación para el niño?, todo ello es importante para el desarrollo, la estabilidad del menor, que tenga un buen nivel emocional y para que crezca de forma sana.

### **3.3. Pensión de alimentos**

La pensión de alimentos se refiere a los gastos del menor, dentro de la pensión de alimentos entra a tallar la ropa del niño, la comida, los gastos del colegio, los gastos del comedor de los libros, de las excursiones, de las colonias, del material escolar, muchas veces las personas se confunden y piensan que la ropa o los libros van a parte de la pensión y que además el padre o la madre los tienen que pagar aparte o pagar la mitad y a no ser que esto haya sido establecido a mutuo acuerdo porque los padres los titulen así; en la pensión de alimentos entran todos los gastos ordinarios enumerados anteriormente, entonces el progenitor que no tenga la custodia deberá pagar una pensión de alimentos, esa pensión de alimentos tendrá que valorarse en función de los gastos del niño y los gastos de ese progenitor que está obligado a pasar esa pensión, esa cuantía en España lo mínimo es 120 o 150 euros que tiene que pagar mensualmente el progenitor en la cuenta corriente de la madre o el padre que tenga la custodia del niño, si por el

contrario se lo pagan metálico<sup>2</sup> pueden surgir problemas porque cuando pagan en metálico no queda ninguna constancia, no hay prueba de ello, por lo que se recomienda pagar la pensión de alimentos en la cuenta corriente del padre que tenga la custodia y si pudieran poner el concepto es mucho mejor, la pensión se debe pasar del uno al cinco de cada mes y la pensión se debe actualizar conforme al Índice de Precios de Consumo (IPC) que es el instituto en España que actualiza las pensiones con el Instituto Nacional de Estadística (INE) que cada año publica las actualizaciones.

Se puntualiza que en épocas de vacaciones si el que está obligado a pagar la pensión tiene al niño con él en el periodo vacacional está obligado a pagar la pensión, en muchas ocasiones el padre en verano, normalmente en julio o agosto, tiene al niño y ante ello deja pasar la pensión de alimentos porque tiene el pensamiento errado de que si el niño se encuentra con el ya no debe pasarle pensión a la madre o padre custodio, es un pensamiento equívoco ya que la pensión de alimento se paga mensual, los 12 meses y solo se deja de pagar cuando se extinga, entendiéndolo como que el niño ya es económicamente independiente, es decir, que el niño cuenta con ingresos propios para poder valerse.

En lo que es la guarda custodia compartida también se entra a tallar la pensión de alimentos, esto indica que si es compartida los padres tienen que sufragar los gastos del niño, en España normalmente los padres abren una cuenta bancaria en común donde van ingresando el dinero, eso no quiere decir que tenga que ser esa proporción igual, debe ser proporcional a los ingresos tanto de la madre como del padre, y se puede establecer o por mitad al 50% o bien que el padre si tiene más poder adquisitivo que contribuya más, por ejemplo, el 75% y la madre el 25 o bien a la inversa es decir si la madre tiene más poder adquisitivo debe contribuir más.

## **4. Regulación de la guarda y custodia**

Para que se entienda como se regula y se establece la guarda y custodia, imaginen que los padres son una pareja que convive, pero quieren ponerle fin a su relación, sin embargo, tienen 1 o más hijos, hay menores de por medio, mencionado esto es necesario indicar que la guarda y custodia puede ser establecida de mutuo acuerdo la cual es la forma más sencilla, el trámite menos costoso a nivel de honorarios y a nivel emocional, entonces surge la pregunta, ¿cómo se realiza el mutuo acuerdo?

### **4.1. Mutuo acuerdo**

---

<sup>2</sup> Se entiende por metálico el pago con dinero en efectivo, otorgado en la moneda de curso legal del país donde se encuentra la persona.

Para el mutuo acuerdo se puede acudir a un mismo abogado para ambas partes, se recomienda buscar un abogado especialista en familia, por su conocimiento en el proceso y porque comúnmente tienen una mayor empatía y sensibilidad, ya que entra a tallar las emociones de los padres y sobre todo la presencia de menores, con el abogado se formalizan unos pactos donde queda reflejado quien tiene la guarda y custodia, ya sea la madre, el padre o compartida, en este pacto también se establece el régimen de visitas donde el padre o la madre que no tenga la custodia pueda visitar al menor, también se establece los gastos del niño o de los niños en el caso que hubieran más de 2 hijos, se pacta como será esa contribución de los padres con los gastos, además se pactan las obligaciones y los deberes de los padres para con los niños, en España ello se refleja y regula en el plan de parentalidad, estos pactos que se materializan y se reflejan en el convenio regulador; este es el documento redactado por el abogado donde se encuentran los pactos antes mencionados, todas las hojas del convenio regulador deben ser firmadas por ambos padres, luego es enviado al procurador para después ser presentado al juzgado, una vez es aceptado por el juzgado este reúne a los padres vayan a ratificar al juzgado en ese convenio regulador; una vez hecho este trámite y el Ministerio Fiscal que es el que vela por los menores haya dado también supervisión y lo acepte, luego el juez homologará ese convenio regulador y sacará la sentencia, ese es el procedimiento de regulación de guarda y custodia de mutuo acuerdo.

## **4.2. Procedimiento contencioso**

Sin embargo hay otra posibilidad, que los padres no se pongan de acuerdo, esta cuestión es más laboriosa, en el sentido en que es el padre o la madre quien tiene que poner la demanda que en este caso se denomina procedimiento contencioso, comienza cuando se interpone una demanda al juzgado donde se relatan todos los hechos y se aportan todas las pruebas que se intenten valer, desde los gastos del niño a los ingresos y gastos de los padres a informes médicos o informes del psicólogo si es que se desea demostrar cómo se encuentra el niño con un progenitor o con otro. Toda esta demanda la redacta el abogado y va firmado también por el procurador, se presenta en el juzgado una vez admitida trámite se le da traslado a al otro progenitor para que 20 días conteste esa demanda con abogado y procurador y cuando se admita trámite de esa contestación se señalará día y hora.

Cuando es un procedimiento contencioso en el sentido de que no hay acuerdo entre los padres y es cuando se va a juicio, las partes tanto progenitor demandante como progenitor demandado o bien incluso el juez o el Ministerio Fiscal pueden solicitar la exploración del menor, es decir si el niño tiene 12 años o incluso un poco menos dependiendo del juez puede solicitar

la exploración del menor y que el niño decida y opine sobre la relación que tiene con su padre o madre y si le gustaría estar de manera específica con alguno de los dos, se es de la idea que es mucho mejor evitar que los niños vayan al juzgado para que sean explorados, en esta exploración el juez se dirige junto al menor a una sala aparte donde intenta hablar con el niño en un lenguaje llano para que el niño no se sienta intimidado, luego de la exploración del niño y todo el proceso de demanda y la contestación se pasa a realizar el juicio para que después se dictamine una sentencia, el juez para realizar la sentencia toma en cuenta el informe del Ministerio Fiscal, la opinión y visión que tiene este mismo sobre los hechos, de la situación, sumado a ello toma en cuenta las pruebas que se han practicado, de los informes y de la valoración del menor, si se ha explorado al menor que opinión ha tenido, el juez tiene en cuenta esencialmente el interés del menor.

## **5. Criterios de los jueces en España - Barcelona**

Antes la tendencia era de que la guarda y custodia se otorgará exclusivamente a la madre porque era ama de casa y también porque era la que se dedicaba más al niño o a la niña por dos motivos, o bien el padre estaba ausente o bien estaba trabajando y no se podía dedicar al menor, esta situación ha cambiado porque la madre en este caso se ha insertado en el mundo laboral, se encuentra también a la madre trabajadora, trabaja también el padre y trabaja la madre, con lo que ahora la madre ya no siempre estará al cuidado del menor, sino que en esta situación los dos padres son los que se dedican al menor y a su cuidado, esta situación ha evolucionado y ahora los dos progenitores evidentemente tienen ese derecho a tener esa guarda custodia con el menor, los tribunales españoles están ahora más a favor de lo que es la custodia compartida, si bien es cierto que todavía hay muchos jueces que están arraigados a la custodia exclusiva, por igual parte hay bastantes jueces que abogan por la custodia compartida de ambos progenitores, así el tribunal supremo de España es el máximo tribunal que se tiene en materia de guarda custodia. Hay sentencias que han establecido que la guarda y custodia compartida aboga por el criterio que se ha normalizado y el deseable, es decir, que en un futuro sea este el régimen predominante, entonces Los criterios que el tribunal supremo establece para tener una guarda y custodia compartida entre los progenitores son los siguientes:

Primer criterio, que la práctica anterior de esos progenitores, el de sus antiguas relaciones tengan unas buenas actitudes personales, se observa si esos progenitores han tenido otros hijos y como ha sido esa relación de padres con esos hijos, además se toma en cuenta los deseos de los menores siempre que tenga 12 o incluso un poco menos o más; el segundo criterio que se evalúa es el número de hijos; en tercer lugar se observa el cumpli-

miento de los progenitores en sus deberes en relación con esos hijos y con el respeto mutuo, es decir, que los padres se comprometan con el cuidado de sus hijos y que tengan buenas actitudes, que exista un compromiso y respeto; en cuarto lugar también se valora el resultado de los informes, se espera que los informes sean favorables y que no haya un informe desfavorable a uno de los progenitores, otro medio que observa el alto tribunal es que se todas las condiciones le puedan permitir a ese menor llevar una vida adecuada, las condiciones mencionadas con anterioridad, que ambos padres tenga su domicilio, que tengan una buena relación entre ellos, etc. Todos estos criterios deben cumplirse para que el niño pueda crecer, tener una estabilidad emocional y tenga una buena relación con sus padres aún teniendo 2 hogares.

El tribunal supremo procede a determinar lo que es la custodia compartida en algunas sentencias, las cuales son las siguientes, tenemos a la sentencia del tribunal supremo de fecha 12 de mayo del 2017, otra del 15 de julio del 2015 y la última del 17 de marzo del 2016.

## **6. Respuestas a las preguntas del público**

### **6.1. ¿Existen diferencias significativas en los requisitos para obtener la guarda y custodia exclusiva entre las distintas comunidades autónomas en España?**

En las diferentes comunidades de España no hay diferencias muy marcadas, sin embargo, en los juicios de Andalucía todavía utilizan un sistema que se puede interpretar como poco arraigado, no se menciona como una crítica hacia el sistema andaluz sino solamente para indicar esta ligera diferencia y como a veces dependiendo de la cultura que se tiene en determinadas zonas esto influye en el voto determinante sobre la guarda y custodia de los jueces; ergo los requisitos para la guarda y custodia son los mismos en todas las comunidades de España, incluyendo la andaluz; por ejemplo, cuando se trata sobre la exclusividad, en todas las comunidades se le entrega siempre al progenitor que le dedica el mayor tiempo, que alimenta, que recoge del colegio a su hijo, es decir se observan los mismos requisitos, pero también intervienen como factores esenciales la cultura o el tipo de vida que se lleve en la comunidad donde se esté regulando; por ejemplo; haciendo una comparación, en Barcelona se lleva una vida más ajetreada, en cambio en Andalucía se lleva la vida de otra manera, es así que dependiendo de esas cosas a veces se puede influir un poco dependiendo siempre del juez. Concluyendo, se deja en claro que los criterios son los mismos en cualquier comunidad española.

# Comentarios acerca de la indemnización en el divorcio por causal a propósito del Tercer Pleno Casatorio\*

Ursula Rosalia Aniceto Norabuena\*\*  
*Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo*

**SUMARIO:** 1. Introducción/ 2. Hechos y antecedentes/ 3. Aspectos jurídicos.

## 1. Introducción

Es necesario indicar que el Tercer Pleno Casatorio fue convocado, al igual que los otros Plenos, por la necesidad de constituir un precedente vinculante, en este caso en materia de familia en lo concerniente a los casos de divorcio por causal de separación de hecho. Se tomó en cuenta toda vez que existían diversos criterios, críticas y posiciones por parte de ciertos órganos jurisdiccionales importantes de considerar para el Pleno Casatorio, y con ello determinar quién sería el perjudicado, así como el criterio referente para la fijación de la indemnización.

## 2. Hechos y antecedentes

La casación N° 4664-2010-Puno, que es la correspondiente a este Pleno Casatorio, refiere al divorcio por causal de separación de hechos y tiene

---

\* Conferencia virtual llevada a cabo en el Pre Congreso Internacional Multidisciplinario de Derecho y Pre Encuentro Macrorregional de Estudiantes de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del viernes 30 de junio al domingo 02 de julio del 2023.

\*\* Abogada por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Egresada de la Maestría en Educación con mención en Docencia e Investigación en Educación Superior por la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Candidata a Doctora en Derecho y Ciencias Políticas por la UNASAM. Especialista en Derecho Internacional de Familia por la Universidad de Salamanca – España. Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad de Salamanca – España. Estudios de especialización en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales por la Universidad de Buenos Aires – Argentina. Docente Universitaria y Especialista en Derecho de Familia por la Universidad de Salamanca. Docente en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo y la Universidad César Vallejo – Huaraz-Ancash. Past Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Ancash. Miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

como demandante a René Huaquipaco Hanco y como demandada a Catalina Ortiz Velazco, en esa línea el demandante manifiesta en la demanda que contrajo matrimonio con la demandada en diciembre de 1989, y después de ello procrearon a cuatro hijos, no obstante aclaró que se encontraba separada de la demandada desde 1997 y que se encontraba al día con las pensiones alimenticias, pues dos de sus hijos eran menores de edad y por tal razón accesoriamente pedía en la demanda que se le conceda un régimen de visitas.

Asimismo, la otra parte en la contestación de la demanda no cuestionó que se encontraban separados desde la fecha que indicó René, pero agregó que ella era quien trabajaba, le enviaba dinero al demandante para sus estudios, alimentación y otros gastos que logra acreditar gracias a las cartas que intercambiaban en esos tiempos y del mismo modo señaló que tuvo que interponer un proceso de alimentos al demandante porque este no se llegó a preocupar por sus hijos y fue la única persona que se dedicó a la crianza plena de ellos.

Por lo expuesto es que Catalina realiza una reconvencción a fin de que se fije una indemnización por daño moral y daño personal ascendente a s/. 250'000'000 porque sufrió de agresiones físicas y verbales por partes del demandante, así como que este se llevó ciertos bienes de la sociedad conyugal incluyendo cierto monto que habían ahorrado, sin dejar de manifestar que se encontraba con problemas de salud. Todo esto, cabe decir, se expuso en la contestación de la demanda y logró ser acreditado con ciertas pruebas como un documento del director la institución educativa en la que trabajaba René, que acreditaba que este actuó violentamente y agredió a Catalina cuando ella llegó a visitarlo a la Institución y se enteró que aquel ya contaba con otra pareja y por testimonios de sus colegas que manifestaba que se encontraba soltero y no contaba con alguna clase de relación matrimonial.

Entonces, los aspectos que expone Catalina son importantes, pues se podría alegar que existía un proyecto patrimonial entre ambos, ya que la demandada asegura que ella aportó y apoyó a su esposo, ya que creía que en el futuro cambiaría su vida, la de él y sus hijos, que en ese entonces se consideraban una familia consolidada, y es más, ella ha trabajado, ha sacado préstamos y buscar fuentes de ingreso para apoyar a su cónyuge y con ello consolidar a la familia.

Tras ello, a nivel de la primera instancia se declara fundada la demanda y se resuelve disolver el vínculo matrimonial, se establece un régimen de visitas y sobre la reconvencción esta fue declarada fundada en parte, pues la indemnización se fijó en s/. 10'000 por el concepto de daño moral, pues el

juez considera que este fue acreditado ya que el demandante recibió ayuda para sus estudios de la demandada, existió violencia familiar en agravio de la demandada y el demandante no cumplió sus obligaciones alimentarias con sus hijos, por lo que tuvo que ser demandado. No obstante, en la primera instancia ocurre una cuestión preocupante, y es que propiamente no se llega a establecer un fundamento específico de por qué se debía de considerar ese monto y no otro, cuestión que ya destacaba el Tercer Pleno Casatorio.

En esa línea, cuando la sentencia fue apelada por el demandante, la Sala Superior resolvió afirmando la sentencia de primera instancia en el extremo de que se declaró fundada la demanda y la reconvenición en la medida en que se consideró a Catalina la cónyuge más perjudicada, pero la revocaron en el extremo de la pretensión del régimen de visitas y reformándola declararon sin objeto emitir pronunciamiento al respecto por existir sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional e integrándola, declararon el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido de su cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes. Es menester señalar que en esta sentencia de segunda instancia se vuelva a considerar el monto de s/. 10'000, pero sin existir un fundamento como en la primera instancia.

Prosiguiendo con los hechos, es el demandante quien interpone el recurso de casación por la aplicación indebida del artículo 345 del Código Civil y por contravención del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil, considerando la Sala Suprema el recurso en el primer extremo.

### **3. Aspectos jurídicos**

Dentro de este Pleno Casatorio hallamos dos considerandos, el 47 y el 49, los cuales indican que nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en casos de divorcio (y separación de cuerpos).

El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley N° 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria.

A propósito de este punto, es necesario señalar que el divorcio-sanción no podría ser considerado en este Tercer Pleno, pues propiamente y tal como se advierte en los considerandos no se busca la culpabilidad del cónyuge que originó las situaciones expuestas en la contestación de la demanda, de lo que se trata es de descubrir cuál es el más perjudicado, lo cual tiene su sustento en el artículo 245. Entonces, es el segundo tipo de divorcio el que



se adecuía a este Pleno, lo cual se refuerza con el considerando 39, que nos dice que el divorcio por causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges sea culpable o inocente de la separación de hecho y aun cuando haya mediado acuerdo entre ellos para el apartamiento, en consecuencia la indemnización o la adjudicación de bienes se debe establecer a favor del cónyuge que resulta más perjudicado por la separación de hecho, y dicha indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona en el que se comprende el daño moral.

Respecto a aquel último punto, el considerando 50 nos indica que para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo a fin de identificar al cónyuge más perjudicado y en ese sentido, será considerado como tal aquel cónyuge que no ha dado motivos para la separación de hechos, que haya quedado en una situación de menoscabo y desventaja material respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, y un tercer punto, que haya sufrido daño a su persona (incluso el daño moral). Así, tal considerando nos da una respuesta sobre quién será el cónyuge más perjudicado y en este caso será Catalina, aun cuando René es quien presentó la demanda de divorcio.

Hay que aclarar que el artículo 345-A nos indica que si uno de los cónyuges invoca para el divorcio la causal que se encuentra en el artículo 333.12 del Código Civil, deberá acreditar que se encuentra al día en sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo; mientras que la otra parte del artículo señala que se velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como de los hijos y deberá asignarse una indemnización por daños incluyendo el daño personal u ordenar la asignación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo además aplicable en favor del cónyuge perjudicado las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 351 y 352 del mismo código.

Como bien señala el Pleno Casatorio bajo comentario a nivel judicial se han dado diversas interpretaciones referente al citado artículo, además de haber diversos fallos.

Asimismo, como ejemplo podemos mencionar la Casación 208-2004/Piura en la que se señala que el juez tiene que velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulta perjudicado por la separación de tal modo que establecerá un monto de indemnización por los daños incluyendo el daño personal o inclusive ordenando la asignación preferentemente de un bien

social y que por otro lado la indemnización es un concepto diferente a la pensión de alimentos.

Luego, se tiene otra Casación que sostiene que al no haberse probado la responsabilidad de alguno de los cónyuges al momento de la separación no corresponde la aplicación del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, empero ordena que el demandado pague una indemnización de daños y perjuicios, lo cual no guarda coherencia con lo señalado. Contamos por otra parte con la Casación 2178-2005 Lima en la que señala que si bien los jueces deben pronunciarse necesariamente aun cuando no hayan solicitado respecto del cónyuge que ha resultado más perjudicado por la separación a efectos de fijar una indemnización a cargo de la parte menos afectada, sin embargo en tal caso se advierte que la demandada no acreditó su condición de cónyuge más perjudicada, además que su conducta procesal no hizo notar esa condición a efectos de verse beneficiada con alguna indemnización.

Y por último, es destacable citar la Casación 2349-2006 Cuzco en la que se señala que la norma imperativa es aquella que exige a su destinatario un comportamiento definido en determinado sentido, siendo tal el segundo párrafo del artículo 345-A, que exige al juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulta perjudicado por el daño moral o personal que se le cause a efectos de cuantificarlo vía indemnización, por tanto es cierto que el juzgador tiene la obligación de fijar una indemnización, pero siempre y cuando se acredite el daño ocasionado.

En las casaciones expuestas a pesar de haber sido emitidas en procesos de divorcio por causal de separación de hecho tienen orientaciones diferentes, así en la primera al hablar de la obligación del juez de establecer una indemnización por daños o la adjudicación preferente de un bien social. La segunda se refiere no solo al daño personal, sino que va más allá de referirse a la existencia del nexo causal entre la separación y el daño. La tercera señala que la demandada al no haber acreditado ser la perjudicada y al no haber invocado esta condición no puede ser indemnizada. Y finalmente, la cuarta expresa que el juez tiene la obligación de acreditar una indemnización cuando se acredite el daño personal o moral. En suma, podemos acreditar que existen diferentes visiones y apreciaciones en relación a esta materia.

El artículo 345-A analiza propiamente la naturaleza de los procesos de familia, además de mencionar que en estos no solo se debe resolver un conflicto de intereses o de eliminar una incertidumbre jurídica, sino se debe buscar fundamentalmente la paz social en justicia y también tenerse en cuenta que se aplique los principios de socialización del proceso a fin de

evitar ciertas desigualdades que puedan afectar al proceso, ya sea en su tramitación o en todo caso en la decisión final. Por ello, se considera que en un proceso de familia se deben de superar los formalismos y las cuestiones técnicas convirtiéndose en un proceso con componentes flexibles, lo cual se resalta en este Tercer Pleno Casatorio: la flexibilización que debe existir porque propiamente no es un proceso igual que otros procesos civiles, pues las demandas de familia tienen particularidades que las hacen acreedoras de flexibilización al momento de su trámite.

Lo ideal eso sí es presentar una demanda con todas las pruebas y una contestación de la demanda con, también, todas las pruebas; sin embargo, en pro de esa flexibilización podrían presentarse ciertos documentos que sean necesarios e importantes hasta antes que el juez emita la sentencia, luego de ello claro está no se podría. En suma, considerando lo dicho es que los principios de congruencia, de preclusión y eventualidad deben flexibilizarse en los procesos de familia y específicamente en el caso que nos ocupa, lo que trae como consecuencia que la parte procesada si expresa hechos claros y concretos se tendrían que presentar.

Ahora bien, el juez de familia está facultado para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas por la ley hasta la etapa de la fijación de los puntos controvertidos, aunque se debe tener en cuenta la flexibilización en los principios procesales para que pueda el juez considerar algún pedido en particular de las partes.

Con respecto a la indemnización que se encuentra en el artículo 345-A el Pleno concluye que ella tiene el carácter de una obligación legal que puede ser cumplida de dos modos: con el pago de la suma de dinero o con la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, las cuales se tratan de dos soluciones de carácter alternativo, excluyente y definitivo. También, precisa el Pleno que dicha indemnización no tiene la finalidad de resarcir daños, sino el de equilibrar las desigualdades económicas que resulten de la ruptura patrimonial, por tanto, no tiene en sí un carácter alimentario, pues solo se da una vez. Además, dichas desigualdades tienen que ser verificadas por el juez durante todo el proceso en base a los medios probatorios, pero teniendo en cuenta que la separación de hecho no ha sido ocasionada por la culpa exclusiva del cónyuge que resultó más perjudicado, por ello es necesario que exista un nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho.

La indemnización, a su vez, tiene que ser fijada con un criterio equitativo teniéndose en cuenta circunstancias como la edad, estado de salud, la posibilidad de reinsertarse al campo laboral, dedicación a los hijos, condiciones socioeconómicas y culturales de las partes.

En cuanto a la adjudicación preferente se ha precisado que se da mayormente sobre la casa que habita la familia o establecimiento industrial, laboral, agricultura, etc. de carácter familiar y que puede ser dada de oficio a favor de uno de los cónyuges si se llega a establecer que el monto no lo ha considerado debidamente. Dicha adjudicación podrá ser solicitada incluso por la parte demandante al momento de la presentación de la demanda y la parte demandada podrá hacerlo en la reconvencción, es más, luego de la postulación de la demanda cualquier parte del proceso podrá solicitar la indemnización siempre que se asegure a la otra parte el derecho a la defensa y el derecho a la instancia plural. En relación a la imposición de oficio, hay que ser precavidos, pues no se trata de transformar algo que no se encuentra considerado y de hacer una cuestión que solo traería un cuestionamiento a favor de una de las partes, por ello es que prácticamente siempre se hace a pedido de parte. En ese orden ideas en el artículo 196 del Código Procesal Civil, que establece una disposición procesal diferente, pues la carga de probar le corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos, por ello si no se puede identificar al cónyuge más perjudicado el juez, pues no está obligado a fijar una indemnización como justamente lo indicaba una de las casaciones anteriores.

Si una de las partes alega ser el cónyuge más perjudicado tras la fijación de los puntos controvertidos se correrá traslado a la otra parte a fin de que pueda tomar conocimiento y pueda presentar sus medios probatorios; mientras que si se hace ello después de audiencia solo se podrán presentar pruebas de actuación inmediata.

En el caso concreto del Tercer Pleno Casatorio la sala suprema luego de analizar los argumentos de la primera instancia en lo referente a la indemnización como son la asistencia económica por parte de la demandada al demandante para que estudie y los actos de violencia contra la ella, el incumplimiento de la obligación alimentaria que llevó a la interposición de la demanda de alimentos, en suma podría decirse que la demandada ha visto frustrada su proyecto de vida matrimonial y ella fue la que asumió completamente el cuidado de sus hijos y no dio motivo para la separación de hecho concluye que la acreditación de la relación extramatrimonial por el demandante con una tercera persona no ha servido de fundamento para asignar la indemnización a la demandada.

Es menester también tener en cuenta que no se está hablando de una obligación, de una responsabilidad civil, sino de una obligación solidaria en la que no se buscan responsables, pues ambos podrían estar afectados, pero es el más afectado al que se le asigna la indemnización. No obstante, aclarado

esto, lo que se echa en falta a este Pleno Casatorio es que no existe motivación o sustento, sino que todavía hay un forado argumentativo, porque no se indica en detalle de lo que se valieron. También debemos considerar que dentro del artículo 345 si bien es cierto se habla de una obligación solidaria, que no es una referente a la responsabilidad civil, aquella solo busca responsables siempre y cuando el obligado no sea responsable de la separación, es decir, cómo podría René solicitar una indemnización cuando fue él el que perjudicó el matrimonio que llegó a establecer con Catalina. Del mismo modo se ha hablado de la afectación de un proyecto matrimonial, que tampoco se ha considerado por cuanto no tenemos un fundamento en específico de lo que ha de entenderse como proyecto de vida y con ello no podría considerarse como plenamente incluido en el Pleno Casatorio. Aun con todo, el Pleno ha cumplido, pero también ha dejado sus incógnitas.

## *b) Mesas de diálogo*



# “Reconocimiento de paternidad/divorcio por causal/violencia familiar: El derecho de familia en casos de figuras públicas”\*

Jenny Diaz Honores\*\*

*Universidad San Martin de Porres*

Alessandra Mendoza del Valle\*\*\*

*Universidad San Martin de Porres*

Mariano Vásquez Rengifo\*\*\*\*

*Universidad nacional del Oriente*

## I

*Jenny Diaz Honores*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Violencia en caso de figuras públicas 3. ¿Entre quienes se produce la violencia familiar? / 4. Derechos constitucionales vulnerados / 5. Características de la violencia

### 1. Introducción

El contenido que se tratará hoy, gira en torno a un problema tanto jurídico como estructural, por lo tanto, presenta diversas aristas para su análisis.

---

\* Mesa de diálogo en el PRE congreso Internacional multidisciplinario de Derecho/ PRE encuentro macrorregional de estudiantes de derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de junio al 02 de Julio 2023.

\*\* Abogada por la Universidad San Martin de Porres, Maestría en derecho civil y comercial en la Universidad Nacional Federico Villarreal, Árbitro en ARBITRA PERÚ, SUSALUD y MTPE, presidenta de ASIMARC, y directora ejecutiva de ASPECOAR

\*\*\* Abogada por la universidad San Martin de Porres. Socia del estudio Mendoza Del Valle Abogados. Cuenta con más de 15 años de experiencia en procesos civiles, constitucionales, contenciosos administrativos en los principales estudios jurídicos del país y actualmente cursa una maestría en Administración de Empresas en la Universidad de Palermo.

\*\*\*\* Abogado por la universidad nacional del oriente, abogado litigante en el área de litigios privados de Mariano Vásquez, Árbitro inscrito en Renace -Minjus y miembro del instituto peruano de investigación jurídica y cibernética- IPICJ



“La creación de una ley soluciona el problema social”, esta idea errónea que en la práctica y realidad social no concuerda es mucho más que ello. Es evidente que con una normativa amplia y con muchas leyes, el problema no radica en la ley, sino en la forma de resolución en diferentes ámbitos tanto social, político, etc.

## **2. Violencia familiar en caso de figuras públicas**

Los casos de violencia familiar se manifiestan en los diversos niveles socio económicos, incluso niveles formativos o educativos. En los casos que involucra a figuras públicas la única diferencia con las personas que no lo son es la publicidad del caso que alcanza debido a las personas involucradas. Desde jóvenes del reality hasta autoridades municipales como en el caso de Álvaro Paz de la Barra y Sofia Franco; lo común entre uno u otro caso es el poder o control que se tiene o quiere ejercer sobre las personas o cosas.

Es así como la violencia se manifiesta desde lo simple, como reproches del con quien anda o conversa la pareja, esta acción simple es un indicio de violencia de la persona, que posteriormente puede desencadenar en violencia física, verbal e incluso en una violencia económica y patrimonial. Entonces, la violencia se manifiesta en diversos niveles socio económicos y culturales en sus diferentes formas.

Existe una idea social errónea de que la violencia solo se manifiesta en familias de bajos recursos, cuando en realidad también ocurre en personas con cuentan con recursos económicos y es en estos últimos donde influye la exposición y preocupación sobre el perjuicio a la imagen, del qué dirán, más aún si la persona es pública.

Violencia familiar: Es Toda acción u omisión que cause muerte o sufrimiento físico, psicológico o sexual el cual se produce en el contexto de una responsabilidad (padres a hijos), confianza (padrastrós) o poder de parte de un integrante u otro, dentro del grupo familiar

La violencia familiar genera el deterioro y pérdida de la autoestima y con ello la afectación a su autodeterminación, jurídicamente esta autodeterminación es conocida como autonomía de la voluntad la cual se sustenta en la estabilidad emocional del individuo, por ello, al ser vulnerada se pierde la capacidad de tomar decisiones a mérito propio.

Es un rasgo característico de la violencia familiar buscar sobreponerse y pensar en la posibilidad de ejercer poder sobre el otro, en consecuencia, eventualmente se generan daños físicos, psicológicos o sexuales. El grupo familiar anteriormente tenía un concepto más legal, hoy en día no se

puede limitar a este concepto sino también a otros parientes que aun no existiendo un vínculo legal si existe un vínculo familiar, emocional o de dependencia familiar.

La familia es fuente de salud y enfermedad, es la primera escuela en donde se desarrollan los pequeños integrantes como son los niños que posteriormente pueden ser agresores si viven en un ambiente violento, es imprescindible así entender la conceptualización de la familia desde un punto de vista multidisciplinario no solo jurídico.

3. ¿Entre quienes se produce la violencia familiar?

La violencia se manifiesta en:

- a) Cónyuge o excónyuge
- b) Convivientes o ex convivientes
- c) Padrastro o madrastra
- d) Ascendientes o descendientes
- e) Parientes colaterales hasta el cierto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
- f) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales
- g) Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no al momento de producirse la violencia
- h) Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho

Como ejemplos para el punto f) se encuentran el padrino o madrina que acoge a una ahijada(o) en el seno familiar o en el caso de los hijos del empleado o empleada que mantiene una buena relación con los hijos de los jefes y conviven en el mismo núcleo familiar. Para el punto g) se puede ejemplificar la situación donde el padre y madre no conviven pese a que sean padres de un niño o niña, sin embargo, se han producido entre ellos actos de violencia.

#### **4. Derechos constitucionales vulnerados**

- Derecho a la vida
- Derecho a la integridad física, psíquica y moral

- Derecho a la libertad y seguridad personal
- Derecho a la salud (física, psicológica, sexual)
- Derecho a la paz.

## **5. Características de la violencia:**

- I. Desconoce, raza, sexo, religión, condición social o económica, edad o grado de instrucción
- II. No existe relación entre masoquismo y un proceso de violencia familiar
- III. La mayoría de casos no revela diagnósticos psiquiátricos; el diagnóstico es violencia
- IV. El uso del alcohol y/o drogas no justifica algún episodio de violencia
- V. La conducta violenta es producto de la compulsión de mantener el CONTROL y PODER sobre personas y cosas

*Alessandra Mendoza dekl Valle*

**SUMARIO:** 1. Introducción /2. Divorcio por causal /3. ¿Entre quiénes se produce la violencia familiar? / 4. Derechos constitucionales vulnerados / 5. Características de la violencia

### **1. Introducción**

El tema que concierne hablar hoy, gira en torno a una problemática jurídica dentro del entorno de la familia, se analizará el divorcio por causal y el acceso al mismo. De igual manera, mencionaremos los derechos vulnerados y sus características más relevantes.

### **2. El divorcio por causal**

Más allá de que existen algunos casos que saltan a la luz y que son mediáticos lo cierto es que el divorcio y los temas vinculados a él, tienen un impacto en toda la sociedad en su conjunto, más allá de determinados casos emblemáticos.

En ese sentido, debemos indicar que el divorcio puede darse por mutuo acuerdo o, de lo contrario, por alguna de las causales mencionadas de manera taxativa en el artículo 333 del Código Civil.

Así, las causales reguladas en la mencionada disposición normativa son:

1. El adulterio
2. El atentado contra la vida del cónyuge
3. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años consecutivos
4. Violencia física-psicológica
5. Por injuria grave que haga insoportable la vida en común
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común
7. El uso habitual o injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que pueden generar toxicomanía
8. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio
9. La imposibilidad de hacer una vida en común, debidamente probada en poder judicial
10. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio
11. La condena por delito doloso con PPL mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio
12. La separación de hecho por dos años o cuatro en caso de hijos menores de edad
13. La separación convencional después de transcurridos dos años de celebrado el matrimonio

## **2. Definición de las causales específicas**

### **1. Sobre el causal del adulterio**

Se entiende como la unión sexual del hombre o mujer con otra persona que no es el cónyuge, es una causal difícil de probar. La razón de su dificultad radica en que hay que probar la unión sexual, el acto sexual y ello es muy complicado. Ahora bien, es una causal pensada para acreditar la vulneración al deber de fidelidad, por lo que es necesario que exista o se acredite una unión sexual pero además intencionalidad de uno de los cónyuges.

Prueba: Relaciones sexuales

Prueba indiciaria: Acta de nacimiento del niño que nace mientras hay una relación de pareja /concubinato público

Ejemplos:

Caso Vargas Llosa y su prima Patricia, ellos llegaron a un acuerdo, sin embargo, en atención a las declaraciones y otros podríamos estar ante una prueba indiciaria y encausar el divorcio por la causal de adulterio, lo mismo podría haber sucedido en el caso del señor Aldo Miyashiro, utilizando pruebas indiciarias por temas de adulterio.

Son casos en donde se tiene que realizar el uso de la prueba indiciaria que tiene que estar debidamente fundamentada.

## **2. Sobre la violencia física/psicológica**

Se entiende por violencia física a los daños corporales y por psicológica a los daños psíquicos. En esta existe una alteración, menoscabo, perturbación del cónyuge, aquél que perpetra la violencia altera la personalidad de este que se ve afectado, lo cual se proyecta a la familia.

## **3. Atentado contra la vida del cónyuge**

Considerada la tentativa de homicidio, si los actos preparatorios no son considerados tentativa para efectos penales, entonces no se estará ante esta causal sino ante la injuria grave.

## **4. Injuria grave**

La jurisprudencia reconoce que se trata de una ofensa inexcusable que afecta el honor y la dignidad del cónyuge.

Se trata de una conducta intencional y reiterada del parte del cónyuge, no se trata de arrebatos sino de un reiterado desprecio, ofensa al cónyuge, está vinculada con la violencia psicológica, y como todas las causales debe estar acreditada.

## **5. Abandono injustificado de la casa**

Por más de dos años continuos o cuando la suma de los periodos de abandono exceda este plazo, el abandono tiene que ser injustificado no se puede aludir a la causal de abandono si una persona se retira por motivos de estudio, por ejemplo.

## **6. Conducta deshonrosa**

Es una causal genérica, pero está referida a situaciones en las que uno de los cónyuges haya ejercido la prostitución, el proxenetismo, la delincuencia, entre otros.

### **7. Uso habitual e injustificado de drogas**

Está referido al consumo de estupefacientes, psicotrópicos y demás drogas. Evidentemente se encuentra excluido aquel consumo que se realice con fines médicos, bajo prescripción médica

### **8. Enfermedad grave de transmisión sexual**

Debe acreditarse que se contrajo luego de realizado el matrimonio y además debe suponer una actitud culpable o dolosa del cónyuge al que se le atribuye el contagio

### **9. Homosexualidad sobreviniente al matrimonio**

Condena por delito doloso con PPL por más de dos años. Esta causal solo puede invocarse si el cónyuge conoció de esta situación luego de celebrado el matrimonio

### **10. La imposibilidad de hacer vida en común**

Cuando existen graves desavenencias y no existe esperanza de que pueda reconstituirse el hogar, puede sustentarse en abuso de uno de los cónyuges, acciones judiciales, acciones impropias de la vida matrimonial, diferencias de carácter. Es difícil de probar, su rigurosidad a nivel de probanza pretende conservar la familia, como pilar de la sociedad. Sin embargo, creo que desde el punto de vista legislativo existe una tarea pendiente, no es posible conservar la familia de esta manera, quien acude el Poder Judicial para divorciarse lo hace por determinadas razones que deberá ser justamente evaluadas por el Poder Judicial, pero no podemos o no se puede complicar la declaración de divorcio cuando lo que está en el juego es, por ejemplo, la vulneración del derecho a la integridad, a la salud, a la paz, derechos de índole constitucional.

El Poder Judicial tiene que ser riguroso para analizar los medios de prueba que se aportan para sustentar las causales para acceder al divorcio

### **11. Separación de hecho**

Por un periodo ininterrumpido de dos o 4 años en caso de tener hijos menores de edad, nos encontramos ante un incumplimiento del deber de cohabitación

## 12. Separación convencional

Después de transcurrido dos años de celebrado el matrimonio. Se establece un plazo porque, nuevamente, lo que se garantiza es la formalidad, el compromiso que debe existir en matrimonio

*Mariano Vásquez Rengifo*

**SUMARIO:** 1. Introducción 2. ¿Reconocimiento de Paternidad / 2.1 Derechos de identidad del menor / 3. El derecho constitucional y el derecho convencional

### 1. Introducción

Todo ser humano tiene derecho a la identidad, esta identidad que gira en torno al reconocimiento de paternidad de un menor.

Un problema poco abordado pero trascendental en nuestra legislación, cuya problemática también incluye aristas al igual que los demás temas en torno a la familia

### 2.Reconocimiento de paternidad

*Derecho de identidad del menor*

Para sostener un reconocimiento de paternidad se parte del concepto de derecho de identidad del menor, este último tiene derecho de conocer con certeza la identidad de sus padres debido a que el concepto de filiación del niño recae desde el imperio romano bajo la presunción pater is.

**Artículo 361.** - El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario. Presunción de filiación matrimonial

De acuerdo al artículo 361 código civil, modificado por el decreto legislativo 1377, y conforme lo ha establecido la jurisprudencia, "(...) se reputan hijos del esposo aquellos nacidos dentro del matrimonio entre los cónyuges, durante su vigencia, cuando se encuentra determinada la maternidad respecto de la mujer. Entonces, se puede concluir que se trata de una presunción a partir de ciertos hechos conocidos, como son el matrimonio, el momento del nacimiento y la filiación determinada respecto de la madre, a través de la que se puede inferir un hecho desconocido, como es la pater-

nidad, la cual opera de pleno derecho y tiene carácter simplemente legal, admitiendo ser desvirtuada por medio del ejercicio de las correspondientes acciones (...)” **Cas. 1947-2014 Ica.**

En el caso Pedro Gallese, en su momento quien es la madre del menor le atribuyó la paternidad, posteriormente este hecho fue desmentido mediante una prueba de ADN.

En este punto recae una problemática cuando la madre atribuye a una persona la paternidad de un niño, el hecho de mentir no se encuentra sancionado como tal, no hay evidencia y fluidez por parte el Tribunal para sancionar esta atribución. Por ello, es trascendental tomar en cuenta la jurisprudencia internacional como en los fallos de la CIDH como el caso Gelman Juárez y Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.

### **3.El derecho constitucional y el derecho convencional**

El derecho constitucional y el derecho convencional es jurisprudencial y probatorio, ello amplifica la forma de solución y evitar caer en arcaísmos, no se puede contar de una única solución debido a las variaciones legales, y la concepción tradicional de familia. La situación actual amerita un estudio convencional de la relación de reconocimiento de paternidad como derecho de identidad del menor

Estos casos no se tienen que limitar al análisis solo de personajes públicos, la verdad biológica del menor para proteger el interés superior del niño y el órgano jurisdiccional debe ser

## II

### Réplicas

*Jenny Díaz Honores*

Los temas expuestos líneas arriba están estrechamente ligados, la violencia familiar como causal para la disolución del vínculo matrimonial y el reconocimiento de paternidad como un derecho de identidad del menor. Como es el caso de un embarazo subrogado como en el caso de Ricardo Morán, una familia monoparental, en estos casos hay una desprotección al menor porque nuestra legislación se enfoca en una familia biparental (padre y madre) pero este tema trasciende más allá de una postura conservadora o liberal, lo cierto es que los menores que tienen una familia con solo a un padre como consecuencia de un embarazo subrogado tienen los mismos derechos que los menores que tienen a un padre y una madre.



El derecho tiene que asumir a estos nuevos conflictos que se generan a raíz de estos cambios sociales, lo que se protege es un concepto jurídico mas no a la persona, es necesario que se modifique algunas la normatividad a efectos de no caer en la desprotección a los derechos fundamentales de las personas. Esta desprotección o vulneración de los derechos se torna más evidente cuando se presentan y exponen casos que involucren a personajes públicos.

*Alessandra Mendoza del Valle*

Si es que se imputa una paternidad inexistente hacia una persona determinada, esta situación trae consigo determinadas responsabilidades y, así, el afectado puede demandar una indemnización por el daño que se le ha generado. Si bien el Poder Judicial tiene que asumir la responsabilidad en todos y cada uno de los temas sometidos a su conocimiento, no hay que olvidar que los temas de familia tienen un impacto importante en la vida de los ciudadanos y ciudadanas, .El Poder Judicial hoy en día cuenta con una carga excesiva de casos y las controversias sometidas a su conocimiento no son resueltas en el corto tiempo, es por ello que el arbitraje podría surgir como una opción interesante que permita dar solución de manera más rápida a problemas vinculados en materia de familia.

*Mariano Vásquez Rengifo*

En cuanto al caso ya expuesto sobre Pedro Gallese, existe un daño al nombre y a la reputación; lo cual amerita el análisis de una demanda de indemnización por daños y perjuicios, pues, no se sanciona la malicia de los sujetos procesales, me atrevería a decir que, quien contesta la demanda a pesar de saber que la pretensión en su contra pueda ser correcta, no actúa con probidad, lealtad y buena fe. Sin embargo, en la práctica judicial estas conductas negativas que inciden en el proceso no se sanciona, tampoco se cuestiona los actos de temeridad y mala fe con que se desenvuelven las partes.

Asimismo, el problema de la ley 30364 no trasciende más allá del papel, y esto debido a que las diversas medidas de alejamiento y “seguridad” no es acatada por el agresor y tampoco es verificada por el órgano jurisdiccional para efectos de su cumplimiento.

Un punto importante es el sometimiento del arbitraje del sometimiento a los derechos de familia. Sobre la conciliación es un instrumento cuestionable sobre la base de la practicidad y utilidad, además de generar sobre

costos en los justiciables, la razón principal es que no hay capacidad de negociación o estímulo de conciliar o arribar a soluciones que busquen no sólo dar por concluido el conflicto en ese momento, sino porque la conciliación serviría como paño frío en ese instante, pero después nadie sabe cómo va ser la conducta o el comportamiento de una de las partes en el tiempo; por ende, no tiene razón de ser con base a su carencia de poder generalizar que las personas tengan las mismas condiciones a negociar, tal es así que, a nivel procesal se advierte en gran medida demandas de ejecución de actas de conciliación.

Considero que, aún se continúa en un proceso de letargo, no hay mayor avance pese a las modificaciones continuas del código civil.

### III

#### Respuestas a las preguntas del público

**Pregunta dirigida a Mariano Vásquez Rengifo ¿Cuál sería la propuesta normativa que permita salvaguardar la identidad del menor ante las deficiencias legales existentes sobre los casos de impugnación de paternidad matrimonial?**

Cuando no se logre demostrar a través de la prueba del ADN la paternidad del presunto progenitor, se debe de imponer además de una sanción penal, el pago de una indemnización por el perjuicio provocado.

**Pregunta dirigida a Alessandra Mendoza Del Valle ¿En qué medida el divorcio se sustenta en el dolo o culpa imputable a uno de los cónyuges que incumple los deberes del matrimonio?**

El dolo y la culpa se tiene que acreditar en todas las causales, injuria grave, violencia física o psíquica y el adulterio. En el adulterio se tiene que probar las relaciones sexuales fuera del matrimonio de manera intencional, por ejemplo, si ocurre una violación dentro de un matrimonio ahí no existe ni dolo ni culpa, no hay intencionalidad.

Entonces, la causal tendrá que ser acreditada, deberá probarse el dolo o la culpa de aquél que ha incurrido en alguna de las causales para que proceda el divorcio.

**Pregunta a Jenny Díaz Honores ¿Es posible atribuirle una gran responsabilidad a la televisión en la erradicación de la violencia familiar?**

No se puede dar dicha exclusividad, la violencia se manifiesta en diversos ámbitos y espacios sea el hogar, escuela, trabajo y con ello no se niega la violencia en los medios de comunicación.

## **VI. DERECHO LABORAL, PROCESAL LABORAL Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO**



## *a) Ponencias*



# Derechos fundamentales de los trabajadores\*

Luis Alberto Serrano Díaz\*\*

*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Sistema nacional y sistema internacional de protección de los derechos humanos/ 3. Instrumentos internacionales / 3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos / 3.2. Pacto Internacional de los Derechos Humanos / 3.3. Pacto de San José / 4. Las normas internacionales del trabajo / 4.1. Organización Internacional del Trabajo (OIT) / 4.2. Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo / 5. El sistema internacional y la seguridad y salud en el trabajo (SST) / 6. Conclusiones / 7. Respuestas a las preguntas del público

## 1. Introducción

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) se refiere a los derechos fundamentales laborales como aquellos derechos que son valores mínimos, aplicables y exigibles a todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo. Esto tiene que ver con lo más esencial de las personas y está ligado a la dignidad de ellas. También, los derechos fundamentales en el trabajo son universales, es decir, valen para todas las personas en el mundo y por eso forman parte de los derechos humanos. Se señala también en la OIT que los derechos fundamentales en el trabajo resultan indispensables para el buen funcionamiento de la sociedad. Estos derechos son lo esencial del ser humano, están de forma inmanente a toda persona

---

\* Ponencia virtual llevada a cabo en el Pre Conimude, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de junio al 02 de julio del 2023.

\*\* Doctorando en Derecho Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Posgrado en Trabajo Decente y Futuro del Trabajo en la OIT ITC Italia. Profesor de Legislación Laboral UNMSM. Ex secretario técnico del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo MTPE- CONSSAT, Past. Director General de la Dirección de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del MTPE. Supervisor Inspector del Trabajo. Director de la Revista Laborem. Integrante de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-SPDTSS. Integrante de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-AIDTSS. Miembro de la Red Mundial Cielo Laboral. Autor de numerosos artículos en materia laboral. Ponente nacional e internacional.



Además, cuando se habla de derechos fundamentales, se puede entender como aquellos derechos declarados por la Constitución que gozan del máximo nivel de protección. Es decir, se trata de unos derechos alienables e irrenunciables, y pertenecen a todas las personas por su dignidad.

Estos derechos han tenido un proceso de desarrollo para que se positivicen y para que estén plasmadas en las constituciones. Para ello se pasaron por etapas.

Una primera etapa de negación de los derechos laborales; puesto que no había derechos laborales. La revolución francesa y la revolución industrial son factores que van a abonar en pro de la aparición del derecho al trabajo y de reconocimiento de los derechos laborales. Estos dos fenómenos hacen que poco a poco esa primera etapa de negación de los derechos laborales avance a una segunda etapa de aprobación de estos derechos laborales. Y luego se pasa a la tercera etapa de regulación de estos derechos fundamentales laborales.

Los primeros instrumentos que recogieron los derechos laborales en forma expresa son estas constituciones: La Constitución mexicana de Querétaro de 1917, que es la primera Constitución que recoge los derechos laborales; la segunda es la Constitución de Weimar de 1919 en Alemania. Ambas marcan un hito en la recepción y reconocimiento constitucional de los derechos laborales, así surge un derecho constitucional del trabajo, dándole una etapa de regulación. Surge el derecho propiamente laboral con estas características especiales y un reconocimiento al máximo nivel en la Constitución o en las constituciones políticas y estas dos constituciones, la de Querétaro y de Weimar, van a tener un impacto en las distintas constituciones, tanto europeas como latinoamericanas y por supuesto, en la Constitución peruana. Luego de esto se desarrolla un sistema nacional e internacional

## **2. Sistema nacional y sistema internacional de protección de los derechos humanos**

En el ámbito del Sistema Nacional hay un reconocimiento en la Constitución Política, las leyes, los decretos y en distintas normativas. Se tiene entonces un reconocimiento y una regulación fuerte en el Sistema Nacional. Pero también, se va a dar un reconocimiento en el sistema internacional, como por ejemplo, La Declaración Universal de los derechos humanos, la cual la va a recepcionar en los artículos, 3, 22, 23 y 24. También en el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, en sus artículos 7, 8 y 9. Luego la convención americana sobre Los derechos humanos

o pacto de San José que en sus artículos 1, 13, 16 y 26. Y por último, en las normas y convenios de la organización Internacional del Trabajo (OIT).

Entonces, se deduce que hay un sistema internacional muy sólido y consolidado, que recoge estos derechos fundamentales, laborales que va juntamente con el Sistema Nacional a ser un bloque de constitucionalidad. Los tratados y los acuerdos, que el Perú haya ratificado, son parte del ordenamiento interno y la interpretación que se hace en las normas internas tiene que hacerse en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados que el Perú ha ratificado.

Así pues, están relacionados el Sistema Nacional con el Sistema Internacional en los cuales se reconocen los derechos fundamentales laborales.

### **3. Instrumentos internacionales**

#### **3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es un instrumento sumamente importante para todos nosotros. En su artículo 23 dice que: “Toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. Además, dice que toda persona tiene derecho a igual salario por trabajo igual. Y en un siguiente párrafo dice, toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Entonces, este artículo 23 realmente es fuerte e importante porque reconoce los principales derechos laborales, el derecho a trabajo, el derecho a una remuneración justa y equitativa, el derecho a la seguridad, salud en el trabajo y reconoce también el derecho a la libertad sindical.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge los principales derechos que luego se desarrollan a nivel interno. El artículo 24 se refiere al derecho de las vacaciones y menciona: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute de su tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. Luego está el artículo 25 que dice que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar. Aquí se está reconociendo de forma clarísima también el derecho a la seguridad y salud en el trabajo

Como se puede detallar en estos 3 artículos 23, 24 y 25 la Declaración Universal de los derechos humanos nos muestra con claridad que recoge estos principales derechos por ende tienen que ser respetados en todos los países.

### **3.2. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el otro instrumento donde están ligados principalmente el artículo 7 y el artículo 12. El artículo 7 dice que los estados partes del presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial a una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores un salario equitativo. Ahí se regula las vacaciones, el descanso semanal obligatorio, el descanso en los días feriados.

Por otro lado, el artículo 12 dice que los estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los estados partes del pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho figuran las necesarias para la reducción de la mortalidad y natalidad, el sano desarrollo de los niños, el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene, del trabajo y medio ambiente, etc.

La Seguridad Social, la seguridad y salud en el trabajo muchas veces está centrada principalmente en las personas que tienen un trabajo formal. Pero los porcentajes en nuestro país de informalidad son bastante elevados. Son pocas las personas que tienen un trabajo formal, que están registrados debidamente en la planilla electrónica y que, por lo tanto, les asiste todo su derecho a completos.

### **3.3. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**

En este caso, el protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos, también conocido como el pacto de San José, en el artículo 7 se refiere a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. Además, señala, garantizarán en sus legislaciones nacionales de manera particular la seguridad e higiene en el trabajo. El hecho de que se busquen o que haya condiciones adecuadas en los centros de trabajo, es hoy en día es fundamental.

## **4. Las Normas Internacionales del Trabajo.**

Las normas internacionales del trabajo (NIT) de la OIT son instrumentos jurídicos elaborados por los mandantes de la OIT. (gobiernos, empleadores y trabajadores), que establecen principios y derechos básicos en el trabajo. Estas normas pueden ser convenios, que son los obligatorios cuando

se ratifican, tratados internacionales, jurídicamente vinculantes que los Estados miembros de la OIT pueden ratificar; o recomendaciones, que funcionan como directrices no vinculantes. En muchos casos, un convenio establece los principios básicos que deben poner en marcha los países que lo ratifiquen, si bien una recomendación es conexas también puede ser autónoma (no vinculada a ningún convenio).

Resumiendo, existen distintos instrumentos que la organización Internacional del Trabajo emite. Los principales son los convenios y las recomendaciones, de estos dos son los convenios los que son obligatorios, siempre y cuando el país lo haya ratificado.

#### **4.1. Organización Internacional del Trabajo (OIT).**

Como parte del tratado de paz en su artículo 13 se crea la Organización Internacional del Trabajo, se proponía organizar la justicia social mediante la legislación protectora del trabajo, controlar y canalizar el conflicto, este último era uno de los ejes centrales de la OIT. Y hoy en día, la OIT busca la justicia social, el trabajo decente. Esos son sus dos objetivos centrales. La justicia social mediante reconocimiento del trabajo decente. Y el trabajo decente solo se puede dar cumpliendo cuatro ejes, el primero es la promoción del empleo. El otro es el respeto de los derechos fundamentales laborales. El siguiente es la seguridad social y finalmente el diálogo social que debe ser siempre en tripartito. Esos cuatro ejes conforman el trabajo decente con los cuales se puede alcanzar la justicia social.

#### **4.2. Convenios Fundamentales de la OIT.**

Esta tercera parte tiene que ver con los convenios que están ligados a los derechos fundamentales laborales. Son 10 convenios conocidos como los convenios fundamentales de la OIT. Hasta el año pasado eran 8 y se incorporaron estos dos últimos convenios, el 155 y 187, que tienen que ver con un tema de seguridad y salud en el trabajo.

El convenio 87, convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948. El convenio 98, que es el convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949. Entonces, estos dos convenios se refieren a el ejercicio de la libertad sindical, del derecho de negociación colectiva que también está reconocido en nuestra Constitución Política en su artículo 28.

Por tal cuestión, y en base a estos derechos, los trabajadores, pues tienen esa potestad de fundar sus sindicatos y afiliarse y desafiliarse a un sindicato. También, de plantear una propuesta de reclamos para entablar una

negociación colectiva y llegar a convenios colectivos que implican mejores condiciones de trabajo, que a través de este mecanismo se pueden lograr y que son vinculantes, es una forma de auto composición.

En la realidad muchas veces se presentan afectaciones mediante discriminaciones cuando se forma un sindicato. A veces existen despidos de los dirigentes sindicales. Esas afectaciones luego son vistas en el ámbito nacional, muchas veces a nivel de la inspección del trabajo en vía administrativa, luego en vía judicial, llegan los casos al Tribunal Constitucional e inclusive al sistema interamericano. Entonces, es importante conocer estos convenios, tanto 87 como 98. Luego tenemos los convenios 29 (sobre trabajo forzoso) y 105 (sobre la abolición del trabajo forzoso). Evidentemente, el trabajo siempre tiene que darse en condiciones de libertad, puesto que esa es una de las primeras características de un trabajo, de que sea libremente elegido. Nadie puede trabajar bajo la amenaza o coacción, sin embargo, todavía en la realidad, se aprecian muchos casos todavía de trabajo forzoso en nuestro país, sobre todo en el oriente peruano, donde a través de los operativos de la inspección laboral muchas veces se rescata a las personas de situaciones de trabajo forzoso.

Luego tenemos dos convenios, 138 (convenio sobre la edad mínima), y el convenio 182 (peores formas de trabajo infantil) esos convenios buscan la protección, por supuesto, a los menores, dado que están en formación, están en un proceso de desarrollo. Por lo tanto, no se debe afectar ese proceso. Pero si bien es cierto ello, nuestra legislación permite el trabajo los menores con la autorización del Ministerio de Trabajo. Luego de la evaluación, por supuesto, de que actividades van a realizar.

Otros convenios son el convenio 100 y 111. que tienen que ver con el tema de la discriminación. El 100 es el convenio sobre la igualdad de remuneración, donde no debe haber distinción en la remuneración entre personas que hacen un trabajo de igual valor, por ejemplo, no podría haber una distinción entre varón y mujer si hacen la misma labor y tarea. Y el convenio 111 también más específico es el convenio sobre la discriminación, empleo y ocupación, que se orienta justamente a evitar que se produzca esas diferencias remunerativas. Esto se ha recogido también en nuestra Ley 30709 (Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres).

Por último, están los convenios 155 y 187 que tienen que ver con la seguridad y salud de los trabajadores. El convenio 155 es el convenio específico sobre seguridad y salud de los trabajadores y el convenio 187 el convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. Entonces estos dos convenios son ahora parte de los convenios fundamentales de la OIT.

## **5. El sistema internacional y la seguridad y salud en el trabajo (SST)**

El año pasado en una reunión de la conferencia Internacional del Trabajo la OIT, adoptaron decisiones que tienen un impacto mundial, en estas reuniones se pueden dar estos convenios, recomendaciones, declaraciones, protocolos. Pero los convenios son de carácter vinculante, entonces es así como en junio del año 2022, la conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, aprobó la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable como un principio y derecho fundamental en el trabajo; y estableció que los convenios sobre seguridad y salud de los trabajadores número 155 y sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo número 187, pasen a ser convenios fundamentales. Hasta antes de esta fecha eran convenios técnicos. Es decir, estaba en un segundo nivel y ahora han pasado al primer nivel como convenios fundamentales, lo cual es positivo porque va a tener un impacto importante en todo el mundo para que se promueva el tema de la prevención de los riesgos laborales, y que todos los países que son parte de la OIT tienen que hacer las acciones e informar a la OIT respecto de los avances en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Esto hace que la seguridad y salud en el trabajo sea reconocida como un derecho fundamental. Se ha visto que en el TUO del Decreto Legislativo 728, aprobado por el D.S. 003-97-TR, al trabajador se le brinde las condiciones adecuadas para que desarrolle su tarea. Es por ello que el trabajador está en todo su derecho de no ejecutar esa tarea si es que está en riesgo su vida o hay un riesgo inminente que pueda sufrir un accidente de trabajo que puede ser incluso fatal. Lo que se trata de explicar o decir es que el derecho de seguridad y salud en el trabajo se encuentra comprometido con diversos derechos fundamentales de la persona, como es el respeto a su dignidad, a la vida, es decir la seguridad y salud en el trabajo habilita otros derechos. No obstante, tiene una configuración autónoma por la finalidad que persigue en el ámbito laboral, esto es, prevenir accidentes de trabajo e incidentes peligrosos y enfermedades profesionales a través del deber de prevención de los empleadores y el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales. Los trabajadores también tienen un rol de participación a través de los distintos mecanismos que la ley establece como es el comité de seguridad y salud en el trabajo.

## **6. Conclusiones**

Gregorio Peces Barba, nos dice que los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad como una juridicidad básica. Entonces con ello

se logra ver que la seguridad y salud en el trabajo está como un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política. Esencialmente, en el artículo 23 dice ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, entonces hay una plena incorporación. Producto de eso también hay una Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo al 2030. Donde se ha planteado 5 objetivos prioritarios mediante los cuales se busca revertir la situación de las altas estadísticas de accidentes de trabajo mortales e incapacitantes y de enfermedades ocupacionales que nuestro país tiene, entonces esos objetivos implican, por ejemplo, uno, garantizar la gestión y capacidad institucional articulada en materia de seguridad y salud en el trabajo del Estado, las empresas, las y los trabajadores. Dos, construir una cultura de prevención de riesgos en el entorno. Tres, incrementar el aseguramiento de las y los trabajadores frente a los riesgos laborales, que cada vez más personas estén coberturadas frente a los riesgos. Cuatro, mejorar las condiciones de seguridad y salud en el entorno laboral de los trabajadores y cinco tiene que ver con el rol de fiscalización e incrementar los niveles de cumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud. Trabajo en el sector privado en el sector público.

## **7. Respuestas a las preguntas del público**

**7.1. Gracias a la pandemia que se atravesó hace algunos años, el trabajo remoto se volvió más popular en nuestro país y a la vez se reportaron casos donde empresas abusaban de esta condición para sobrecargar a sus trabajadores aun después de su jornada laboral, frente a ello ¿el MTPE ha planteado una norma que regule los trabajos remotos o mayormente conocidos como “home office”?**

Justamente el 28 de abril de este año 2023. Ya entró en plena vigencia la nueva ley de teletrabajo y su reglamento. Entonces, mediante esta nueva ley de teletrabajo y su reglamento, se contemplan y se regulan distintos aspectos laborales y de seguridad y salud, por ejemplo, hoy en día se solicita que el trabajador haga una autoevaluación del lugar donde teletrabaja. Ese ambiente, ese espacio donde él va a desarrollar su teletrabajo debe ser adecuado para ello debe hacer una especie de un IPER (Identificación de peligros y evaluación de los riesgos), lo hace el propio trabajador con una ficha de autoevaluación donde va a consignar, por ejemplo, cuál es la condición del techo o cuál es la condición del piso, el cableado, el ambiente, etc., para que el empleador tenga un panorama general de las condiciones en las que se viene desarrollando la labor y pueda, en este caso, garantizar que se de en condiciones adecuadas porque quién es responsable por la seguridad

y salud del trabajador es el empleador. Igual en el teletrabajo, también sigue siendo una responsabilidad del empleador, no obstante, como este se desarrolla en el domicilio y el acceso no es libre como una empresa o centro de trabajo. Es el propio trabajador quien tiene que hacer esta ficha de autoevaluación y le remitirá a su empleador, para que pueda también garantizarle su seguridad y salud en el trabajo.

**7.2. ¿Un gerente de una microempresa que está sujeta al régimen especial de la Microempresa, puede aceptar la solicitud de sus trabajadores a renunciar al régimen de pensiones? ¿Se podría hacer eso?**

Es un régimen en el cual hay algunos derechos que los trabajadores no poseen, como es el caso, por ejemplo, de las gratificaciones, la compensación por tiempo de servicios (CTS), la asignación familiar, pero sí poseen otros, y dentro de ellos está justamente el derecho a la Seguridad Social, el cual justamente es un derecho fundamental. Con el régimen de la microempresa, hace años se permitía que el trabajador suspendiera o se exima del aporte a la Seguridad Social. Esto fue hasta el año 2016. En adelante ya no es posible hacer eso. Actualmente de todas maneras, el trabajador de la microempresa tiene que estar registrado y tiene que aportar a la Seguridad Social. Es necesario que se haga, es decir, hoy en día prácticamente todos los regímenes, deben estar inscritos en la Seguridad Social.





# El reglamento interno de trabajo en la actualidad\*

Roberto Carlos Vílchez Sánchez\*\*  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

Joseph Aaron Smith Cuadros\*\*\*  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. El reglamento interno de trabajo / 2.1. Definición / 2.2. ¿De dónde nace el reglamento interno de trabajo? / 2.3. ¿Cuándo se debe crear un Reglamento Interno de Trabajo? / 2.4. Principales contenidos y disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo / 3. Impugnación del Reglamento Interno de Trabajo / 4. Principios mínimos en el Reglamento Interno de Trabajo / 4.1. Principio de debido proceso y derecho a la defensa / 4.2. Principio de tipicidad / 5. El Reglamento Interno de Trabajo y su vinculación como fuente normativa / 5. Situación actual del Reglamento Interno de Trabajo como fuente normativa / 6. Conclusiones

## RESUMEN:

Dentro de un vínculo laboral, el trabajador, se somete voluntariamente a ciertas normativas internas dispuestas por el empleador de forma unilateral. Dichas normas están contenidas, entre otras, en el Reglamento Interno de Trabajo y tienen como objetivo establecer el desarrollo adecuado

---

\* Ponencia virtual llevada a cabo en el Pre Conimude, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 30 de junio al 02 de julio del 2023.

\*\* Abogado por la Universidad de Lima. Egresado de la Maestría de Derecho del Trabajo por la Universidad San Martín de Porres y Magíster del Máster en Dirección de Personas y Gestión Estratégica del Talento en la Organización por la Universidad de Salamanca. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur.

\*\*\* Estudiante de Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Director Académico del Instituto de Derecho Laboral Empresarial (ILAE), practicante pre profesional del Área Laboral en Benites, Vargas & Ugaz Abogados S. Civil de R.L.

de las actividades que el trabajador ejecutará, versando su contenido en responsabilidades, obligaciones y deberes. Considerando todo ello, resulta imprescindible responder ¿Qué implica el Reglamento Interno de Trabajo? ¿Para qué sirve el Reglamento Interno de Trabajo? ¿Qué tan relevante es el Reglamento Interno de Trabajo? ¿Cuál es el tratamiento legal del Reglamento Interno de Trabajo? En ese sentido, este artículo desarrollará el alcance normativo y jurisprudencial sobre este importante compendio de normas presentes en los centros de labores.

**Palabras clave:** Reglamento Interno de Trabajo / Vínculo contractual laboral / obligaciones laborales del empleado / obligaciones laborales del empleador / Gestión laboral interna empresarial.

## 1. Introducción

En la actualidad, la normativa y contenidos respecto al Reglamento Interno de Trabajo versan en cuestiones referentes a la convivencia laboral armoniosa, desarrollo de actividades y responsabilidades del empleador y trabajador, e inclusive en cuestiones que giran en torno a la Seguridad y Salud en el Trabajo, En ese sentido, el Reglamento Interno de Trabajo, cimenta las normas de comportamiento que deben adoptar los trabajadores, en virtud de las políticas internas de la empresa en correspondencia, claro está, hacia las normas laborales vigentes.

Al ser un manuscrito existente en las empresas que cumplan con los requisitos necesarios para su desarrollo conforme con ley, encontramos que sus componentes son consistentes, por lo que han adquirido con el tiempo un tratamiento legal distinto y diferenciado, llegando inclusive a ser considerados como fuente del derecho laboral.

Con todo ello claro, en el presente trabajo informativo, desarrollaremos y escrutaremos en su totalidad las cuestiones comprendidas en el desarrollo, aplicación, entendimiento y uso del Reglamento Interno de Trabajo, así como también el tratamiento de este en sedes administrativas y judiciales. De esta manera, podremos tener un panorama completo del tratamiento legal del referido en la actualidad.

## 2. El Reglamento Interno de Trabajo

### 2.1. Definición

En primer lugar, en aras de esbozar un mayor entendimiento sobre el tópico en cuestión, debemos cimentar la definición o alcances que comprenden al Reglamento Interno de Trabajo. En ese sentido, para la Organización Internacional del Trabajo (S.f.), conforme al Texto Oficial de la Síntesis

de la Legislación Laboral del Perú, el Reglamento Interno de Trabajo es entendido como:

*“El Reglamento Interno de Trabajo determina las condiciones a que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones.”*

Esta definición extraída por la Organización Internacional del Trabajo deviene del tratamiento legal establecido por el Decreto Supremo Nro. 039-91-TR.

Ahondando más en el Reglamento Interno de Trabajo, la doctrina llevada de la mano por Ulloa (2017), señala:

*“La importancia del Reglamento Interno radica en la posibilidad de regular aspectos que no están contemplados en las normas y su elaboración debería ser específica, según cada empleador, no siendo recomendable copiar modelos existentes pues con ello se pierde la posibilidad de establecer reglas. Asimismo, y dada la práctica jurisprudencial, el tema disciplinario debería regularse de manera muy precisa pues ello siempre va a ser utilizado como referente en cada evaluación de sanción*

Bajo lo señalado, nos encontraríamos ante un compendio especialísimo para la necesidad de cada empleador, según las actividades que esboce este en la praxis. En ese sentido, se entiende que el Reglamento Interno de Trabajo constituye la piedra angular de la relación laboral en la etapa post contrato.

Es así como, la definición de Reglamento Interno de Trabajo implica una extensa gama de conceptos, resultando que los aspectos más relevantes son los contenidos obligacionales referentes a la disciplina, obligaciones y deberes tanto del empleador y el empleado y regulaciones en materia de Seguridad y Salud.

## **2.2. ¿De dónde nace el Reglamento Interno de Trabajo?**

Con la definición del Reglamento Interno de Trabajo realizada, debemos preguntarnos, ¿cuál es la base legal para el nacimiento de este documento normativo interno?

En ese sentido, toca remitirnos al Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, el cual a través de su artículo 9 explaya lo siguiente:

*Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador; el cual tiene facultades para normar reglamen-*

*tariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador*

Escrutando en la norma, observamos claramente que a raíz del factor subordinante que poseen los empleadores, estos pueden establecer de forma unilateral normas reglamentarias para la correcta ejecución de labores, siempre y cuando estas se hallen sujetas a criterios de razonabilidad adecuados.

Bajo esta concepción es que el Reglamento Interno de Trabajo ve luz y se cimenta en la normativa peruana, pues como hemos explicado, este compendio sirve para regular de forma base la relación laboral y su futuro dentro de la empresa.

### **2.3. ¿Cuándo se debe crear un Reglamento Interno de Trabajo?**

El Reglamento Interno de Trabajo no es aplicable en todos los centros de trabajo, toda vez que su conformación depende de la cantidad de trabajadores en la empresa. En ese sentido, nos remitimos al artículo 3 del Decreto Supremo Nro. 039-91-TR, el cual dispone que cuando el empleador ocupe más de cien (100) trabajadores, se generará la obligación de contar con un Reglamento Interno de Trabajo.

No obstante, somos de la idea de que un empleador con una cantidad de trabajadores menor a la indicada anteriormente puede de igual manera elaborar el mencionado documento normativo que le permita comunicar a sus subordinados, entre otros detalles, sus obligaciones y derechos de manera adecuada.

En caso se cumpla con el requisito de conformación para la elaboración de un Reglamento Interno de Trabajo, el proyecto final de este deberá ser enviado a la Autoridad Administrativa de Trabajo, a fin de que esta apruebe sus contenidos y lineamientos.

Posteriormente, de ser aprobado, se deberá remitir a cada uno de los trabajadores la versión final del Reglamento Interno de Trabajo, dentro del plazo señalado en la norma, a fin de que tomen conocimiento de las disposiciones que se ejecutarán.

Incluso, resulta recomendable que el empleador no solo traslade el documento y cuente con un cargo de recepción de este, sino que también capacite a sus trabajadores en cuanto al contenido del reglamento, lo que

permitirá que el personal interiorice de manera global, por lo menos, la importancia del documento y sus principales contenidos y disposiciones.

## **2.4. Principales contenidos y disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo**

Luego de haber explicado sus implicancias y aplicación, debemos explayar los contenidos del Reglamento Interno de Trabajo. Ante todo, debemos mencionar que aun cuando se regula la base de las disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo a través del Decreto Supremo Nro. 039-91-TR, en la actualidad el citado material normativo ha quedado obsoleto en el tiempo.

Por tanto, el contenido neto del Reglamento Interno de Trabajo viene siendo desarrollado por leyes supletorias totalmente ajenas al Decreto Supremo en cuestión, cabe destacar que estas serán explicadas en líneas posteriores.

Sin otro preámbulo, es menester explayar el contenido primigenio expuesto en el artículo 2 del Decreto Supremo Nro. 039-91-TR, el cual señala los siguientes lineamientos principales:

**1. Admisión o ingreso de trabajadores:** Es indispensable para la relación laboral el pactar los horarios de ingreso y salida, por lo que el Reglamento Interno de Trabajo dispone las pautas conductuales a seguir para el inicio y fin de labores efectivas.

**2. Las Jornadas y horarios de trabajo, a tiempo de la alimentación principal:** De igual forma, el Reglamento Interno de Trabajo pacta la calificación de jornadas existentes dentro de la empresa, pudiendo ser una o inclusive múltiple dependiendo el tipo de contratación. Es menester del empleador desarrollar adecuadamente cada régimen, a fin de brindar un trato especialísimo a los colaboradores sujetos a jornadas especiales atípicas o acumulativas.

**3. Normas de control de asistencia al trabajo:** En adición al punto anterior, el compendio materia del presente artículo, debe disponer efectivamente el control de asistencia y el como esta se registra adecuadamente, en aras de computar efectivamente los días laborados de los trabajadores.

**4. Normas de permanencia en el puesto conteniendo:** permisos, licencias e inasistencias: Es de vital relevancia que el Reglamento Interno de Trabajo cuente con el acápite mencionado, toda vez que permitirá regular la política interna frente a licencias, inasistencias

y permisos. Con dichos lineamientos, podrá generar despidos justificados –siempre y cuando se acumulen faltas–, incluso medidas razonables en pro del trabajador que beneficien la productividad de la empresa, entre otros.

**5. Modalidad de los descansos semanales:** Al respecto, el contenido especialísimo de los descansos semanales dentro del Reglamento Interno de Trabajo permitirá cumplir con la obligatoriedad de conferir al trabajador el descanso semanal vinculante. Asimismo, el cimentar una modalidad especialísima para lo mencionado, servirá para no incurrir en posibles faltas imputables ante Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

**6. Derechos y obligaciones del empleador:** Especial importancia envuelve a este acápite, ya que, aun cuando el empleador es el que dispone unilateralmente la normativa interna, debe encargarse de salvaguardar los derechos laborales de los trabajadores, así como disponer de las herramientas necesarias en pro de los mencionados para que cumplan efectivamente con sus labores. Finalmente, se debe hacer un especial señalamiento a las obligaciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, toda vez que suelen ser las más relevantes y por ende las más contingentes en la actualidad.

**7. Derechos y obligaciones del trabajador:** Así como de importantes son las obligaciones del empleador, el trabajador también concibe parámetros de juego especializados para la ejecución de sus labores. Por un lado, los derechos laborales de los trabajadores comprendidos en el Reglamento Interno de Trabajo giran en torno a contrarrestar problemáticas laborales, tales como la discriminación remunerativa por raza, género o sexo. También, se incluyen aquellos referentes a la protección sindical y uso de la huelga.

**8. Normas tendientes al fomento y mantenimiento de la armonía entre trabajadores y empleadores:** Es menester y de especial relevancia para las partes del vínculo laboral en mantenimiento de la armonía, pues depende ella la correcta ejecución del vínculo laboral, a fin de que ella esté sujeta a irrupciones y discordancias a futuro.

**9. Medidas disciplinarias:** Así como anteriormente hemos exhibido las obligaciones del trabajador, estas en caso de incumplimiento de las mencionadas estas serían totalmente plausibles a ser sancionables. En ese sentido, las medidas disciplinarias pueden variar por índices de razonabilidad y determinación de las faltas, por lo que cada una de ellas tiene un tratamiento y afrontamiento distinto.

Cabe destacar que estas suelen ser tipificadas principalmente como leves, graves y muy graves.

**10. Persona o dependencia encargada de atender los asuntos laborales y la tramitación de estos:** Como penúltimo estandarte, encontramos la necesidad de especificar las entidades a cargo frente a la tramitación de cuestiones que deriven del Reglamento Interno de Trabajo. Principalmente, suelen ser los equipos de Recursos Humanos o de Relaciones Laborales los cuales se encargan de la presente tarea. Es imprescindible que se hallen adecuadamente constituidos y cuenten con el apoyo correspondiente por parte de la empresa, pues depende de ellos el correcto manejo, funcionamiento y aplicación de los contenidos del Reglamento Interno de Trabajo e inclusive otros documentos o políticas emitidas por la empresa.

**11. Normas y contenidos sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, higiene y otros:** Finalmente, el Reglamento Interno de Trabajo deberá disponer y aplicar los lineamientos emitidos por las diversas leyes existentes en nuestro país frente al acápite en mención. Cabe destacar que es de especial relevancia se formule e incluya adecuadamente lo referente a lineamientos de Seguridad y Salud en el Trabajo, pues la SUNAFIL viene realizando campañas de inspección muy minuciosas sobre el cumplimiento del tema.

No obstante, recordemos que también debemos contar con un Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, según la Ley nro. 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su reglamento.

Ahora bien, luego de haber explicado el contenido primigenio del Decreto Supremo Nro. 039-91-TR, considerando lo explayado pretéritamente, el Reglamento Interno de Trabajo se ve enriquecido por normas posteriores y ajenas al citado Decreto. Bajo esta perspectiva, debemos señalar las normas accesorias, entre ellas encontramos:

- i) La Resolución Ministerial Nro. 376-2008-TR que señala la necesidad de incluir medidas frente al VIH y SIDA en el centro de trabajo,
- ii) La Ley nro. 30287 que contiene los lineamientos de prevención contra la Tuberculosis en el centro de trabajo,
- iii) La Ley nro. 30795, respecto a los derechos de los familiares directos y cuidadores en vista a pacientes con Alzheimer y otras demencias.
- iv) La Ley nro. 28705 y el Decreto Supremo Nro. 001-2011-SA re-



feridos a los riesgos y consumos del trabajo con prohibición expresa a la ingesta de estos en centros de trabajo.

v) La Ley nro. 29896 y el Decreto Supremo Nro. 023-2021-MIMP, ligado a la instalación y uso de Lactario en pro de las madres.

Sin perjuicio de todo lo señalado, el Reglamento Interno de Trabajo, puede contener diversos contenidos emitidos por parte del empleador, siempre y cuando sean razonables y fomenten una mejora en la cultura de trabajo.

### **3. Impugnación del Reglamento Interno de Trabajo**

Luego de haber explyado los temas que se deben de considerar en la elaboración del Reglamento Interno de Trabajo es necesario señalar que los trabajadores que consideren que han existido vulneraciones claras en contra de leyes o convenciones en pro de los trabajadores pueden tomar las medidas judiciales pertinentes. Es decir, podrán someter al Reglamento Interno de Trabajo a una impugnación efectiva.

Considerando ello, la Ley nro. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, entiende a través de su artículo 2 lo siguiente:

*Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:*

*1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.*

*Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:*

...

*f) La impugnación de los reglamentos internos de trabajo.*

En ese sentido, el trabajador afectado podrá con la vía ordinaria laboral salvaguardar los derechos que estime vulnerados por los contenidos del Reglamento Interno de Trabajo.

### **4. Principios existentes en el Reglamento Interno de Trabajo**

#### 4.1. Principio de debido proceso y derecho a la defensa

Conforme hemos explayado, el Reglamento Interno de Trabajo debe desarrollarse en concordancia con diversos elementos y salvaguardas constitucionales. En ese sentido, la razonabilidad en el Reglamento Interno de Trabajo debe cumplir con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, pues, aun cuando este nazca de la voluntad unilateral del empleador, su contenido debe mediar y adoptar las garantías constitucionales, tales como el debido proceso y el derecho de defensa.

Al respecto de las garantías mencionadas el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente nro. 0023-2005-AI/TC sostuvo:

*“En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros)”.*

Es decir, al entendimiento del máximo intérprete de la constitución, desde la perspectiva de las relaciones entre particulares, le es aplicable a los organismos que apliquen el Reglamento Interno de Trabajo el cumplimiento obligatorio del debido proceso.

Es menester realizar especial énfasis en estos aspectos, pues el Reglamento Interno de Trabajo contiene el trámite interno para el afrontamiento de medidas disciplinarias, por lo que la incorrecta aplicación de estos principios podría generar actos de hostilidad, despidos incausados e inclusive fraudulentos.

Ahora pues, sobre el derecho a la defensa, debe existir una instancia adecuada para que el imputado frente a cuestiones laborales, pueda emitir pronunciamientos sobre el trámite al cual ha sido sometido.

Es decir, posee el efectivo derecho a comparecer frente a la sanción imputada. Por tanto, es menester del Reglamento Interno de Trabajo el contener lineamientos para poder ejecutar adecuadamente el trámite sancionador, pues de carecer de algún elemento que permita la defensa o vulnere el debido proceso del trabajador, podría derivarse y generarse una perturbación o afectación de los máxime derechos constitucionales.

#### 4.2. Principio de tipicidad

En relación al principio de tipicidad, al observar que el Reglamento Interno de Trabajo contiene lineamientos plausibles a generar sanciones en contra de los trabajadores. Bajo dicha mirada, estos deben hallarse correctamente formulados, pues de lo contrario existirían impedimentos para que el trabajador imputado pueda defenderse adecuadamente, e inclusive pueda entender la falta propuesta.

Toca ahora desmenuzar lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el fundamento 5 de la sentencia contenida en el expediente nro. 2192-2004-AA/TC, la cual sostiene lo siguiente:

*“el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.”*

Como podemos observar, la tipicidad incurre aun cuando el contenido del Reglamento Interno de Trabajo sea ajeno a cuestiones penales o administrativas netas, esto pues define sanciones futuras.

## **5. El Reglamento Interno de Trabajo y su vinculación como fuente normativa**

Habiendo dejado en claro los alcances del Reglamento Interno de trabajo, en el presente acápite, debemos esclarecer y determinar cuáles son las implicancias del Reglamento Interno de Trabajo conforme al entendimiento vigente del Derecho Laboral Peruano.

En ese sentido, podemos afirmar que el Reglamento Interno de Trabajo, constituye y es parte de fuente normativa en el Derecho Laboral Peruano. Esto se ve sustentado conforme a la Casación Laboral Nro. 14614-2016 LIMA emitida por la Corte Suprema (2016):

*“El Reglamento Interno de Trabajo (RIT) constituye una fuente del derecho laboral emanada de la voluntad unilateral del empleador, quien en uso del poder de dirección establece un conjunto de normas destinadas a regular las obligaciones y derechos de los trabajadores al interior de la empresa”.*

Asimismo, la doctrina acoge esta interpretación, sin embargo, precisa que sería una norma de último nivel jurídico pero que prevalece en el contenido contractual de la relación laboral, en ese sentido el autor Neves (2009) expone:

*A pesar de ser una manifestación unilateral de un sujeto privado, es una norma jurídica (aunque del último nivel jerárquico) y, por tanto, prevalece sobre lo establecido en los contratos de trabajo*

Entonces, tanto la jurisprudencia como la doctrina han llegado a un consenso respecto al entendimiento del Reglamento Interno de Trabajo en el Derecho Laboral Peruano, ya que han mediado en que este constituye y tiene fuerza de norma jurídica de último nivel.

## **6. Situación actual del Reglamento Interno de Trabajo como fuente normativa**

Luego de haber explicado las implicancias, contenidos, principios y poder normativo del Reglamento Interno de Trabajo, toca hacer una revisión de situación actual del citado documento. Si bien, es interesante que el Reglamento Interno de Trabajo, permita al empleador, de forma unilateral, establecer parámetros de juego para el desarrollo de la relación laboral, en la praxis esto se ve demeritado.

Por un lado, sostenemos que aun cuando puede disponerse unilateralmente, el Reglamento Interno de Trabajo, está supeditado a muchísima normativa ajena y externa, por lo que la importancia de este se ve sepultada por lineamientos imperativos.

Por otro lado, es evidente que el Decreto Supremo 39-91-TR se halla de plano desconfigurado y desactualizado en el tiempo, pues ha evolucionado tanto la normativa laboral que los lineamientos expuestos por la citada norma han quedado relegados y podrían ser fácilmente ocupados por la totalidad de normas laborales existentes. Por lo tanto, el Reglamento Interno de Trabajo, desde un punto de vista de contenido se halla totalmente enriquecido, pero la novedad que lo comprendía, así como su norma madre han quedado olvidadas en el tiempo.

## **7. Conclusiones**

- El Reglamento Interno de Trabajo supone la base angular en forma para el desarrollo de la relación laboral, pues media entre el trabajador y el empleador al establecer obligaciones y deberes para ambas partes.
- El Reglamento Interno de Trabajo, debe contener e ir acorde a los diversos principios constitucionales conforme a lo expuesto por el Tribunal Constitucional.
- El Reglamento Interno de Trabajo, al contener materia sancionadora, debe salvaguardar al debido proceso y defensa del trabajador imputado,

pues de inobservar dichos principios podría generarse vulneración directa en contra de los derechos del trabajador, e inclusive de ser catalogada como plausible a actos de hostilidad.

- El Reglamento Interno de Trabajo contiene fuerza legal, pero de última instancia, únicamente siendo sustento para la resolución de conflictos internos especializados en materia laboral.
- Debe existir una evolución o actualización del Decreto Supremo no. 039-91-TR pues ha quedado obsoleto con el tiempo, e inclusive otras normas supletorias realizan la función de este con mayor precisión ante la amplitud de gamas y tópicos que pueden incluirse en el Reglamento Interno de Trabajo.

## REFERENCIAS

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley nro. 29497, Nueva Ley Procesal del Teletrabajo.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, Decreto Supremo Nro. 003-97-TR Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nro. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Resolución Ministerial núm. 058-97-TR, de 7 de julio de 1997, por la que se aprueba el Texto Oficial de la Síntesis de la Legislación Laboral, Sin fecha.

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE Y TRANSITORIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Casación Laboral Nro. 14614-2016, Lima 10 de marzo de 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 0023-2005-PI/TC, 27 de octubre de 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 00212-2004-PI/TC, 11 de octubre de 2004

Ulloa, D. (2017). El Reglamento Interno de Trabajo como fuente de Derecho: importancia y visión jurisprudencial, 10-11. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/16537/16883/>

## **DIRECTORES:**

Anthony Julio Romero Casilla  
Allen Martí Flores Zerpa  
Frank James Paucarchuco Gonzales

## **AUTORES:**

<b>FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio</b>	(España)
<b>MALDONADO SMITH, Mario Eduardo</b>	(México)
<b>MAZUQUI, Claudio Fabián</b>	(Argentina)
<b>GHERSI MURILLO, Lucas</b>	(Perú)
<b>BARRAGÁN GARCÍA, José Gabriel</b>	(Perú)
<b>VEGA ZEÑA, Luisana Isell</b>	(Perú)
<b>ROEL ALVA, Luis Andrés</b>	(Perú)
<b>PALACIOS MELENDEZ, Rosario Solange</b>	(Perú)
<b>PACHECO DE LA CRUZ, José Luis</b>	(Perú)
<b>HUACHACA SÁNCHEZ, Dalmiro</b>	(Perú)
<b>YARLEQUE MONTERO, Jearsineo</b>	(Perú)
<b>HUAMÁN ESCOBAR, Yajaida</b>	(Perú)
<b>CABRERA SUAREZ, Roberto</b>	(Perú)
<b>GUANILO MONTOYA, Giuliana</b>	(Perú)
<b>CÁRDENAS VELARDE, Roy Fernando</b>	(Perú)
<b>HERRERO VILLAVIEJA, Rebeca</b>	(Perú)
<b>ANICETO NORABUENA, Ursula Rosalia</b>	(Perú)
<b>DÍAZ HONORES, Jenny</b>	(Perú)
<b>MENDOZA DEL VALLE, Alessandra</b>	(Perú)
<b>VÁSQUEZ RENGIFO, Mariano</b>	(Perú)
<b>SERRANO DÍAZ, Luis Alberto</b>	(Perú)
<b>VÍLCHEZ SÁNCHEZ, Roberto Carlos</b>	(Perú)
<b>SMITH CUADROS, Joseph Aaron</b>	(Perú)

ISBN: 978-612-49585-0-2



9 786124 958502