

# Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022, Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea) | DOI: 10.51197/lj.v4i4



4



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE



Acceso a la Justicia  
de Personas en Condición de Vulnerabilidad  
y Justicia en tu Comunidad





PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

## Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022  
Publicación semestral. Lima, Perú

### DIRECTORA

JANET OFELIA LOURDES TELLO GILARDI

Presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4402-2204>

*E-mail:* jtello@pj.gob.pe

### EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA

Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

*E-mail:* gfloreshe@pj.gob.pe

### COMITÉ EDITORIAL

VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA

Sala Penal Transitoria del Poder Judicial, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1164-1981>

*E-mail:* vprados@pj.gob.pe

CARLOS CALDERÓN PUERTAS

Sala Civil Permanente del Poder Judicial, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9387-166X>

*E-mail:* ccalderon@pj.gob.pe

ELVIRA ÁLVAREZ OLAZÁBAL

Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria del Poder Judicial, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1792-9898>

*E-mail:* ealvarezo@pj.gob.pe

## CONSEJO CONSULTIVO

JUAN MARTÍNEZ MOYA

Consejo General del Poder Judicial de España, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9655-5021>

*E-mail:* [juan.martinez@cgpj.es](mailto:juan.martinez@cgpj.es)

PAULA SIVERINO BAVIO

Comité Internacional de Bioética de Unesco, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8417-8724>

*E-mail:* [paulasiverino@gmail.com](mailto:paulasiverino@gmail.com)

ROBERTO ANDRÉS GALLARDO

Comité Panamericano de Juezas y Jueces por los Derechos Sociales  
y la Doctrina Franciscana, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8220-6106>

*E-mail:* [ragarg1522@gmail.com](mailto:ragarg1522@gmail.com)

MARISA ESTHER SPAGNOLO

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Argentina

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3405-4464>

*E-mail:* [marisaspagnolo@juscorrientes.gov.ar](mailto:marisaspagnolo@juscorrientes.gov.ar)

CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE

Universidad de Barcelona, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3026-0658>

*E-mail:* [carlosvillagrasa@ub.edu](mailto:carlosvillagrasa@ub.edu)

CARLOS ZELADA ACUÑA

Universidad del Pacífico, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1991-9071>

*E-mail:* [zelada\\_cj@up.edu.pe](mailto:zelada_cj@up.edu.pe)

EDUARDO VEGA LUNA

Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2001-3285>

*E-mail:* [eduardo.vega@uarm.pe](mailto:eduardo.vega@uarm.pe)

MARCELA HUAITA ALEGRE

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3720-7406>

*E-mail:* [mhuaita@pucp.edu.pe](mailto:mhuaita@pucp.edu.pe)

RENATA BREGAGLIO LAZARTE

Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4306-2511>

*E-mail:* [renata.bregaglio@pucp.edu.pe](mailto:renata.bregaglio@pucp.edu.pe)

RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO

Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5771-896X>

*E-mail:* [raquel.yrigoyen@pucp.pe](mailto:raquel.yrigoyen@pucp.pe)

## EQUIPO TÉCNICO

William Homer Fernández Espinoza y Ronald Robert Junior  
Callapiña Galvez (asistentes), Jayro Jurado Urbina (corrección de textos),  
Rodolfo Loyola Mejía (diseño y diagramación), Joel Jonathan Alhuay Quispe y  
Erik Almonte Ruiz (gestión electrónica).

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-08322

© Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en  
Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad  
del Poder Judicial del Perú

Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 404  
Av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n, Lima, Perú  
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11346  
accesoalajusticiapv@pj.gob.pe

© Poder Judicial del Perú

Fondo Editorial del Poder Judicial  
Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 421  
Av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n, Lima, Perú  
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260  
fondoeditorial@pj.gob.pe

## DIRECCIÓN POSTAL

Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República, cuadra 2 s/n,  
oficina 404, 4.º piso, Lima 21, Perú  
*E-mail:* accesoalajusticiapv@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los  
autores en sus trabajos.

## INDIZACIONES

Crossref

Google Scholar

## LICENCIA



*Llapanchikpaq: Justicia. Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú* se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0).

Ilustración en portada: óleo *Mercado indígena* (1931), de Julia Codesido.



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA<sup>1</sup>**

Elvia Barrios Alvarado (presidenta)

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Ana María Aranda Rodríguez

Javier Arévalo Vela

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Héctor Enrique Lama More

Carlos Giovanni Arias Lazarte

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

---

<sup>1</sup> El Dr. Jorge Luis Salas Arenas, juez supremo titular, se encuentra con licencia institucional, pues preside el Jurado Nacional de Elecciones.





*Llanchikpaq: Justicia. Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú* es una publicación de periodicidad semestral que tiene como objetivo principal difundir artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos relacionados con los derechos humanos y las Reglas de Brasilia.

Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La revista *Llanchikpaq: Justicia* recibe las colaboraciones de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los trabajos de jueces nacionales y extranjeros, e investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, estudiantes y público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica en torno al acceso a la justicia, las Reglas de Brasilia y la investigación jurídica.



*Llanchikpaq: Righteousness. Review of Permanent Commission on Access to Justice for People in a Condition of Vulnerability and Justice in your Community of the Judicial Power of Peru* is a semi-annual publication whose main objective is to disseminate unpublished articles that are the result of studies and research on legal issues related to human rights and the Brasilia Rules.

The articles are then made anonymous and they are reviewed by external referees that take into account the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustments required.

The *Llanchikpaq: Righteousness* review receives contributions from judges of the Supreme Court of Justice of the Republic, as well as the work of national and foreign judges, and researchers on law and justice. This publication is aimed at judges, researchers, university professors, professors, students and a public interested in the issues of academic reflection on access to justice, the Brasilia Rules and legal research.



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

## Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022  
Publicación semestral. Lima, Perú  
ISSN: 2709-6491 (En línea)  
DOI: 10.51197/lj.v4i4

### CONTENIDOS

#### PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI 13

#### ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

REYLER RODRÍGUEZ CHÁVEZ 19

Las Reglas de Brasilia y los derechos de la familia, la infancia y la adolescencia. Limitaciones en el acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la violencia familiar

JORGE PARIASCA MARTÍNEZ 41

La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente

CAROLINA OVIEDO 55

La interseccionalidad en el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencias

AZUCENA INÉS SOLARI ESCOBEDO

79

El camino para garantizar los derechos de las personas con discapacidad y los grupos en condición de vulnerabilidad en el Perú bajo el amparo de instrumentos de protección internacional

WILLIAM HOMER FERNÁNDEZ ESPINOZA

101

El modelo social de la discapacidad y la incompatibilidad de aplicar la medida de seguridad de internamiento para la persona en situación de inimputabilidad



# Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición  
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022, 13-15

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4.615

## PRESENTACIÓN

La Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú se complace en presentar el cuarto número de la revista *Llapanchikpaq: Justicia*.

En esta edición presentamos artículos relacionados con la protección de los niños, niñas y adolescentes, las diversas formas de violencia que vulneran sus derechos humanos, y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

Al respecto, desde la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, el juez de familia Jorge Pariasca Martínez presenta el artículo «La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente», donde desarrolla un particular análisis de la jurisprudencia especializada, la legislación nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño en relación con la congruencia procesal en la tenencia de menores.

Asimismo, el juez penal de Lima Norte, Reyler Rodríguez Chávez, mediante el artículo «Las Reglas de Brasilia y los derechos de la familia, la infancia y la adolescencia. Limitaciones en el acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la violencia familiar»,

aborda las garantías y las recomendaciones dispuestas en las Reglas de Brasilia para brindar una protección reforzada en favor de la infancia, específicamente aquella que sufre una situación de violencia familiar.

También escribe Carolina Oviedo, desde la Universidad de Buenos Aires, en el artículo «La interseccionalidad en el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencias», acerca de la construcción de ciudadanía y el fortalecimiento del Estado de derecho, a partir de los tratados y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Por otro lado, Azucena Solari Escobedo, profesora de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, en su trabajo «El camino para garantizar los derechos de las personas con discapacidad y los grupos en condición de vulnerabilidad en el Perú bajo el amparo de instrumentos de protección internacional», explica los estándares internacionales para implementar buenas prácticas desde las políticas públicas relacionadas con la protección de los derechos de las personas vulnerables, con especial atención en las personas con discapacidad.

Además, William Homer Fernández Espinoza, especialista temático de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia, presenta el artículo «El modelo social de la discapacidad y la incompatibilidad de aplicar la medida de seguridad de internamiento para la persona en situación de inimputabilidad», en el cual analiza las reformas legislativas y la jurisprudencia sobre la materia con el fin de proponer una reforma legislativa que garantice la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental.

Debemos resaltar que esta publicación se realizó en coordinación con el Fondo Editorial del Poder Judicial, en cumplimiento del Plan Estratégico Institucional al 2030, aprobado por la Resolución Administrativa n.º 136-2021-P-PJ, para lograr la eficacia de las Reglas de

Brasilia, cuya actualización de normas fue adherida por este poder del Estado mediante la Resolución Administrativa n.º 198-2020-CE-PJ.

Por último, invitamos a todos los jueces, juezas, profesionales y docentes universitarios a revisar los trabajos de esta destacada revista académica especializada que se publica con una periodicidad semestral, la única que presenta estudios desde la doctrina, la jurisprudencia y la legislación sobre el acceso a la justicia de las personas y los grupos en situación vulnerable.

JANET TELLO GILARDI

Jueza suprema titular

Presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de  
Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad  
del Poder Judicial del Perú



# ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



## *Llapanchikpaq: Justicia*

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022  
Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4





# Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición  
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022, 19-39

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4.603

## Las Reglas de Brasilia y los derechos de la familia, la infancia y la adolescencia. Limitaciones en el acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la violencia familiar

The Brasilia Rules and the rights of the family, children and adolescents. Limitations in the access to justice for children and adolescents in the context of domestic violence

**REYLER RODRÍGUEZ CHÁVEZ**

Universidad Carlos III de Madrid

(Madrid, España)

Contacto: 100435813@alumnos.uc3m.es

<https://orcid.org/0000-0003-0538-8342>

### RESUMEN

El presente trabajo busca describir las principales limitaciones en el acceso a la justicia a las que se ven expuestos los niños, niñas y adolescentes inmersos en situaciones de violencia familiar en las que son víctimas directas o indirectas. Dada la minoría de edad de esta población vulnerable, afrontan como obstáculo la ausencia o la imposibilidad de ser representados legalmente en el ejercicio de sus derechos y sus intereses, sobre todo cuando los padres o las personas encargadas de su cuidado están directamente involucrados en los hechos de violencia

familiar. Como personas legitimadas y con plena capacidad, al desistir o retractarse, o simplemente no seguir con los temas legales en su causa propia, afectan directa o tácitamente la situación de vulneración de los niños, niñas y adolescentes afectados por el conflicto familiar. En ese sentido, analizaremos este tema conforme con las garantías planteadas en las Reglas de Brasilia, la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas internacionales, así como las normas de protección del marco normativo nacional, para así establecer la necesidad de construir salvaguardas de tutela reforzada para la protección de los niños, niñas y adolescentes en esta situación.

**Palabras clave:** acceso a la justicia; protección reforzada; niños, niñas y adolescentes; violencia familiar; representación técnico-legal obligatoria.

#### ABSTRACT

This article attempts to describe the main limitations in the access to justice for children and adolescents suffering from domestic violence in which they are direct or indirect victims. In view of the minority of this vulnerable population, they face the obstacle of the absence or impossibility of being legally represented to exercise their rights and their interests, especially when their parents or caregivers are directly involved in acts of domestic violence. As legally recognized persons with full capacity, by desisting or recanting or simply abandoning the pursuit of justice on their own behalf, directly or implicitly affects the vulnerable situation of children and adolescents affected by domestic violence. In this regard, we shall analyze this subject in accordance with the guarantees proposed in the Brasilia Rules, the Convention on the Rights of the Child and other international conventions, as well as the laws of protection in the national legislation, to establish the

need to build reinforced guardianship safeguards for the protection of children and adolescents in this situation.

**Key words:** access to justice; reinforced protection; children and adolescents; domestic violence; mandatory technical-legal representation.

Recibido: 05/05/2022 Aceptado: 06/06/2022

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela judicial efectiva encierra una serie de salvaguardas y garantías para toda persona que es parte de un proceso o que simplemente pretende solicitar el amparo de algunos de sus derechos, necesidades o intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, esta tutela nos habilita el acceso para acudir y solicitar protección o amparo legal, para obtener un pronunciamiento conforme con lo solicitado, que exprese las razones de lo resuelto, y, finalmente, para que lo decidido se cumpla de manera cabal. Así, la tutela judicial efectiva garantiza especiales márgenes de protección jurídica antes, durante y después de que se active el sistema de justicia.

Este importante derecho-garantía tiene efectos relevantes cuando tiene lugar en el marco de una situación conflictiva derivada de hechos o situaciones de violencia familiar que involucra a niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), así como a los padres, tutores o responsables de aquellos. Esto se debe a varias cuestiones:

1. En primer lugar, la titularidad de este importante derecho-garantía de connotación sustantiva y procesal se refiere a un grupo especial de personas en condición de vulnerabilidad, conformado por NNA, debido a su estado de crecimiento y desarrollo, y, en muchos casos, a la imposibilidad de valerse por sí mismos.

2. En segundo lugar, esta condición de grupo vulnerable les otorga a los NNA la necesidad de un mayor amparo, lo que se denomina «protección reforzada», dado el estatus de debilidad e indefensión.
3. En tercer lugar, este mismo estado de vulnerabilidad de los NNA puede generar efectos negativos en el sentido de que, en el marco de un conflicto de violencia familiar, este grupo no cuente con la suficiente representación técnico-legal para defender sus intereses de manera directa y exclusiva.
4. En cuarto lugar, la naturaleza ambivalente y dinámica del conflicto derivado de violencia familiar, al referirse muchas veces a cuestiones de ámbito personal e íntimo de la familia, concluye en un acuerdo expreso o tácito. En consecuencia, las denuncias, las investigaciones o los procesos judiciales que pudieron provenir del mismo son archivados debido al «acuerdo», el desinterés o el abandono, lo cual afecta a los derechos y los intereses de los NNA que también fueron víctimas directas o indirectas del mismo conflicto familiar.

En este contexto, es necesario analizar las implicancias que se presentan en dicha situación, considerando la condición de vulnerabilidad de los NNA, que ha sido reconocida y es objeto de tutela por las Reglas de Brasilia, así como por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN); la Observación General n.º 14 de las Naciones Unidas sobre el interés superior del niño; nuestro texto constitucional; el Código de los Niños, Niñas y Adolescentes; la Ley n.º 30466, que Establece Parámetros y Garantías Procesales para la Consideración Primordial del Interés Superior del Niño, y su Reglamento; la Ley n.º 30403, que Prohíbe el Castigo Físico y Humillante para los Niños, Niñas y Adolescentes; la Ley n.º 30364, para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, entre otros documentos.

Ante esta problemática, se hace necesario otorgar una representación técnico-legal obligatoria por parte del Estado, que otorgue asistencia legal para tutelar los derechos, las necesidades y los intereses de los NNA, de manera exclusiva y excluyente.

## 2. LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO GRUPO VULNERABLE

Los NNA constituyen un grupo vulnerable dada su especial situación de minoridad, lo que muchas veces impide que puedan valerse por sí mismos y satisfacer sus necesidades de forma autónoma. Este estado de dependencia de sus padres, tutores o guardas los coloca en una situación que les imposibilita su propio sostén y cuidado. Otro aspecto que los sitúa en una situación de vulnerabilidad es su propio estado de desarrollo psicomotriz, el mismo que los ubica física y mentalmente en una situación de especial cuidado y atención.

Al respecto, el artículo 19 de la CDN reconoce no solo este estado de vulneración en que se hallan los NNA, sino que también describe las medidas de protección que deben ser adoptadas por los Estados contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, y malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. Asimismo, se recomienda que los procedimientos establecidos para la protección de los NNA deban ser eficaces y efectivos para salvaguardar sus intereses.

Por su parte, las Reglas de Brasilia se establecieron para permitir el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. La regla 3 define lo que se entiende por grupo en condición de vulnerabilidad señalando que

se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, la regla 4 establece las causas de vulnerabilidad para estas personas:

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico<sup>1</sup>.

En ese mismo sentido, en el artículo 3 de la CDN se ha establecido que los Estados parte deben tener en cuenta el interés superior del niño en todas las medidas o decisiones que puedan afectarles. Estas

---

1 También en el artículo 6 del Reglamento de la Ley n.º 30466, Ley que Establece Parámetros y Garantías Procesales para la Consideración Primordial del Interés Superior del Niño, aprobado por el Decreto Supremo n.º 002-2018-MIMP, se establece que:

Artículo 6.- Definición de población vulnerable

- 6.1 Población vulnerable es aquella conformada por personas o grupo de personas que, debido a su condición o a la situación en la que se encuentra o por la conjunción de ambas, se ven limitadas o impedidas en el ejercicio de sus derechos y por tanto expuestas a cualquier riesgo, desprotección familiar o discriminación.
- 6.2 Se entiende por «condición» a la naturaleza o conjunto de características inherentes a la persona humana o conjunto de personas.
- 6.3 Asimismo, entiéndase por «situación» al conjunto de circunstancias o características que rodean y determinan el estado de la persona en un momento determinado.

cuestiones incluso han sido desarrolladas en la Observación General n.º 14 de las Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Esta concepción de vulnerable es aplicable a los NNA no solo por razón de la edad, sino por su situación de riesgo y sus limitaciones de desarrollo, que les impide ejercer a plenitud sus derechos sin tener que depender de otras personas.

Al respecto, señala Fernández (citado en Pellegrini, 2019) que esta protección es necesaria ante las desigualdades que limitan el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de manera igualitaria; por lo que, desde esta óptica, los alcances de la vulnerabilidad constituyen un instrumento de equilibrio ante la debilidad. Además, Pellegrini (2019) distingue como característica de este grupo vulnerable su desarrollo evolutivo, el mismo que impone la necesidad de garantizar a los NNA una tutela judicial efectiva a través de una especial protección en el sistema judicial.

Se destaca entonces no solo el estatus de vulnerabilidad de este grupo, sino también la necesidad de priorizar su protección integral y adoptar las medidas necesarias para equilibrar esa situación de desventaja y debilidad en la que se hallan los NNA en casos de violencia familiar.

### **3. AFECTACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO RESULTADO DE SITUACIONES DE VIOLENCIA FAMILIAR**

Los conflictos derivados de violencia familiar revisten especiales características, puesto que ocurren en el seno íntimo del grupo familiar y también porque las lesiones a veces no trascienden del ámbito privado. De allí que Briceño (s. f.) resalte como característica de este tipo de

conflicto el hecho de que las mujeres y los niños son los más afectados, lo cual deteriora las relaciones de parentesco y afecto en el grupo familiar<sup>2</sup>.

Podemos advertir, entonces, que los conflictos de violencia familiar denotan una característica especial, que es su intimidad y la privacidad, que genera efectos en las relaciones familiares entre los padres e hijos, la pareja, los familiares y las personas que conviven dentro de relaciones de intimidad. En este contexto, el espacio familiar se desequilibra, las relaciones interpersonales se deterioran y la convivencia se vuelve hostil y conflictiva. Para Gorjón (2010), esto se traduce en la afectación de los vínculos genealógicos primarios, es decir, en las relaciones de parentesco.

Esta situación es doblemente negativa para los NNA, puesto que por su propio estatus de dependencia moral y económica se ven compelidos a permanecer en ese ambiente conflictivo y lleno de negatividad, que muchas veces se exterioriza en las distintas formas de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial. Esta situación puede desencadenar, como señala Cussiánovich (2007), en distintas formas de violencia infantil, como el abuso, el abandono, la negligencia, la explotación, el síndrome de Munchausen o la invención de historias de enfermedades inexistentes.

Otra característica de la violencia en el ámbito familiar, cuyos afectados son los NNA, es que se establece un grado superlativo de afectación si consideramos que aquellos se encuentran en un estado de vulnerabilidad por su condición de menores, por su estado psicomotriz en proceso de desarrollo, y por su estado de dependencia moral y económica. Ante estos factores, cualquier hecho de violencia genera un catalizador importante de repercusiones negativas en ellos, cuyo

---

2 Este acento en la presencia de la violencia familiar en los grupos familiares como los niños también es resaltado por Fernández (2003).

tratamiento y atención resultan complejos, y las repercusiones causadas se prolongan durante la vida adulta.

De esta manera, los NNA son doblemente vulnerables en este tipo de conflictos derivados de la violencia familiar, puesto que existen serias limitaciones para ejercer su protección en el espacio más íntimo del seno de las relaciones familiares. Precisamente, esta situación genera un doble estado de indefensión: uno derivado de su condición de grupo vulnerable; y otro por las dificultades para representar de manera personal, exclusiva, autónoma e independiente sus intereses y derechos.

#### 4. LIMITACIONES AL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL CONFLICTO DERIVADO DE VIOLENCIA FAMILIAR

En el tema que venimos desarrollando adquiere especial relevancia el derecho de acceso a la justicia de los NNA, cuya base es la tutela judicial efectiva como una de las garantías más importantes dentro del orden interno, y ni qué decir en el ámbito de los tribunales y las cortes internacionales. Y es que uno de los problemas más trascendentales de los derechos humanos, como señala Ferrajoli (1999), es su garantía constitucional. Si no se garantiza su efectiva realización, entonces la consecuencia inmediata es la negación de la justicia como bien esencial que se persigue obtener frente a la lesión de los derechos y los intereses elementales de todo ser humano.

Siguiendo a Gómez (2008), el derecho a la tutela judicial efectiva

presenta como contenido esencial en nuestro sistema: el derecho de acceso a la justicia, el derecho a un proceso con todas las garantías —también llamado proceso debido—, el derecho a la obtención de una sentencia de fondo, motivada, fundada y congruente, y el derecho a la ejecución de sentencia (p. 66).

En la misma línea de ideas, Landa (2012) precisa que

el derecho a la tutela procesal efectiva presenta una doble dimensión: formal, referida a las garantías del procedimiento; y sustantiva o sustancial, referida al análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida impuesta. Se trata, pues, de un derecho complejo que contiene otros diversos derechos, como el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (pp. 54-55).

En ese sentido, la tutela judicial efectiva contiene una serie de repercusiones: por un lado, referidas a un halo de derechos y potestades asignadas al sujeto que goza de este derecho; y, por otro lado, existe un abanico de obligaciones recíprocas para el órgano encargado de realizar este derecho, es decir, los jueces, los tribunales y las entidades administrativas con capacidad jurisdiccional. En ambos extremos, del sujeto titular y del sujeto responsable de atender este derecho, la tutela judicial debe ser efectiva. Se debe contar con los medios para garantizar el acceso dentro de un proceso con garantías esenciales (debido proceso) en el que se obtenga un pronunciamiento de fondo, fundado en derecho, motivado y dentro del plazo razonable, y que, además, pueda ser ejecutado.

Al respecto, García señala que

el término «efectivo» parece provenir de la inseguridad de un legislador ansioso de hallar la realización de sus prescripciones, pues era consciente de que estas podían quedar en la mera enunciación o sin ejecución, aquí «efectivo» tiene una doble función: a) autoaseguramiento del auténtico poder de ordenación, y b) prescribir la operatividad de las buenas intenciones del legislador primario. La efectividad es patrimonio del derecho positivo, al que se debe su presencia, propiamente cuando es realizado y cumplido de hecho; lo que desde ya remite a entender la efectividad con relación a la actuación normativa (citado en Ledesma, 2013, p. 39).

En el ámbito de la tutela de los NNA en situación de vulnerabilidad, este derecho adquiere dimensiones especiales en lo concerniente a los derechos de acceso, a obtener una decisión motivada y fundada y a que se cumpla efectivamente lo resuelto. Existe la exigencia prevista en el artículo 4 de la CDN, que estipula la adopción de las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la convención. Asimismo, en la regla 1 de las Reglas de Brasilia se resalta la necesidad de garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Esto se reitera en la regla 25 del mismo documento, donde se establece la necesidad de promover las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva.

También la Observación General n.º 14, de las Naciones Unidas, señala en su numeral 14 tres obligaciones que se deben garantizar para respetar y poner en práctica los derechos de los NNA:

- a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas [...].
- b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial [...].
- c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado [...].

Así, a nivel convencional existe suficiente garantía reconocida del derecho de acceso a la justicia para los NNA, lo cual les asegura una amplia protección de sus derechos reconocidos y, además, se recomienda a los Estados parte la adopción de las garantías necesarias para ello.

Lo mismo sucede a nivel constitucional, conforme lo reconoce nuestra Carta Magna en el artículo 4, donde se establece el deber de protección de los NNA por parte del Estado. En igual sentido, la Ley n.º 30466 y su Reglamento establecen parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos, los procedimientos y las demás actuaciones del Estado o las entidades privadas que conciernan a los NNA.

Por otro lado, como se ha descrito, si bien existe una serie de reconocimientos convencionales, constitucionales y legales para proteger y garantizar el acceso a la justicia de los NNA, en el ámbito de la violencia producida en las relaciones familiares, estas garantías presentan serias limitaciones que se derivan principalmente de la ausencia de una tutela exclusiva, independiente y autónoma de los intereses y los derechos de los NNA en situación de vulnerabilidad y afectados por relaciones violentas.

Dada la complejidad de los conflictos derivados de la violencia familiar y la afectación de los miembros de la familia; el involucramiento de los padres, tutores o responsables de los NNA en situaciones violentas; e incluso que los adultos sean los responsables de la violencia contra los menores, cuando son víctimas directas o indirectas, existe un riesgo inminente y hasta puede haber la afectación del derecho de acceso a la justicia de los NNA para la protección exclusiva y especializada de sus derechos, independientemente de las personas a su cargo.

En esta situación de complejidad, los responsables de la violencia entre sí o en contra de los NNA, directa o indirectamente, sin las garantías especiales y reforzadas, pueden disponer del derecho de acceso a la justicia de los NNA, negándose a formular las denuncias respectivas o interponer las acciones de tutela de sus derechos, o simplemente desistir o abandonar su seguimiento. De esta manera, los padres o los encargados del cuidado de los menores se convierten

en los principales actores que impiden la efectividad del acceso a la justicia de los NNA en situaciones de violencia familiar.

En tal sentido, se presentan serias limitaciones ante la ausencia de una representación legal especializada, exclusiva y hasta excluyente que permita tutelar el acceso a la justicia de los NNA en situaciones de violencia familiar, capaz incluso de protegerlos frente a los padres o los responsables de su cuidado, priorizando el interés superior del menor y sus derechos fundamentales.

## 5. PROTECCIÓN REFORZADA Y DE REPRESENTACIÓN TÉCNICO-LEGAL OBLIGATORIA, ESPECIALIZADA Y EXCLUSIVA PARA LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

La situación de vulnerabilidad de los NNA, las limitaciones del ejercicio y la garantía (de mutuo propio) de sus derechos dentro de contextos de violencia familiar, el riesgo de indefensión, el desistimiento o desinterés en el ejercicio de sus derechos por parte de sus representantes legales, y la ausencia de una representación técnico-legal exclusiva, especializada y excluyente para la tutela de sus derechos establecen una exigencia de urgente tutela para garantizar la plena vigencia de sus derechos esenciales.

Al respecto, Espejo (2017) sugiere que

si bien el reconocimiento formal de la infancia y de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a nivel constitucional es indispensable, solo un sistema de garantías explícitas a su favor puede dar debida efectividad a tales mandatos normativos. En otras palabras, no basta con hacer un reconocimiento general a los derechos fundamentales de los niños sin reconocer, a su vez, los instrumentos concretos para hacerlos exigibles (p. 31).

Cillero (2017) ha señalado este punto como criterio para resguardar el interés superior, que debe ser tomado como una consideración preeminente que requiere una innegable justificación y una funcionalidad operativa en el sistema de derechos. En este contexto, la protección de los NNA, y en especial de su derecho de acceso a la justicia en contextos de violencia familiar, debe configurarse como una garantía reforzada para el Estado y sus instituciones.

Como señala Ortega (2018), en relación con el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *García y familiares vs. Guatemala*,

esta especial protección se fundamenta en la condición de personas en desarrollo progresivo y se justifica en torno a las diferencias que presentan respecto a las personas adultas, en cuanto a las posibilidades del efectivo ejercicio y la plena vigencia de sus derechos. Es esta condición la que ubica a los Estados como garantes de carácter reforzado y lo lleva a tomar una serie de medidas distintas dirigidas a la niñez (p. 6).

En el escenario de la violencia familiar y dadas las limitaciones que se presentan en el acceso a la justicia de los NNA, es necesario establecer una protección reforzada para garantizar este derecho y con ello la tutela efectiva de los derechos y los intereses de este grupo vulnerable.

Pellegrini (2019), con respecto al artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, señala que cuando se presenten conflictos de interés entre los menores y sus representantes legales, se requiere de una asistencia letrada propia para defender a los NNA. Efectivamente, esta garantía para hacer efectivo el acceso a la justicia permite materializar la protección reforzada de los derechos de este grupo vulnerable en contextos de violencia.

Sobre este mismo tema, la regla 28 de las Reglas de Brasilia señala la necesidad de asistencia legal y de defensa pública para el asesoramiento

técnico-jurídico, con competencia para defender todos los derechos de los grupos vulnerables en todas las instancias, materias e instituciones.

En ese sentido, y atendiendo a la especial situación de los NNA que se hallan en situaciones de violencia familiar, la representación técnico-legal que garantice sus derechos y sus intereses en este contexto debe reunir algunas características relevantes:

1. Representación técnico-legal obligatoria. La defensa debe otorgarse de manera obligatoria a todos los NNA en situaciones de violencia familiar. De esta manera, no constituye una facultad de la cual se deba prescindir. El interés superior del menor impone esta salvaguarda para velar por los derechos de este grupo vulnerable.

Esta característica se halla prevista en el inciso 11.5. del Reglamento de Ley n.º 30466; además, los artículos 42 y 43 del Código de los Niños y Adolescentes regulan la defensoría del niño y del adolescente para la defensa de sus derechos ante instituciones públicas o privadas.

2. Representación técnico-legal especializada. Debe considerarse la especialidad en el ejercicio de la representación técnico-legal de los NNA. Como se señala en la regla 28 de las Reglas de Brasilia, la asistencia legal debe permitir la realización de «la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, [...] incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial». Asimismo, en la regla 30 se señala que «se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia».
3. Representación técnico-legal exclusiva. Sobre este punto, la representación técnico-legal de los NNA en contextos de violencia

familiar debe ser de carácter exclusivo, es decir, debe velar directamente por la protección de sus derechos y sus intereses, prioritaria e independientemente de otros sujetos.

4. Representación técnico-legal plena. La representación técnico-legal de los NNA en contextos de violencia familiar debe realizarse en el ámbito privado o público, así como en procesos administrativos o judiciales, como lo señala la regla 28 precitada: incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial, en todas las jurisdicciones y las instancias judiciales.
5. Representación técnico-legal pública y gratuita. La representación técnico-legal de los NNA en contextos de violencia familiar debe ser pública; es decir, debe estar a cargo del Estado mediante las defensorías públicas de los NNA, como también lo señala la regla 29 de las Reglas de Brasilia.

En igual medida, esta representación técnico-legal de los NNA debe ser gratuita, como también lo reconoce la regla 31, sobre todo para las personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

6. Defensa técnico-legal excluyente. Cuando se presenten casos de conflictos de intereses o intereses contrapuestos entre los NNA y sus representantes legales o tutores, la defensa técnico-legal que se asigne debe ser excluyente y centrarse únicamente en la protección de este grupo vulnerable.

## 6. CONCLUSIONES

1. Los NNA tienen una condición de vulnerabilidad por su especial situación de minoridad, lo que muchas veces les impide valerse por sí mismos y satisfacer sus necesidades de forma autónoma. Otros factores son la relación de dependencia con sus padres o tutores,

- o su propio estado de desarrollo psicomotriz, el mismo que los coloca física y mentalmente en una situación de especial cuidado y atención.
2. La condición de vulnerable de los NNA establece una serie de limitaciones de desarrollo que les impide ejercer a plenitud sus derechos sin tener que depender de otras personas, lo que requiere la necesidad de priorizar su protección integral y adoptar las medidas necesarias para equilibrar esa situación de desventaja y debilidad.
  3. Los conflictos de violencia familiar tienen como característica especial la intimidad, que afecta a las relaciones familiares entre los padres e hijos, la pareja, los familiares y las personas que conviven dentro de las relaciones de intimidad. Esta situación es doblemente negativa para los NNA, puesto que por su propio estatus de dependencia moral y económica se ven compelidos a permanecer en ese ambiente conflictivo y lleno de negatividad, que muchas veces se exterioriza en las distintas formas de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial.
  4. Los NNA son doblemente vulnerables en conflictos derivados de violencia familiar, dado que existen serias limitaciones para ejercer su protección en el espacio más íntimo del seno de las relaciones familiares, generándose así un doble estado de indefensión: uno derivado de su condición de grupo vulnerable; y otro por las dificultades para representar de manera personal, exclusiva, autónoma e independiente sus intereses y derechos.
  5. El acceso a la justicia de los NNA está previsto en el artículo 4 de la CDN, que estipula la adopción de medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, así como en las reglas 1 y 25 de las Reglas de Brasilia, que establecen la necesidad de promover las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva.

6. El acceso a la justicia de los NNA en contextos de violencia familiar presenta serias limitaciones derivadas principalmente de la ausencia de una representación técnico-legal exclusiva, independiente y autónoma que proteja los intereses y derechos de este grupo vulnerable cuando es afectado por relaciones violentas.
7. En el escenario de la violencia familiar, y dadas las limitaciones que se presentan en el acceso a la justicia de los NNA, es necesario establecer una protección reforzada para garantizar este derecho y con ello la tutela efectiva de los derechos y los intereses de este grupo vulnerable.
8. La representación técnico-legal capaz de garantizar el acceso a la justicia y la efectividad de los derechos y los intereses de los NNA debe reunir las siguientes características relevantes: obligatoria, especializada, exclusiva, plena, pública y gratuita, y excluyente.

## 7. RECOMENDACIONES

1. Prioridad y exclusividad de la representación técnico-legal. Es necesario que se garantice de forma prioritaria la atención y la protección de los NNA, frente a otro tipo de sujetos en el contexto de la violencia familiar, dada su situación de vulnerabilidad y la necesidad de protección reforzada que imponen las normas internacionales.
2. Implementación de la representación técnico-legal. Las defensorías públicas de defensa de los NNA, en el contexto de la violencia familiar, deben garantizar el acceso a la justicia en cualquier tipo de procedimiento o proceso judicial, ante instituciones públicas o privadas, en la jurisdicción nacional o internacional, de manera que se tutele con exclusividad sus derechos e intereses.

3. Garantía obligatoria de la representación técnico-legal en espacios donde se traten derechos de los NNA. La garantía de contar con una representación técnico-legal debe exigirse de forma obligatoria en todo tipo de instancias administrativas o judiciales, en instituciones públicas o privadas, donde se traten asuntos que involucren derechos o intereses de este grupo vulnerable.

## REFERENCIAS

- Briceño, J. L. (s. f.). *Violencia familiar: violencia física y psicológica. Problemas, consecuencias y soluciones* [Archivo PDF]. [https://www.teleley.pe/legacy/articulos/art\\_briceno.pdf](https://www.teleley.pe/legacy/articulos/art_briceno.pdf)
- Cillero, M. (2017). Interés superior del niño: apuntes para su reconocimiento constitucional. En Quesille, A. (ed.), *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (pp. 45-80). Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Ginebra: 29 de mayo de 2013. [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc#:~:text=Todos%20los%20Estados%20partes%20deben,14](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc#:~:text=Todos%20los%20Estados%20partes%20deben,14)
- Cussiánovich, A. (2007). Módulo I. La violencia en la familia: problema de seguridad y salud públicas y la labor del juez de paz. En Cussiánovich, A., Tello, J. y Sotelo, M., *Violencia intrafamiliar* (pp. 11-47). Poder Judicial. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7bc41a00476b013c812de51f51d74444/ViolenciaIntrafamiliar110708.pdf?MOD=AJPERES&attachment=true&id=1309447524776>

- Espejo, N. (2017). El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República. En Quesille, A. (ed.), *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (pp. 9-43). Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Fernández, M. del C. (ed.) (2003). *Violencia doméstica*. Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria. [https://www.sanidad.gob.es/ca/ciudadanos/violencia/docs/VIOLENCIA\\_DOMESTICA.pdf](https://www.sanidad.gob.es/ca/ciudadanos/violencia/docs/VIOLENCIA_DOMESTICA.pdf)
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Gómez, M. (2006). Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en la Unión Europea: protección y contenido. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (11), 61-78. <https://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12484>
- Gorjón, M. C. (2010). *La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género* [Tesis de doctorado, Universidad de Salamanca]. [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/83229/DDPG\\_Gorj%F3nBarranco\\_Mar%EDaConcepci%F3n\\_Respuestageneral.pdf;jsessionid=EE1C6D00D38404A67DAE235975F30E03?sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/83229/DDPG_Gorj%F3nBarranco_Mar%EDaConcepci%F3n_Respuestageneral.pdf;jsessionid=EE1C6D00D38404A67DAE235975F30E03?sequence=1)
- Landa, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Tribunal Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura. <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/37>

- Ledesma, M. (coord.) (2013). Afectación al debido proceso por vulneración al derecho de defensa en la revisión de la pretensión reivindicatoria. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/CenDocBib/con4\\_uibd.nsf/\\$\\$ViewTemplate%20for%20Documentos?OpenForm&Db=8345C029D0BA8FDE05257BA900634E66&View=yyy](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/CenDocBib/con4_uibd.nsf/$$ViewTemplate%20for%20Documentos?OpenForm&Db=8345C029D0BA8FDE05257BA900634E66&View=yyy)
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2018). Decreto Supremo n.º 002-2018-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley n.º 30466, Ley que Establece Parámetros y Garantías Procesales para la Consideración Primordial del Interés Superior del Niño. Lima: 30 de mayo de 2018. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-30466-ley-que-establece-pa-decreto-supremo-n-002-2018-mimp-1654825-3/>
- Ortega, R. A. (2018). *Estándares para niñas, niños y adolescentes*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38353.pdf>
- Pellegrini, M. V. (2019). La participación judicial de niñas, niños y adolescentes y el Código Civil y Comercial argentino. Avances y dificultades. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño* (pp. 175-198). Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2018). [Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en abril de 2018, Quito-Ecuador]. [https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilias\\_web.pdf](https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilias_web.pdf)





# Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición  
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022, 41-53

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4.591

## La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente

---

Procedural congruence in the custody of children  
and adolescents

JORGE PARIASCA MARTÍNEZ

Corte Superior de Justicia de Lima Norte  
(Lima, Perú)

Contacto: [jpariascam@pj.gob.pe](mailto:jpariascam@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0001-7787-7052>

### RESUMEN

El derecho procesal de familia es una disciplina en auge y en cuyo ámbito el Poder Judicial tiene una participación activa. De las diversas instituciones que comprenden la especialidad, el autor analiza la congruencia procesal en la tenencia de menores. Considera que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República permiten interpretar de manera integral el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes para la solución plena del desacuerdo familiar sobre la custodia del menor.

**Palabras clave:** congruencia procesal; tenencia de los hijos; flexibilización; casación; Código de los Niños y Adolescentes.

## ABSTRACT

Family Law Rules of Procedure is an increasingly popular discipline and in which the Judiciary has an active participation. The author analyzes the procedural congruence in the custody of minors, of the different institutions that rule on this subject. He considers that the opinions of the Supreme Court of Justice of the Republic allow us to interpret Section 81 of the Code of Children and Adolescents as a whole, for the solution of family disputes on the custody of minors.

**Key words:** Procedural congruence; child custody; flexibilization; cassation; Code of Children and Adolescents.

Recibido: 05/05/2022 Aceptado: 06/06/2022

## 1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, el derecho procesal de familia tiene un progresivo desarrollo en la doctrina y en las sentencias o resoluciones expedidas por los jueces del Poder Judicial. Es así que la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante CSJR) (2011), con la expedición del Tercer Pleno Casatorio Civil, ha fijado parámetros básicos y necesarios con la finalidad de afianzar las bases de un verdadero derecho procesal a favor de las familias, los niños y los adolescentes:

El derecho procesal de familia se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón de la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio* (p. 19).

Como consecuencia de dicho pleno casatorio, algunos jueces, comprometidos con la materia, han promovido buenas prácticas al agilizar diversos procesos en beneficio de las personas involucradas en conflictos familiares. No obstante, el asunto no es sencillo. Existe aún la «cultura tradicional» que ha generado que no exista uniformidad de criterios sobre la materia a nivel nacional. El uso habitual de las herramientas procesales civiles en asuntos familiares o el apego desmedido a la forma procesal<sup>1</sup>, que ha propiciado propiamente el descuido del derecho de las partes en el proceso, ha originado que determinados procesos familiares se tramiten lentamente. Es así que no asombra tomar conocimiento de que en algunos distritos judiciales aún se desarrollan procesos iniciados hace dos o tres años.

En esta oportunidad, abordaremos la congruencia procesal en el proceso de tenencia de menores, tema controversial y recurrente en el Poder Judicial. El objetivo del presente trabajo es contribuir a la interpretación que favorece a la solución global del conflicto familiar producto de la tenencia y uniformizar los criterios a nivel nacional, para el beneficio de los principales involucrados: los niños, las niñas y los y las adolescentes.

## 2. ¿CONGRUENCIA O INCONGRUENCIA PROCESAL?

En principio, la congruencia procesal no genera mayor discusión. Su extensión o ámbito de aplicación es amplio en todo territorio procesal. Al respecto, Devis (1984) define así al principio de congruencia:

Es el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes (en los procesos civiles, comerciales,

---

1 El exagerado uso de las normas imperativas del proceso civil no solo proviene de los jueces especializados sino también de las partes.

laborales y contencioso-administrativos) y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por este contra tales imputaciones (pp. 49-50).

Para Peyrano (1978), la congruencia es «la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima» (p. 64).

Por su parte, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil (1993) lo establece de la siguiente manera:

El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

En tal sentido, el proceso familiar de tenencia de menores no debería ser una excepción. Si bien se rige bajo las reglas del proceso único previstas en el Código de los Niños y Adolescentes (2000) (en adelante CNA), conforme con el artículo 161 de este documento, deberá considerarse supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil.

El problema que surge es que el legislador ha regulado expresamente en el artículo 171 del CNA la no admisión de la reconvencción para este tipo de procesos. Con dicha prohibición en la norma especial, el juez, al momento de sentenciar, deberá pronunciarse sobre el petitorio del demandante. Esto, que puede resultar justificable en otro tipo de proceso o disciplina, no resulta razonable para los procesos de tenencia de menores.

Con respecto a la definición de tenencia, Barletta (2018) dice que

la tenencia como atributo de la patria potestad refiere al derecho y deber de los padres de tener consigo a sus hijos en su domicilio, a fin de prodigarles cuidado y atención. Para fijar la tenencia se tendrá en cuenta la opinión del niño o adolescente, así como el resguardo del interés superior del niño (p. 110).

De modo que si tenemos en consideración que el juez resolverá un conflicto generado por las desavenencias de los padres, quienes no se ponen de acuerdo en cuál de ellos cuidará al hijo y residirá con él, debemos entender que el usuario requiere una respuesta rápida y breve del órgano jurisdiccional que solucione efectivamente la sensible controversia.

Como recuerda Kielmanovich (2009),

la singularidad del proceso de familia no se encuentra tanto en su forma exterior o conformación estructural —más allá de que, como se ha dicho, algunos ordenamientos hayan establecido procedimientos especiales de familia o establecido normas particulares dentro de sus códigos procesales generales destinadas a regularlos—, sino más bien en su sustancia (pp. 1-2).

En ese sentido, la congruencia no coadyuva con los fines del proceso de tenencia. El juez se ve limitado a resolver el conflicto de una manera «parcial», perjudicando la solución total del caso en concreto, que es la razón de ser de la materia.

El artículo 81 del CNA reza literalmente que

cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Si integramos dicho artículo con el principio de congruencia procesal que, como se ha dicho, es aplicable a todo proceso en general y no tiene posibilidad de reconvencción, queda claro que el juez deberá resolver la tenencia petitionada por el demandante y, sobre dicha base, declararla fundada o infundada, según corresponda.

Veamos dos supuestos: a) el demandante reside con su hijo, pero no tiene las condiciones para custodiarlo; y b) el demandante o progenitor interpone la demanda, pero no ejerce la custodia de su hijo y además no cuenta con los presupuestos necesarios para residir con él. En ambos casos, conforme con el principio de congruencia procesal se deberá declarar infundada la demanda. ¿Se solucionó el problema familiar? Es evidente que no. Por el contrario, la sentencia incrementará la pugna luego de un proceso que no solucionó nada, con la probabilidad de que ambos ingresen a un terreno violento.

Asimismo, en el primer supuesto puede suceder que en el trámite del proceso se determine que es el otro progenitor (el demandado) quien sí presenta las condiciones para ejercer la tenencia; sin embargo, el juez, conforme con el mencionado principio, no podrá pronunciarse sobre dicho extremo.

Lo mismo puede ocurrir en el segundo escenario. En el desarrollo del proceso, el juez observa que el demandado, en los hechos, vive con su hijo y, conforme con los medios probatorios, es la persona idónea para custodiarlo y protegerlo. Al igual que en la conjetura anterior, de acuerdo con la congruencia procesal, el juez se ve impedido de pronunciarse sobre la tenencia a favor del demandado.

¿Qué solución entonces se presenta para solucionar realmente la incertidumbre familiar? La respuesta la brinda el Tercer Pleno Casatorio Civil, que ha fijado como precedente judicial vinculante la flexibilización del principio de congruencia en los procesos de familia.

### 3. FLEXIBILIZACIÓN DE LA CONGRUENCIA PROCESAL

El Tercer Pleno Casatorio Civil, sobre el principio de congruencia, considera lo siguiente:

Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo (CSJR, 2011, p. 21).

Sobre la base del caso concreto que fue materia de pronunciamiento (divorcio por causal de separación de hecho), el Tercer Pleno Casatorio Civil fundamenta el denominado «petitorio implícito» en estos términos:

Si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás, el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia (CSJR, 2011, pp. 21-22).

A partir de los fundamentos citados, la flexibilización del principio de congruencia no puede ser entendida como una licencia para que el juez resuelva lo que no ha sido materia de debate en el proceso.

En otros términos, el juez debe tener presente el petitório expreso, previsto en la demanda, y el pedido implícito del demandado, que puede presentarse en un proceso familiar de menores en la contestación de demanda o durante el proceso. En caso se produzca, debe garantizarse el contradictorio o derecho de defensa de la parte contraria y la doble instancia.

### 3.1. Casación n.º 1252-2015-Lima Norte

La CSJR ha tenido la oportunidad de resolver un caso relacionado específicamente con el principio de congruencia en un proceso de tenencia. Se trata de la Casación n.º 1252-2015-Lima Norte. En dicha controversia, se observa que Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes recurre a la Corte Suprema vía casación en contra de la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fecha 14 de noviembre de 2014, que resolvió confirmar la sentencia que declaró infundada la demanda y la integra resolviendo que la demandada Olga Sayas Toro es quien debe custodiar a su hijo, ordenando que Jesús Frascuelo entregue al menor a la parte demandada (CSJR, 2016).

La casación realiza un resumen del caso: Jesús Frascuelo Cáceres Cervantes se encuentra viviendo con su menor hijo, de iniciales J. L. T. C. S., y promovió la demanda de tenencia a favor de su hijo y en contra de Olga Sayas. La demanda fue declarada infundada y el juez fijó un régimen de visitas a su favor. Es el demandante quien únicamente apela y la Sala Superior confirma la sentencia, integrando la misma, y declara que la demandada, Olga Sayas, es la persona que deberá tener a su menor hijo. Lo interesante del caso es que, según refiere el demandante, en el proceso Olga Sayas se limitó a solicitar la tenencia compartida; sin embargo, se le otorgó la tenencia exclusiva (CSJR, 2016).

La CSJR (2016), en el quinto y en el sexto fundamento de la casación, refiere lo siguiente:

QUINTO.- [...] efectuado el emplazamiento de ley a la demandada, esta en su escrito de fojas ochenta y uno, no reconvino solicitando ser ella quien ejerza la tenencia exclusiva; sin embargo, manifestó que ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo con el demandante, se dictara un régimen de tenencia compartida. Por consiguiente, se aprecia que, efectivamente, el *Ad quem* ha emitido un fallo *extra petita*, al otorgar a la demandada la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que esta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso.

SEXTO.- Sobre el particular, debe anotarse que la tenencia compartida es factible jurídicamente, en atención a lo previsto por el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes; más aún, si se tiene en cuenta que el propio *Ad quem* ha determinado en la recurrida que las conductas de ambos padres del menor no constituyen una situación de riesgo para el desarrollo integral del mismo, en tanto que ambos expresan sentimientos de afecto hacia él y este anhela vivir con ambos (pp. 5-6).

El pronunciamiento supremo permite llegar a dos conclusiones. Primero, la demandada manifestó que al no ponerse de acuerdo con el demandante debería dictarse la tenencia compartida. La madre no reconvino porque, como se ha mencionado, no procede en los procesos únicos de tenencia; sin embargo, fue suficiente su pedido en el proceso para que, previo contradictorio, el juez resuelva. No obstante, la Sala Superior, al integrar la sentencia de primera instancia, resolvió de una manera distinta al debate procesal y otorgó la tenencia exclusiva a la madre, cuando esta no fue peticionada por ninguna de las partes.

Una segunda conclusión es que la casación fundamenta que es viable jurídicamente la tenencia compartida en el presente caso al advertir que la conducta de ambos padres no es riesgosa para el hijo.

En otros términos, considera que la tenencia compartida, institución no muy valorada por la jurisprudencia nacional —mas sí en la doctrina—, debe estimarse cuando la conducta o el comportamiento de los padres no pongan en peligro al niño, considerando además que ambos manifiestan afecto o cariño hacia su hijo.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado el recurso de casación y resolvió declarar nula la sentencia, ordenando a la Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte que emita nueva sentencia con arreglo a ley y según las consideraciones del pronunciamiento supremo (CSJR, 2016).

#### 4. UNA MIRADA INTEGRAL AL ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Como se ha mencionado, cuando el artículo 81 del CNA refiere que la tenencia la resolverá el juez especializado, quien dictará las medidas necesarias —con la prohibición legal de reconvenir—, generalmente se comprende que lo hace conforme con el principio de congruencia procesal, es decir, acorde con el petitorio del demandante.

Para los que siguen dicha interpretación, el juez resuelve sobre el pedido expreso en la demanda, sin poder extenderse, de modo que, si el demandado considera que él es la persona idónea para vivir con su hijo y custodiarlo, deberá iniciar otro proceso, al encontrarse impedido legalmente de reconvenir. Seguir esta línea, en caso de que el demandado fomente otro proceso, promueve la acumulación de procesos para que finalmente ambos sean conocidos por un solo juez, quien, en definitiva, resolverá de manera plena la controversia. El problema es que, en los hechos, acumular equivale a meses de retraso en la solución del conflicto en perjuicio del niño, la niña o el o la adolescente, además de costos adicionales para el demandado.

Cabe precisar que, en algunas ocasiones, iniciar un proceso paralelo es una mala praxis de los demandados cuando se declara su rebeldía en el proceso inicial. Impulsan un segundo proceso para pedir la acumulación ante el juez del proceso inicial luego de admitida la demanda, y que de esta forma valoren sus medios probatorios.

Lo resuelto por la Corte Suprema, tanto en el Pleno Casatorio como en la casación comentada, permite reflexionar sobre cómo debemos interpretar el artículo 81 del CNA. Es así que surge una interpretación que debemos llamar integral, al orientarse a resolver la disputa entre los padres por la custodia de su menor hijo en un solo proceso, flexibilizando el principio de congruencia. De esta manera, debemos comprender que el mencionado artículo se orienta a señalar que los padres deberán acordar lo más beneficioso para su menor hijo, tomando en cuenta su opinión, en la esfera interna o familiar; y solo en caso no se pueda conciliar, deberán recurrir al juez especializado, quien deberá dictar las medidas necesarias para determinar la tenencia y custodia del niño, la niña o el o la adolescente, además de fijar el régimen de visitas correspondiente, luego de los pedidos (expresos o implícitos) de las partes y de la valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos, y poder disponer la tenencia compartida, si fuera el caso.

Incluimos el régimen de visitas en la resolución del caso, ya que por ley el juez deberá fijar, de manera accesoria a la tenencia, un régimen de visitas al padre, a quien no se le concede la tenencia de su hijo, según el inciso c del artículo 84 del CNA: «para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas». Además, es un derecho fundamental del niño mantener comunicación ordinaria con ambos padres, según el inciso 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989):

Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

No cabe duda de que con esta lectura integral el operador jurídico también cumple con el interés superior del niño<sup>2</sup>, ya que son los niños, las niñas y los y las adolescentes los principales beneficiados con la resolución de un proceso de tenencia que no tenga mayores formalismos y esté centrado en la solución del caso familiar.

## 5. CONCLUSIONES

1. El Poder Judicial contribuye a la formación progresiva de un derecho procesal de familia ágil para beneficio de los usuarios y de los niños, las niñas y los y las adolescentes.
2. Si bien en términos legales el proceso único de tenencia se rige supletoriamente por el Código Procesal Civil, conforme con el Tercer Pleno Casatorio Civil, dicho proceso forma parte del derecho procesal familiar y, por tanto, no debe limitarse a la «solemnidad».
3. La congruencia procesal en la tenencia se flexibiliza. En otros términos, es procedente el denominado «petitorio implícito» del demandado que, previo contradictorio, deberá ser apreciado y valorado por el juez al momento de expedir sentencia.
4. Flexibilizar la congruencia procesal no es brindarle total libertad al juez para resolver el asunto. La flexibilización alcanza solo hasta

---

2 Sobre el interés superior del niño, el inciso 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño menciona que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

el petitorio implícito del demandado; caso contrario, el juzgado se estaría pronunciando de forma *extra petita*.

5. La lectura del artículo 81 del CNA debe ser integral. El juez debe poner fin al desacuerdo entre los padres con respecto a la tenencia y las visitas de los niños. De esta forma, también se previene la violencia en el ámbito familiar y se erradica la acumulación procesal y la mala praxis en los procesos de tenencia.

## REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York: 20 de noviembre de 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Barletta, M. C. (2018). *Derecho de la niñez y adolescencia*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Casación n.º 4664-2010-Puno. Lima: 18 de marzo de 2011. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación n.º 1252-2015-Lima Norte. Sala Civil Transitoria. Lima: 4 de mayo de 2016. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500/Resolucion\\_1252-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500/Resolucion_1252-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2cf1738041704a5d89c3a90464bd7500)
- Devis, H. (1984). *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos* (t. I). Editorial Universidad.
- Kielmanovich, J. L. (2009). *Derecho procesal de familia*. Abeledo Perrot.
- Peyrano, J. W. (1978). *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Astrea.





# Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición  
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022, 55-78

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4.594

## La interseccionalidad en el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencias

---

Intersectionality in the access to justice for women victims  
of violence

**CAROLINA OVIEDO**

Universidad de Buenos Aires

(Buenos Aires, Argentina)

Contacto: [coviedo@sociales.uba.ar](mailto:coviedo@sociales.uba.ar)

<https://orcid.org/0000-0002-2232-9590>

### RESUMEN

Abordar las brechas en el acceso a la justicia derivadas de la discriminación interseccional contra las mujeres es fundamental para la construcción de ciudadanía y el fortalecimiento del Estado de derecho. El pleno ejercicio del derecho a una vida libre de violencia en el ámbito doméstico e intrafamiliar requiere repensar estas brechas desde la interseccionalidad. En este contexto, la línea jurisprudencial que ha tomado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al incluir la aplicación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer por el homicidio de una mujer trans es el camino que necesitamos recorrer para construir

sociedades más justas. Sociedades que no sean ciegas a las experiencias que atraviesan mujeres diversas y plurales para acceder a la justicia.

**Palabras claves:** interseccionalidad; género; derechos humanos.

### ABSTRACT

To approach the gaps in the access to justice derived from the intersectional discrimination against women is essential for the construction of the citizenry and the strengthening of the State governed by the Rule of Law. The exercise in full of the right to a life free of violence in the domestic and intra-family sphere requires rethinking these gaps from an intersectional standpoint. In this context, the case law adopted by the Inter American Court of Human Rights, by including the application of the Inter American Convention to prevent, sanction and eradicate violence against women, for the murder of a trans woman is the course we must take to build fairer societies. Societies that are not blind to the experiences of different and plural women in their search for justice.

**Key words:** intersectionality; gender; human rights.

Recibido: 05/05/2022 Aceptado: 06/06/2022

## 1. INTRODUCCIÓN

Entre el 2000 y el 2018 se realizó un estudio que capturó las respuestas de dos millones de mujeres en 161 países, y que estimó que a nivel mundial el 27 % de mujeres —de entre 15 y 49 años— han experimentado violencia física o sexual por parte de su pareja íntima, y que el porcentaje se incrementa en un 38 % en la región andina de América Latina (Sardinha, Maheu-Giroux, Stöckl, Meyer y García-Moreno, 2022, p. 808). La violencia en el ámbito del hogar en contexto

de matrimonio, convivencia u otra forma de unión es alarmante y prevalece en su tipología física, sexual, psicológica, económica o simbólica. Estas violencias conllevan consecuencias tanto en la salud física, sexual y mental —a corto y largo plazo— como en embarazos no deseados, infecciones de transmisión sexual y la muerte violenta.

A raíz de la pandemia por la COVID-19 y las medidas de emergencia sanitaria, el hogar se posicionó como un lugar «seguro»; empero, en el mundo ya se estimaba que el 38,6 % de homicidios de mujeres eran cometidos por sus parejas íntimas, en contraste con el 6,3 % de homicidios de hombres (Stöckl, Devries, Rotstein, Abrahams, Campbell, Watts y García-Moreno, 2013). En este sentido, según un informe del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, en 26 países de la región al menos 4091 mujeres fueron víctimas de feminicidio en el 2020 (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2021).

Los Estados se han comprometido a través de instrumentos jurídicos vinculantes a afrontar esta situación. Sin embargo, el hecho de que se perpetúen las violencias a lo largo de los años denota que los esfuerzos aún no son suficientes para una efectiva prevención, sanción y erradicación de la violencia hacia las mujeres por motivos de género en todos los ámbitos, incluyendo el hogar. Al respecto, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad<sup>1</sup> identifican a la violencia contra las mujeres como

cualquier acción o conducta, basada en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado la muerte, un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico o afectación patrimonial a la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la

---

1 Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador. Ver <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/4/2021/06/1/cien-reglas-de-brasil.pdf>

libertad, tanto en el ámbito público como en el privado. El concepto de violencia contra la mujer comprenderá la violencia doméstica, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado, así como cualquier acción o conducta que menoscabe la dignidad de la mujer (regla 19).

En este contexto, resulta fundamental pensar el acceso a la justicia como construcción de ciudadanía para garantizar el derecho a una vida libre de violencia. En tal sentido, Maurino y Sucunza (2016) indican cómo la aproximación tradicional del acceso a la justicia —pensada como «garantía procesal instrumental, defensiva, individual para la efectividad y tutela de los derechos»— se ha ido transformando en una aproximación estructural y colectiva para la construcción de ciudadanía social (p. 4). A su vez, se ha posicionado al acceso a la justicia como parte del principio de igualdad y no discriminación, y como una herramienta de emancipación ciudadana (p. 5). Asimismo, el acceso a la justicia centrado en las personas demuestra que

la posibilidad de ser oído por un tribunal es ciertamente un aspecto central, pero no solo por su dimensión instrumental, sino en sí misma, como un elemento de emancipación y ciudadanía efectiva, especialmente para las comunidades y colectivos tradicionalmente desaventajados (p. 5).

Desde esa lógica de escucha es fundamental pensar en la mirada interseccional para el efectivo acceso a la justicia y la participación ciudadana. En esa línea, este artículo se propone abordar la interseccionalidad a fin de observar su centralidad para un acceso efectivo a la justicia, centrado en las personas, e identificar cómo esa perspectiva es receptada desde el principio de no discriminación hacia las mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, para desarrollar este objetivo se dará una aproximación sobre las nociones de interseccionalidad, discriminación hacia las mujeres y condición de vulnerabilidad. Luego, se identificarán los instrumentos

y los estándares internacionales que plantean la interseccionalidad como un enfoque clave para que el Estado pueda garantizar el derecho a una vida libre de violencias desde el control de convencionalidad.

## 2. ALCANCE DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL DESDE LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

### 2.1. Interseccionalidad

*Se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.*

REGLA 2. REGLAS DE BRASILIA

Una de las impulsoras de la interseccionalidad como categoría conceptual fue la abogada afroestadounidense Kimberlé Crenshaw en la década de los noventa. Su objetivo era lograr que en los enfoques jurídicos se recepten las experiencias de opresión que transitaban las mujeres afroestadounidenses. Experiencias que entrecruzaban el racismo y el sexismo, y se diferenciaban de las opresiones que atravesaban a las mujeres blancas o a los varones afroestadounidenses (Góngora-Mera, 2020). Al respecto, es interesante lo que trae a colación Viveros (2016) al relatar que

Kimberlé Crenshaw ha aclarado que su aplicación de la interseccionalidad ha sido y continúa siendo contextual y práctica, y que su pretensión nunca fue crear una teoría de la opresión general, sino un concepto de uso práctico para analizar omisiones jurídicas y desigualdades concretas (p. 5).

Por su parte, en la región latinoamericana se retoma este concepto desde la denominada «colonialidad de género», entrecruzando las

categorías en torno a la etnia, la clase, el género y la sexualidad desde una mirada crítica (Viveros, 2016).

Es fundamental identificar que el género como construcción social y política se encuentra atravesado por roles, subjetividades, comportamientos, vínculos y mandatos que deben ser cumplidos por las masculinidades y las feminidades respectivamente. La modernidad estableció una idea de verdad objetiva, absoluta e indubitable que radica en el método científico, la razón y las ciencias como eje central. En estos dualismos clasificatorios se reflejan esos roles de género. A modo de ejemplo, se podrían nombrar algunos dualismos: hombre-mujer, civilizado-salvaje, hombre-naturaleza, entre tantos otros. Para Olsen (1990), estos sistemas conllevan tres características:

Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como «masculino» es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior. Y tercero, el derecho se identifica con el lado «masculino» de los dualismos (p. 1).

En este sentido, se observa que en la modernidad se desarrolla un terror a la ambigüedad, a lo que es incierto y no encaja en las clasificaciones binarias (Bauman, 1996, pp. 80-81). Bauman observa que «la intolerancia es, por ello, la inclinación natural de la práctica moderna. La construcción del orden pone límites a la incorporación y admisión. Supone la negativa a derechos y fundamentos que no puedan ser asimilados —para deslegitimación del otro» (p. 82).

Es clave identificar que cuando hablamos de la discriminación interseccional estamos ante una situación de discriminación única que combina —no suma— varios motivos y que, entre otras cosas,

ha servido para desafiar el modelo hegemónico de «La Mujer» universal, y para comprender las experiencias de las mujeres pobres y racializadas como producto de la intersección dinámica entre el sexo/género, la clase y la raza en contextos de dominación construidos históricamente (Viveros, 2016, p. 8).

## 2.2. Igualdad y no discriminación

*Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

REGLA 18. REGLAS DE BRASILIA

El enfoque interseccional para el acceso a la justicia fortalece al principio de igualdad contenido en el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), que recepta la igualdad y la no discriminación de grupos en condición de vulnerabilidad, y en el artículo 24 desde la noción de igualdad como no arbitrariedad. El alcance del listado de «categoría sospechosa» contenido en el artículo 1.1. de la CADH lo ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en casos como *González Lluy y otros vs. Ecuador*, al tratarse de una niña viviendo con VIH; *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en torno a la discriminación por la orientación sexual; o *Trabajadores de Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, por la condición de pobreza. De aquellos se desprende que el Estado debe cumplir criterios necesarios para que su actuación no sea confundida con un acto discriminatorio cuando estamos ante medidas o prácticas que puedan presumir trato diferenciado con base en esas categorías (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019a, p. 69). Estos criterios deben demostrar que la adopción de la

medida estatal es legítima, imperiosa, idónea, necesaria, conducente y, sobre todo, proporcional (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019a).

A su vez, la discriminación puede darse debido a un impacto desproporcionado en el obrar estatal. En tal sentido, la Corte IDH (2012) en *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* precisa que la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación puede producirse de forma indirecta debido a las medidas o políticas instauradas desde el Estado. Estas, en principio, se proyectan como neutrales; sin embargo, causan efectos negativos en ciertos grupos vulnerables (párr. 235). El voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* analiza cómo la discriminación indirecta se configura cuando las normas y las prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o su aplicación impacta desproporcionadamente en personas o grupos en desventaja histórica. Esta se configura sin que exista una justificación objetiva y razonable, y se materializa con la existencia de factores estructurales y contextuales que deben ser analizados caso por caso (Corte IDH, 2016, párrs. 72-80).

En definitiva, la discriminación por trato diferenciado (categoría sospechosa) o por impacto desproporcionado se basa en construcciones históricas de vulnerabilidad hacia determinado grupo social. En este sentido, Garzón (1994) ofrece algunas pistas sobre cómo identificar las vulnerabilidades absolutas y relativas, y, en consecuencia, cómo sortearlas. En primer lugar, observa que no se puede formular una analogía de la situación infantil con la posición de las mujeres u otros grupos oprimidos: «en estos dos últimos casos, de lo que se trata es de asegurar posibilidades de autodeterminación, es decir, del ejercicio autónomo de derechos por quienes están capacitados para ello» (p. 735). A raíz de esto, el autor identifica las vulnerabilidades

relativas como aquellas que pueden ser erradicadas por cambios sociales o políticos, y plantea que las vulnerabilidades absolutas reposan en la dependencia no creada «artificialmente» y, por ende, no pueden ser terminadas por aquellos cambios. Por ejemplo, en el caso de las vulnerabilidades absolutas en la etapa infantil se requiere la eliminación de la opresión y «medidas de ayuda» (pp. 735-737).

En este sentido, es menester identificar el rol de los estereotipos y los patrones socioculturales en la construcción de las vulnerabilidades y, en consecuencia, en la discriminación y la violencia hacia las mujeres. La Corte IDH (2009), en el caso *González y otras «campo algodonero» vs. México*, ha afirmado que «la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer» (párr. 401). Además, ha identificado que los feminicidios en Ciudad Juárez eran influenciados por una «cultura de discriminación» (párr. 132), señalando la situación estructural que las mujeres atravesaban y conceptualizando los estereotipos de género como

una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. [...] es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso (párr. 401).

Por otro lado, es crucial entender cómo se perpetúan los estereotipos de género desde las propias relaciones construidas con base en los llamados mandatos de masculinidad. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) (2019b) ha podido observar que

la modificación de estereotipos y patrones socioculturales discriminatorios también implica la identificación y el reconocimiento de la existencia de conceptos sociales arraigados de masculinidad y de normas de socialización masculina vinculadas al género que se asocian con la violencia y a la dominación masculina, tanto entre pares como hacia las mujeres (p. 20).

### 2.3. Brechas para el acceso a la justicia

*La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.*

REGLA 17. REGLAS DE BRASILIA

Interpelar las brechas que surgen de discriminaciones interseccionales para el acceso a la justicia de las mujeres es fundamental para la construcción de ciudadanía y el fortalecimiento del Estado de derecho. A modo de identificar las brechas desde la intersección, podríamos pensar en la infancia y las mujeres trans, y preguntarnos ¿cómo podemos construir sociedades democráticas si no reconocemos la identidad de personas que habitan en esas sociedades ni identificamos las barreras para que accedan a la justicia y, por ende, a los derechos?

En este sentido, es fundamental pensar en las brechas que señalan Maurino y Ureta (2019) como obstáculos objetivos (económicos y geográficos), institucionales (acceso a tecnologías, métodos alternativos de conflictos, etc.) y subjetivos, que abarcan desde poder identificar necesidades jurídicas hasta conocer y utilizar el derecho. Estos últimos se vinculan, en mayor parte, a la democratización del derecho, el fortalecimiento de la autonomía, la visibilización de las necesidades jurídicas insatisfechas y la desnaturalización de estereotipos y prácticas estructurales que reproducen relaciones desiguales de poder. Para ello, se hace necesario, desde el enfoque interseccional, identificar las brechas que atraviesan a las personas ubicándolas en el centro.

En pos de aplicar dicho enfoque, partiendo de la pregunta planteada líneas atrás, es necesario observar que los obstáculos que atraviesan las mujeres o infantes trans no serán exactamente los mismos que podría atravesar una mujer cuyo género autopercebido coincide con su sexo asignado al nacer. La CIDH (2015) ya ha señalado que, en la intersección basada en la sexualidad, la orientación sexual y/o la identidad de género, los actos de violencia se posicionan como «manifestaciones de una combinación de sexismo estructural e histórico y prejuicios contra orientaciones sexuales e identidades de género no normativas» (p. 167).

Por ejemplo, el hecho de no reconocer la identidad de género —muchas veces, ni el nombre— de las personas trans en sus DNI genera una brecha en el acceso a la justicia de sus propios derechos reconocidos a nivel internacional<sup>2</sup> y provoca barreras para que denuncien haber sido víctimas de violencia en el ámbito intrafamiliar. Esto último se basa en los estereotipos y la discriminación revictimizante que reproduce violencias y tratos no dignos, incluso, por el hecho de no denominar a la persona con el pronombre y el nombre autopercebidos. Estas barreras se incrementan con infancias y adolescencias trans expulsadas a temprana edad tanto de sus hogares como de los sistemas educativos, de salud y de justicia. En tal sentido, es dable recordar la regla 20 que hace eco de esta situación al señalar como causa de vulneración al acceso a la justicia «las acciones o conductas discriminatorias hacia las personas por motivo de su orientación o identidad sexual, o por razones de género».

En adición a las brechas generadas por estereotipos y discriminación por motivos de género se pueden identificar otros motivos relacionados

---

2 El derecho al reconocimiento a la identidad de género surge de la interpretación armónica de los artículos 3 (personalidad jurídica), 7 (libertad personal), 11.2. (protección de la honra y la dignidad) y 18 (derecho al nombre) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2017 y 2021).

con la condición de discapacidad, la situación de pobreza, la privación de libertad, las personas embarazadas o adultas mayores, entre otros, que conllevan a la necesidad de crear y consolidar políticas y prácticas judiciales desde el enfoque interseccional. En este sentido, si bien excede el propósito de este artículo, se podría identificar cómo los estereotipos, muchas veces, engloban aspectos sexistas, ya sean patrones de género socializados desde las infancias o aspectos racistas estructurales que dificultan el efectivo acceso a la justicia para mujeres originarias o afrodescendientes. En este sentido, la CIDH (2007) ha observado que

la violencia, la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia afectan en forma diferenciada a las mujeres indígenas y afrodescendientes, debido a que están particularmente expuestas al menoscabo de sus derechos por causa del racismo. Asimismo, ha constatado que los obstáculos que enfrentan para acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos que remedien las violaciones sufridas pueden ser particularmente críticos porque sufren de varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica (párr. 14).

### 3. INSTRUMENTOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES PARA UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERSECCIONAL

La preocupación por las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar ha sido receptada de manera expresa en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad:

Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito (regla 12, *in fine*).

Cuando exista riesgo para la vida, integridad psicofísica y/o el patrimonio de la víctima, se le informará de todas las decisiones judiciales que puedan

afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquellas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar (regla 57).

Se prestará especial atención a fin de tomar las medidas pertinentes en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, personas menores de edad víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja, o víctimas de delitos de odio (regla 76).

Por ello, resulta menester identificar los instrumentos y los estándares internacionales que los Estados se han comprometido a respetar y garantizar. En el caso del Perú, en el artículo 55 de la Constitución Política se incorporan los tratados de derechos humanos al derecho interno cuando se señala que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional», y el artículo 56 menciona la necesidad de que los tratados de derechos humanos, entre otros, sean aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República. Además, tanto la Constitución como el Código Procesal Constitucional receptan que la interpretación de las normas debe realizarse según los estándares y las interpretaciones de órganos de los tratados.

En este sentido, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política establece que

las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Por su parte, el artículo V del Código Procesal Constitucional señala que

el contenido y alcances de los derechos constitucionales [...] deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Una lectura armónica de las disposiciones constitucionales mencionadas puede identificar el alineamiento con los preceptos que surgen del llamado «control de convencionalidad», cuyo desarrollo pretoriano lo ha profundizado la Corte IDH a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en el 2006. Este control plantea la confrontación del obrar del Estado —en determinadas circunstancias— con los instrumentos internacionales y la interpretación que se realiza por los órganos autorizados, ejercicio clave para entender la importancia de la aplicación del bloque de convencionalidad. En principio, este último está conformado por la CADH y la interpretación que la Corte IDH realiza al aplicar dicho instrumento, extendiéndose a otros instrumentos interamericanos y universales, delineando los estándares de aplicación conforme con el *corpus iuris*. En este sentido, el control de convencionalidad debe ser aplicado de oficio por todos los actores estatales, no solamente en función del Poder Judicial (caso *Gelman vs. Uruguay*).

### 3.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

En el bloque de convencionalidad en torno al derecho a una vida libre de violencia hacia las mujeres<sup>3</sup> es fundamental resaltar la importancia

---

3 Artículo 6 de la CBDP: «El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación».

de las obligaciones reforzadas en materia de debida diligencia que contiene la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), Convención de Belém do Pará (en adelante CBDP). Esta idea de obligaciones reforzadas surge del caso «campo algodonerero», en el que la Corte IDH (2009) señaló que «los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará» (párr. 258). Además, en el caso *Fernández Ortega vs. México*, la Corte IDH (2010) ha identificado que

las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Parte a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (párr. 193).

En este contexto, los Estados también deben receptar el enfoque diferenciado e interseccional contenido en el artículo 9 de la CBDP para la garantía de la debida diligencia:

Los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

Dentro de los estándares jurídicos en torno a la interseccionalidad fijados por los intérpretes autorizados encontramos casos emblemáticos donde la Corte IDH ha dado alcance y contenido a las disposiciones de la CADH y la CBDP. En este sentido, el caso «Penal

Miguel Castro Castro» vs. Perú fue el primero en la jurisprudencia de la corte en aplicar la perspectiva de género al concepto de dignidad humana en la interpretación de los artículos 4 y 5 de la CADH. Es importante señalar que la Corte IDH (2006) empezó a vislumbrar en este caso el enfoque interseccional a raíz de la prueba aportada y de los testimonios sobre el ataque a las mujeres embarazadas al mencionar que

las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos (párr. 292).

Por su parte, si bien en el caso Rosendo Cantú vs. México en el 2010 se identificó el especial estado de vulnerabilidad de la víctima por ser una niña indígena en situación de pobreza, recién en el caso González Llu y otros vs. Ecuador la Corte IDH (2015) notó la intersección de factores múltiples de vulnerabilidad propiamente dicha. En dicho caso identificó que la existencia de aquellos múltiples factores configuró una situación de discriminación única, que no hubiese existido —con esa naturaleza— sin alguno de ellos, y lo caracterizó de la siguiente manera:

En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH, necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad

futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados (párr. 290).

En este sentido, en el 2021 la Corte IDH publicó la sentencia *Vicky Hernández y otras vs. Honduras* reconociendo la interseccionalidad en la aplicación de la CBDP en el caso de una ejecución extrajudicial de una mujer trans, trabajadora sexual con VIH y defensora de los derechos humanos. El transfeminicidio de Vicky Hernández se dio en un contexto de discriminación y violencia estructural hacia mujeres trans trabajadoras sexuales que, a su vez, conllevaba una estructura de impunidad. La Corte IDH consideró que el Estado vulneró el derecho a la vida, la integridad y la identidad de género porque su muerte se produjo por la forma en que ella expresaba su identidad, y que, incluso, se vulneró durante la investigación por hacer caso omiso de su identidad autopercebida, lo que estaría fomentando la exclusión social estructural. En definitiva, la Corte IDH (2021) señaló que «la violencia ejercida contra Vicky Hernández, que culminó con su muerte, muy probablemente fue ejercida por motivos de género y/o en razón de su expresión de género o de su identidad de género» (párr. 112).

### 3.2. Sistema Universal de Derechos Humanos: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Un instrumento clave del sistema universal de derechos humanos es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW), que en su artículo 2 dispone que

los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: [...] c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

De este instrumento surgió un órgano que se encarga del monitoreo y seguimiento para el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estado parte: el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW por sus siglas en inglés). Este ha emitido pronunciamientos sobre el riesgo de vulneraciones de derechos por la falta de acceso a la justicia de las mujeres desde un enfoque interseccional. En la recomendación 27, el Comité CEDAW (2010) hace eco de la interseccionalidad para reconocer los riesgos y la discriminación de las mujeres trabajadoras migrantes para el acceso a la justicia en casos de violencia sexual, como también la discriminación que sufren las mujeres adultas mayores desde

el carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por motivo de edad a la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacidad, grado de pobreza, orientación sexual e identidad de género, condición de migrante, estado civil y familiar, alfabetismo y otras circunstancias (párr. 13).

En las observaciones finales sobre el noveno informe periódico del Perú, el Comité CEDAW (2022) ha observado con preocupación que persisten obstáculos como los «estereotipos discriminatorios y el escaso conocimiento de los derechos de la mujer entre los miembros del Poder Judicial, los profesionales del derecho y los agentes del

orden, incluida la policía» (párr. 13.a.). A su vez, desde el alcance de la interseccionalidad, ha tomado con preocupación que

las mujeres indígenas, las mujeres rurales, las defensoras de los derechos a la tierra, las mujeres con discapacidad y las mujeres lesbianas, las mujeres bisexuales y transgénero y las personas intersexuales suelen ser acosadas y se les deniegan los servicios cuando intentan acceder a la justicia (párr. 13.c.).

Además, en dichas observaciones, el Comité CEDAW recuerda su Recomendación general n.º 33 del 2015 para sugerir al Estado, entre otras cosas, que

siga sensibilizando a las mujeres acerca de los derechos que las amparan en virtud de la Convención, centrándose en particular en las mujeres pertenecientes a grupos marginados, como las indígenas, las afroperuanas y otras mujeres afrodescendientes, las refugiadas o solicitantes de asilo, y las mujeres indígenas o mujeres con discapacidad (párr. 14.b.).

Esta sensibilización será menester para, justamente, sortear obstáculos subjetivos en el acceso a la justicia.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

Luego de recorrer el alcance de la interseccionalidad como categoría conceptual, práctica y jurídica para la igualdad y la no discriminación, es clave identificar que sin este enfoque será muy difícil lograr un efectivo acceso a la justicia. Acceso que, en definitiva, debería ayudar a construir ciudadanía y fortalecer a los Estados democráticos de derecho. En este sentido, preocupa que una gran cantidad de problemas jurídicos, es decir, vulneraciones de derechos, no lleguen a la justicia formal. Al respecto, podemos hacer análisis cualitativos y cuantitativos en torno al poco acercamiento de las personas a la justicia; empero, si no logramos una mirada interseccional nuestros análisis quedarán a

mitad de camino. Incluso, la falta de una mirada y un entendimiento interseccionales genera el alejamiento y la desconfianza de las víctimas de violencia intrafamiliar en el sistema judicial. En este sentido, la Corte IDH (2014) en el caso Espinoza Gonzáles vs. Perú ha afirmado que

la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia (párr. 280).

Ya en el 2011 la CIDH (2011) destacaba la existencia de situaciones que generaban barreras para el acceso a la justicia y un riesgo particular en las vivencias de las niñas, las mujeres indígenas, las afrodescendientes y las mujeres migrantes (párr. 294). Es fundamental poder identificar las vivencias particulares de las mujeres porque los riesgos y las barreras que las atraviesan en el ámbito intrafamiliar pueden verse agravados en algunos contextos sociopolíticos. Por ejemplo, en caso de conflictos armados o de desastres ambientales o climáticos (CIDH, 2011, párr. 61). En este sentido, los órganos de los Estados deben plantear el control de convencionalidad para el ejercicio pleno de los derechos. La línea jurisprudencial que ha tomado la Corte IDH alrededor de la interseccionalidad, incluso, aplicando la Convención de Belém do Pará al caso de una mujer trans es un camino clave para construir sociedades más justas, que no se cieguen a las vivencias que transitan las mujeres diversas y plurales.

## REFERENCIAS

- Bauman, Z. (1996). Modernidad y ambivalencia. En Beriain, J. (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo* (trad. Celso Sánchez Capdequí) (pp. 73-119). Anthropos.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2021, 24 de noviembre). CEPAL: Al menos 4.091 mujeres fueron víctimas de feminicidio en 2020 en América Latina y el Caribe, pese a la mayor visibilidad y condena social. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-al-menos-4091-mujeres-fueron-victimas-feminicidio-2020-america-latina-caribe-pese>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. Organización de los Estados Americanos. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019a). *Compendio sobre la igualdad y no discriminación: estándares interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 12 de febrero de 2019*. Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019b). Principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-anexo1-es.pdf>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2010). Recomendación general n.º 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8335.pdf>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2022). Observaciones finales sobre el noveno informe periódico del Perú. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fPER%2fCO%2f9&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fPER%2fCO%2f9&Lang=en)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (fondo, reparaciones y costas). San José: 25 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso González y otras («campo algodnero») vs. México (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). San José: 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Fernández Ortega y otros vs. México (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). San José: 30 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (fondo, reparaciones y costas). San José: 24 de octubre de 2012.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). San José: 20 de noviembre de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). San José: 1 de septiembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). San José: 20 de octubre de 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. San José: 24 de noviembre de 2017. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Vicky Hernández y otras vs. Honduras (fondo, reparaciones y costas). San José: 26 de marzo de 2021.
- Garzón, E. (1994). Desde la «modesta propuesta» de J. Swift hasta las «casas de engorde». Algunas consideraciones acerca de los derechos del niño. *Revista Doxa*, (15-16), 731-743. <https://doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.36>
- Góngora-Mera, M. (2020). Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Morales, M., Ronconi, L. y Clérico, L. (coords.), *Interamericanización de los DESCAs: el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH* (pp. 399-427). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Maurino, G. y Sucunza, M. A. (2016). Acceso a la Justicia. En Gargarella, R. y Guidi, S. (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina* (pp. 895-932). La Ley.

- Maurino, G. y Ureta, F. (coords.) (2019). *Servicios comunitarios de atención legal primaria. Una respuesta a las brechas de la justicia*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia\\_para\\_la\\_implementacion\\_de\\_servicios\\_comunitarios\\_de\\_atencion\\_legal\\_primaria\\_-\\_dic\\_19.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_la_implementacion_de_servicios_comunitarios_de_atencion_legal_primaria_-_dic_19.pdf)
- Olsen, F. (1990). El sexo del derecho. En Kairys, D. (ed.), *The politics of law: a progressive critique* (2.<sup>a</sup> ed.) (pp. 452-467). Pantheon. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>
- Sardinha, L., Maheu-Giroux, M., Stöckl, H., Meyer, S. R. y García-Moreno, C. (2022). Global, regional, and national prevalence estimates of physical or sexual, or both, intimate partner violence against women in 2018. *The Lancet*, 399, 803-813. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(21\)02664-7](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(21)02664-7)
- Stöckl, H., Devries, K., Rotstein, A., Abrahams, N., Campbell, J., Watts, Ch. y García-Moreno, C. (2013). The global prevalence of intimate partner homicide: a systematic review. *The Lancet*, 382, 859-865. [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(13\)61030-2](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(13)61030-2)
- Viveros, M. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. *Debate Feminista*, 52, 1-17. <https://doi.org/10.1016/j.df.2016.09.005>



# Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición  
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022, 79-99

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4.593

## El camino para garantizar los derechos de las personas con discapacidad y los grupos en condición de vulnerabilidad en el Perú bajo el amparo de instrumentos de protección internacional

---

The road to guarantee the rights of the disabled and vulnerable  
groups in Peru based on the instruments of international  
protection

**AZUCENA INÉS SOLARI ESCOBEDO**

Universidad Femenina del Sagrado Corazón

(Lima, Perú)

Contacto: [azucenasolarie@unife.edu.pe](mailto:azucenasolarie@unife.edu.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-9749-4726>

### RESUMEN

La implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supuso un reto para los países que ratificaron este instrumento internacional. En adición a ello, el Perú ha suscrito las 100 Reglas de Brasilia, las cuales exigen un compromiso de parte del órgano jurisdiccional de los Estados firmantes. A propósito de ello, este artículo tiene por objeto realizar una revisión del cumplimiento de las buenas prácticas respectivas desde las políticas públicas y la inclusión de las Reglas de Brasilia, en sede judicial, para garantizar el

bienestar de la población vulnerable, en especial de las personas con discapacidad. Por ello, hemos considerado pertinente revisar el marco conceptual y normativo, así como algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de tribunales europeos sobre el camino a seguir para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

**Palabras clave:** personas con discapacidad; Reglas de Brasilia; personas vulnerables; derecho internacional.

### ABSTRACT

The implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities posed a challenge for the countries that ratified this international instrument. In addition, Peru has signed the 100 Brasilia Rules, which requires a commitment, on the part of the courts of the signatory States. In the light of the foregoing, this article is designed to review the fulfillment of the respective good practices based on the public policies and on the inclusion of the Brasilia Rules, in the Judiciary, to guarantee the wellbeing of the vulnerable population, in particular of the persons with disabilities. To this effect, we have considered it pertinent to review the conceptual and normative framework, as well as some of the opinions of the Inter American Court of Human Rights and of the European Courts on the course to be followed to guarantee the rights of the disabled.

**Key words:** persons with disabilities; Brasilia Rules; vulnerable persons; international law.

Recibido: 05/05/2022 Aceptado: 06/06/2022

## 1. INTRODUCCIÓN

Para empezar, debemos referirnos a la descripción de los modelos de discapacidad reseñados por Palacios (2015) para exponer en cuál puede ubicarse nuestra realidad nacional, en consideración de la adscripción de los tratados internacionales. Dicho autor describe los modelos sobre el tratamiento de la discapacidad en el tiempo: de prescindencia, médico o rehabilitador, y el vigente modelo social. El primero, a su vez, incluye dos submodelos: el eugenésico y el de marginación. En el eugenésico, encontramos a quienes padecían alguna discapacidad y no podían ser parte de la sociedad. Así fue entendido en algunas sociedades de la Grecia clásica en las que podía permitirse arrojar a un barranco a los niños nacidos con alguna deformidad. En el de marginación, posteriormente, se insistía en el rechazo a lo diferente, y si bien ya no se cometía aquel infanticidio, los afectados morían por la falta de atención.

En el modelo médico o rehabilitador, la discapacidad es un problema de la persona, por lo que es considerada una enfermedad que debe tratarse para que la persona cumpla con el parámetro de normalidad establecido. Finalmente, de acuerdo con el modelo social, el problema de la «deficiencia» se traslada de la persona a la sociedad en beneficio de la primera, para su mejor desenvolvimiento en igualdad de oportunidades ante la ley y en su defensa contra la discriminación.

Por su parte, el Estado peruano ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), vigente desde el 2008. Asimismo, en el 2012 se promulgó la Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad (en adelante LGPD), que regula la definición de persona con discapacidad y sus derechos, así como los principios rectores de las políticas y los programas del Estado. Además, a la Defensoría del Pueblo, órgano constitucional autónomo que vela por los derechos constitucionales y

fundamentales de la persona y la comunidad, le ha sido asignado, de acuerdo con el artículo 33.2. de la CDPD, la tarea de asumir la promoción, la protección y la supervisión de la aplicación de la misma, a través de un mecanismo independiente. Así, la Defensoría del Pueblo (s. f.), mediante este mecanismo, señala que recién a mediados de 2019 se cumplió con asignar un presupuesto específico para la implementación de la Convención. Esto permitió advertir las exigencias pendientes para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

## 2. MARCO CONCEPTUAL

A continuación, presentaremos algunas definiciones presentes en la CDPD, así como desarrollos provistos por la doctrina. Esto nos permite comprender, en función de los modelos expuestos por Palacios (2015), cómo consideramos la discapacidad en el Perú actual. En este sentido, la CDPD, en su artículo 2, plantea que

por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto de reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

### 2.1. Apoyos y salvaguardas

Varsi (2021), con respecto a los apoyos, señala que «con esta institución se integra a la persona con discapacidad a la vida de relación en igualdad de condiciones, lo que permite un desenvolvimiento propio e individual, y genera con su propio actuar efectos legales» (p. 217).

Por su parte, Caicay (2020) menciona que los apoyos tienen «la función de interpretar la voluntad de la persona a quien asisten, debiendo

tener en cuenta su trayectoria de vida, las previas manifestaciones de voluntad que hayan realizado, así como toda información que se haya podido recabar» (p. 8). Además, la labor de apoyo la realizan aquellas personas que son de la entera confianza de la persona asistida. La autora también señala que las salvaguardas tienen «la función de garantizar el respeto de los derechos, voluntades y preferencias de la persona que recibe el apoyo» (p. 8), de modo que se evita que, por el abuso de confianza o la influencia indebida, se perjudiquen los intereses de la persona asistida por el apoyo, así como el ejercicio de sus derechos y su dignidad como persona.

Nuestra legislación se ha pronunciado sobre la designación de apoyos y salvaguardas, que consiste en una protección a la persona con discapacidad y que puede ser otorgada en sede notarial o judicial, dependiendo del estado de salud de quien requiere esta adopción de medidas.

## 2.2. Ajustes razonables

La CDPD, en su artículo 2, define los ajustes razonables como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada [...] para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad en condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

En virtud de ello, la LGPD, en su artículo 50.1, define los ajustes razonables con las siguientes palabras:

La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo. Estas medidas comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad.

En este contexto, y según refieren Zea, Paso y Bustamante (2014), el Tribunal Constitucional, en el caso del mercado Plaza Veá, sobre el acceso de los perros lazarillo, expuso garantizar el derecho de las personas con discapacidad visual, refiriendo la relación entre ajustes razonables y principio de igualdad a favor de las personas con discapacidad, de modo que es deber del Estado el acondicionamiento de ambientes a favor de las personas con discapacidad.

Se advierte que este caso, denominado «los perros guía», ya se pronunciaba con respecto a la necesidad de adoptar ajustes para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad —en esta ocasión, el de discapacidad visual—, de modo que coadyuven en el libre desarrollo de la personalidad y el acceso al medio ambiente de estas personas, así como el cumplimiento del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

Ello significó que, en el 2012, se promulgase la Ley n.º 29830, que garantiza el acceso a las personas con discapacidad visual que hacen uso de perros guía en lugares públicos o privados, incluyendo transporte y centro de trabajo. En 2016, se promulgó la Ley n.º 30433, que modifica la Ley n.º 29830, y que incluye como infracción grave en el procedimiento administrativo sancionador negar el acceso y la permanencia en medios de transporte a la persona con discapacidad acompañada de su perro guía.

En el 2018 se promulgó el Decreto Legislativo n.º 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, cuyo fundamento es que

el Poder Ejecutivo está facultado para legislar en materia de prevención y protección de las personas en situación de violencia y vulnerabilidad; a fin de establecer medidas para promover la inclusión de las personas con discapacidad, garantizar el derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad y la atención de casos de desaparición de estas personas, así como de otras en situación de vulnerabilidad.

En este sentido, el artículo 1 del decreto precitado establece la modificación de varios artículos del Código Civil, entre los cuales nos compete revisar el cambio efectuado del artículo 45, que establece lo siguiente: «Ajustes razonables y apoyo: Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección».

Con respecto a la necesidad de implementar políticas públicas, a efectos de propiciar un equilibrio en beneficio de las personas con discapacidad, Victoria (2013) señala tres líneas de reflexión: la primera corresponde a la capacidad de conocerse a sí mismo; la segunda consiste en que, a partir de reconocerse a sí mismo, se reconoce al otro; finalmente, la tercera línea está referida a la política pública que reconoce los derechos y que va a requerir el reconocimiento de las personas con discapacidad como minoría o grupo vulnerable. El autor también señala que, a efectos de determinar la situación de la población con discapacidad, se debe analizar los aspectos sociales, económicos y culturales, así como el marco normativo vigente, para diagnosticar los espacios por mejorar y para establecer qué derechos se garantizan o vulneran. Del mismo modo, recomienda analizar la legislación en derecho internacional que protege y garantiza los derechos de las personas con discapacidad, para así determinar su incorporación en la normativa nacional.

### 3. PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

A partir de los conceptos tratados en el apartado anterior y en relación con los convenios internacionales y la legislación aplicable, hemos considerado incluir algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), asociados con la forma para garantizar el acceso a los derechos de las personas con discapacidad.

### 3.1. De la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala describe que la señora María Inés Chinchilla Sandoval, quien ya padecía algunos trastornos de salud previos a su ingreso al establecimiento penitenciario, fue condenada en 1995 a treinta años de prisión por delitos de hurto agravado y asesinato; durante el tiempo de su reclusión, se produjo un deterioro en su salud, entre 1997 y 2004, lo que le ocasionó diabetes e hipertensión al extremo de que se le amputó una pierna. La discapacidad física y sensorial le produjo una depresión severa, y en el 2004 se cayó de las escaleras y tuvo un desenlace fatal.

Sobre este caso, la Corte IDH (2016) considera que

el Estado tenía la obligación de garantizar accesibilidad a las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad, en este caso a la presunta víctima, de conformidad con el principio de no discriminación y con los elementos interrelacionados de la protección a la salud [...], incluida la realización de ajustes razonables necesarios en el centro penitenciario, para permitir que pudiera vivir con la mayor independencia posible y en igualdad de condiciones con otras personas en situación de privación de libertad (párr. 215).

En el caso Furlán y familiares vs. Argentina, la Corte IDH (2012) determinó que Sebastián Furlán, de catorce años, luego de ingresar a un inmueble aparentemente en abandono y que era de dominio del Ejército de Argentina, recibió golpes en la cabeza mientras jugaba, lo cual le generó lesiones físicas y mentales. El proceso civil contra el Ministerio de Defensa demoró diez años y su ejecución, dos años. La familia Furlán recibió bonos y pagos que recién se podrían cobrar

en el 2016. Hubo ausencia de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales. Si no se hubiera dado esta demora —además de la difícil situación económica de la familia—, se hubiera podido someter a tiempo al menor a un tratamiento y asistencia para su rehabilitación. Sin embargo, precisa Moure (2013), «la identificación de los problemas que conllevaron a la violación [de los derechos humanos] en el presente caso le permitirán a la Corte ordenar las medidas de no repetición pertinentes al marco legal e institucional argentino» (p. 995).

En el caso de Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, la Corte IDH (2015) describe que la niña Talía, de tres años, se contagió de VIH como consecuencia de una negligencia médica en una clínica privada, a través de una transfusión de sangre. La niña y su familia sufrieron discriminación por varias condiciones: ser mujer, su minoría de edad, el contagio por VIH, el rechazo de su entorno social y la pobreza. Producto de ello tuvo dificultades para realizar su vida normal en su domicilio y en su colegio, de donde fue expulsada; y cuando quiso matricularse en otros colegios, estos le restringían la matrícula. Además, su familia carecía de acceso a prestaciones económicas.

La Corte IDH (2015) señala que en este caso «confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH» (párr. 290). Asimismo, señaló que el Estado no adoptó las medidas necesarias para garantizar los derechos de la niña ni evitó la discriminación que esta sufrió (párr. 228).

Sobre lo último, en Paraguay, con respecto a los niños y las niñas con discapacidad, Marecos, Pineda e Insfrán (2019) refieren que «aún se encuentran testimonios donde madres y padres denuncian que hay escuelas que rechazan a sus hijos e hijas con discapacidad, sobre todo a niños y niñas con discapacidad intelectual y psicosocial» (p. 155).

Los autores agregan que de ser aceptado el niño en la escuela, a la familia se le exige el compromiso de asumir el costo del maestro, lo que significa un esfuerzo económico adicional difícil de asumir.

En líneas generales, debemos asumir que el caso de Gonzales Lluy significó un proceso adverso, tanto a nivel educativo como de salud, el cual permanece en realidades como la de Paraguay. Esto quiere decir que, a pesar de que existen pronunciamientos de la Corte IDH, aún persisten estas dificultades y la ausencia del Estado para garantizar el ejercicio de los derechos civiles de las personas vulnerables.

### 3.2. Del Tribunal Europeo

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2013) describe la discriminación que en Hungría sufrían las personas con discapacidad visual para realizar sus operaciones en los cajeros automáticos, ya que estos carecían de código Braille. Esta situación se daba a pesar de que había un contrato de servicios con el banco en el que se estipulaba el derecho de los usuarios a usar una tarjeta. El comité concluyó que Hungría no garantizaba servicios bancarios accesibles para personas con discapacidad, independientemente de las relaciones contractuales celebradas entre particulares y entidades privadas.

Al respecto, Zea, Pazo y Bustamante (2014) refieren que en este caso se responsabilizó al Estado de Hungría por trasgresión a la CDPD, por no haber garantizado a las personas con discapacidad visual los ajustes razonables para el acceso a los cajeros y los servicios bancarios, y también por no haber exigido al banco que implemente los ajustes necesarios. También mencionan que el comité dispuso que el Estado debe establecer normas sobre accesibilidad para personas con discapacidad visual o cualquier otra para que estas no se encuentren impedidas de acceder a los servicios brindados por la entidad financiera privada.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013) presenta el caso *Mircea Dumitrescu vs. Rumania*, el cual describe que la persona era diabética y una persona con discapacidad por lo que indicó que «pertenece a un grupo vulnerable dada su grave discapacidad». En razón de su situación específica derivada de su salud y su condición, el tribunal indicó que cuando las autoridades deciden colocar y mantener en detención a personas con discapacidad, ellas deben demostrar especial cuidado para garantizar que las condiciones de detención correspondan a las necesidades individuales que surgen o derivan de su discapacidad.

#### 4. POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL PERÚ

El Acuerdo Nacional contiene treinta y cinco políticas de Estado, agrupadas en cuatro objetivos, de los cuales consideramos necesario destacar el segundo, de equidad y justicia social, por incluir la necesidad de adoptar acciones a favor de la lucha contra la discriminación. De este modo, el numeral 11 del Acuerdo Nacional dice lo siguiente:

11. Promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación

Nos comprometemos a dar prioridad efectiva a la promoción de la igualdad de oportunidades, reconociendo que en nuestro país existen diversas expresiones de discriminación e inequidad social, en particular contra la mujer, la infancia, los adultos mayores, las personas integrantes de comunidades étnicas, los discapacitados y las personas desprovistas de sustento, entre otras.

En concordancia y con el fin de cumplir estos acuerdos, en el 2018 se promulgó el Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM, que Aprueba el Reglamento que Regula las Políticas Nacionales. Este reglamento, en su artículo 6.1, define las políticas nacionales de esta manera:

Las políticas de Estado definen lineamientos generales que orientan el accionar del Estado en el largo plazo a fin de lograr el bienestar de los ciudadanos y el desarrollo sostenible del país. Son el resultado de un consenso alcanzado en el Foro del Acuerdo Nacional.

A efectos de considerar el cumplimiento de estas políticas públicas, se han establecido en el mismo decreto obligaciones a cumplir por todos los niveles de gobierno (artículo 19), así como los roles y las responsabilidades de cada uno de ellos (artículo 20).

La norma vigente ha significado la promulgación del Decreto Supremo n.º 164-2021-PCM, que Aprueba la Política General de Gobierno para el Período 2021-2026. Entre sus lineamientos, señala la aplicación de estas políticas por el Poder Ejecutivo y los gobiernos regionales y locales. En su artículo 4 enuncia, entre otras líneas de intervención, lo siguiente:

Eje 1: Generación de bienestar y protección social con seguridad alimentaria  
[...]

1.3 Garantizar la protección social.

Líneas de intervención:

1.3.1 Fortalecer la articulación intergubernamental e intersectorial de información y acciones para la atención de población en situación de vulnerabilidad.

1.3.2 Promover mecanismos de incentivos para el cumplimiento de metas de desarrollo e inclusión social, mediante la articulación de intervenciones en los distintos niveles de gobierno.

En este contexto, debemos señalar que el Decreto Supremo n.º 007-2021-MIMP, que Aprueba la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030, plantea siete objetivos, en beneficio de las personas con discapacidad, a cumplirse en los próximos diez años. Estos objetivos son los siguientes: i) fortalecer

la participación política y social de las personas con discapacidad; ii) garantizar la participación de estas personas en actividades económicas dependientes o independientes; iii) asegurar que puedan tener acceso y cobertura de los servicios integrales de salud; iv) garantizar la igualdad de oportunidades en su trayectoria educativa; v) promover actitudes sociales favorables hacia estas personas; vi) asegurar las condiciones de accesibilidad; y vii) fortalecer la gestión pública en materia de discapacidad.

#### 4.1. Vigencia de las Reglas de Brasilia

En el camino hacia una efectiva accesibilidad en el sistema de administración de justicia y defensa de los derechos de los grupos en condición de vulnerabilidad, las 100 Reglas de Brasilia son el marco normativo para una política judicial, cuya finalidad es contribuir a la implementación y aplicación, por parte de los actores jurídicos, de las condiciones de acceso al sistema de administración de justicia para las personas en condición de vulnerabilidad, de modo que puedan gozar de este derecho sin discriminación alguna.

Las Reglas de Brasilia han considerado como condición de vulnerabilidad la edad, el género, el estado físico o mental, así como las circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales (regla 3). Mientras que las causas de vulnerabilidad serían la discapacidad, la edad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la pobreza, la migración, entre otras (regla 4). Al respecto, se va a otorgar mayor atención a la condición de vulnerabilidad por razón de edad y a la causa de vulnerabilidad por razón de discapacidad.

El objetivo de las Reglas de Brasilia, a las cuales se adhirió el Poder Judicial mediante la Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ, según la jueza suprema Janet Tello (2019), consiste en «garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición

de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos» (p. 204).

## 5. EXPERIENCIA DE LAS BUENAS PRÁCTICAS

### 5.1. Modificación de la Ley General de la Persona con Discapacidad en beneficio de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad

Una manifestación de políticas públicas y de buenas prácticas es la norma emitida en el 2019 por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, mediante el Decreto Supremo n.º 006-2019-MIMP, que modifica el Reglamento de la Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, promoviendo la accesibilidad urbana para niños, niñas y adolescentes con discapacidad, así como el acceso y la cobertura a las tecnologías de apoyo, dispositivos y ayudas compensatorias.

La referida norma precisa, en relación con el modelo social previsto en la CDNA, que la persona con discapacidad debe tratar de vivir y participar en actos cotidianos y el Estado debe brindar el acceso, en igualdad de condiciones, en las zonas urbanas y públicas. Por ello, se dispone que se garanticen espacios privados y públicos con fines recreacionales para niños, niñas y adolescentes con discapacidad, para promover su desarrollo y su participación efectiva en todos los aspectos de la vida.

Por otro lado, este decreto modifica el artículo 32 de la LGPD, de modo que se establece que el Ministerio de Salud, en conjunto con los gobiernos regionales y locales, debe emitir los lineamientos y planes para que las personas con discapacidad puedan acceder a medicamentos de calidad, tecnologías de apoyo, dispositivos y ayudas compensatorias de manera oportuna, considerando su situación socioeconómica, cultural y geográfica.

En relación con ello, destacamos la supervisión a cargo del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis), que permitirá en este caso a los niños, niñas y adolescentes insertarse en espacios lúdicos de manera segura y en igualdad de condiciones, que permitirán su desarrollo y bienestar integral, con diseños de carácter universal.

Esta situación revertiría pronunciamientos dictados por la Corte IDH en los casos de Gonzales Lluy, tratándose de una niña que carecía de acceso a servicios educativos y de salud, y que por la discriminación en la que estaba inmersa también se vería afectada en dichos espacios lúdicos; y en el caso Furlán, quien tratando de acceder a espacios lúdicos sufrió un accidente que le causó tratamientos médicos que no fueron asumidos por el Estado.

## 5.2. Las buenas prácticas en el Poder Judicial

A efectos de señalar los efectos de las Reglas de Brasilia y las buenas prácticas de su inclusión en pronunciamientos judiciales, reseñamos a continuación una casación reciente, expedida por la Corte Suprema, en la que se analiza, entre otros, la discapacidad, el trato diferenciado y la aplicación de las Reglas de Brasilia a personas en condición de vulnerabilidad.

La Casación n.º 6003-2019 Del Santa, de fecha 14 de febrero de 2022, se pronunció sobre la pretensión de pensión de invalidez por discapacidad permanente, en la que el Poder Judicial realiza un control sobre actos administrativos. En este proceso se revisó, en sede judicial, la decisión administrativa final que declaró caduca la pensión de invalidez por discapacidad permanente otorgada en 1995, expedida conforme con el certificado médico de invalidez. La emplazada Oficina de Normalización Previsional (en adelante ONP) sostenía que el demandante presentaba una enfermedad diferente de la que generó

el derecho a la pensión y mostraba un grado de discapacidad que no le impedía ganar un monto equivalente al que percibe como pensión, por lo cual se había declarado la caducidad de la pensión.

En primera instancia se declaró fundada la demanda y se ordenó la restitución del derecho pensionario de invalidez del demandante. En segunda instancia, la sala confirmó la sentencia y señaló que la ONP estaba facultada para realizar verificaciones necesarias a fin de constatar la veracidad de la información brindada.

La Sala Suprema, en este caso, se pronunció expresamente por las condiciones de afectación, invocando la vigencia de la Ley n.º 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, y las Reglas de Brasilia. Es así que en el considerando quinto determina que

se debe tener en cuenta la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran los demandantes en este tipo de procesos, constituido principalmente por la población jubilada del Sistema Nacional de Pensiones y del Sistema Privado de Pensiones de tercera edad, a quienes se les debe tratamiento diferenciado y preferente en el desarrollo de los procesos judiciales.

La sala señala que para el pronunciamiento existían dos certificados médicos contradictorios: el primero brindado por el asegurado y el segundo por la institución (ONP), por una incapacidad parcial por enfermedad de Parkinson. Asimismo, indica que en segunda instancia se dispuso una evaluación dirimente que tuvo como resultado el 70 % de invalidez por la enfermedad de Parkinson. De este modo, se comprobó la discapacidad del demandante que le impide obtener ingresos y, en consecuencia, se ratificó su derecho a la pensión de invalidez.

Por otra parte, la sala señala que la exigencia de haberle requerido un nuevo procedimiento administrativo para acceder a una nueva

pensión constituía un exceso irrazonable que afectaría las condiciones de salud del demandante.

El argumento de la ONP para denegar la pensión es la existencia de certificados falsos. Para ello, le dice la sala, debe ejercer su función fiscalizadora, pero debe hacerlo de manera racional, en consideración del derecho fundamental, como es el derecho a la pensión.

Finalmente, la Sala Suprema invoca el trato especial y diferenciado para las personas adultas mayores, tomando como base la Ley n.º 30490 y las Reglas de Brasilia, para así establecer la forma de garantizar el acceso al derecho de pensión por discapacidad.

## 6. CONCLUSIONES

Las Reglas de Brasilia constituyen un instrumento internacional, cuya finalidad es coadyuvar a garantizar, en los actores del Poder Judicial, los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. En este caso hemos advertido que dicho instrumento está siendo utilizado para el pronunciamiento de la Corte Suprema.

De otro lado, advertimos las buenas prácticas en el Poder Ejecutivo al señalar y exigir espacios públicos y privados para la recreación de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, así como el disfrute de sus derechos en condiciones de igualdad, para lo cual se debe implementar un diseño arquitectónico adecuado que garantice el acceso efectivo a las personas con discapacidad.

## REFERENCIAS

- Acuerdo Nacional (2002). Política de Estado 11: Promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación. Lima: 22 de julio de 2002. <https://www.acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%E2%80%8B/politicas-de-estado-castellano/ii-equidad-y-justicia-social/11-promocion-de-la-igualdad-de-oportunidades-sin-discriminacion/?print=pdf>
- Caicay, M. D. (2020). *Apoyos y salvaguardias como formas de asistencia y medidas de control garantistas del respeto de los derechos y voluntades de las personas con discapacidad* [Tesis de licenciatura, Universidad de Piura]. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4530?show=full>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Furlán y familiares vs. Argentina. San José: 31 de agosto de 2012. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. San José: 1 de septiembre de 2015. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. San José: 29 de febrero de 2016. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_312\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf)
- Defensoría del Pueblo (s. f.). Mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - MICDPD. *Defensoría del Pueblo*. <https://www.defensoria.gob.pe/mecanismo-independiente-para-promover-y-supervisar-la-convencion-sobre-de-rechos-de-personas-con-discapacidad-micdpd/>

- Marecos, M. R., Pineda E. e Insfrán, E. (2019). La gran brecha. Derechos de las personas con discapacidad. En Ayala, Ó. (coord.), *Yvy póra Derécho Paraguái pe - Derechos Humanos en Paraguay* (pp. 151-162). Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2019). Decreto Supremo n.º 006-2019-MIMP, que modifica el Reglamento de la Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, promoviendo la accesibilidad urbana para niños, niñas y adolescentes con discapacidad, así como el acceso y cobertura a las tecnologías de apoyo, dispositivos y ayudas compensatorias. Lima: 9 de marzo de 2019. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-modifica-el-reglamento-de-la-ley-n-2997-decreto-supremo-n-006-2019-mimp-1748339-2/#:~:text=Descargar%20Contenido%20en-,Decreto%20Supremo%20que%20modifica%20el%20Reglamento%20de%20la%20Ley%20N,apoyo%2C%20dispositivos%20y%20ayudas%20compensatorias>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2021). Decreto Supremo n.º 007-2021-MIMP, que Aprueba la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030. Lima: 4 de junio de 2021. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1933058/ds\\_007\\_2021\\_mimp.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1933058/ds_007_2021_mimp.pdf)
- Moure, A. M. (2013). El defensor interamericano y la defensa de los derechos del niño. Caso Furlán. *Revista Chilena de Derecho*, 40(3), 989-999. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372013000300009&lng=en&nrm=iso&tlng=en](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000300009&lng=en&nrm=iso&tlng=en)
- Organización de las Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York: 13 de diciembre de 2006. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

- Organización de las Naciones Unidas (2013). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ginebra: 21 de junio de 2013. [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Jurisprudence/CRPD-C-9-D-1-2010\\_sp.doc](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Jurisprudence/CRPD-C-9-D-1-2010_sp.doc)
- Palacios, A. (2015). Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En Salmón, E. y Bregaglio, R. (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 9-33). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Presidencia de la República (2018). Decreto Legislativo n.º 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Lima: 3 de septiembre de 2018. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-reconoce-y-regula-la-capacidad-jurid-decreto-legislativo-n-1384-1687393-2/>
- Presidencia del Consejo de Ministros (2018). Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM, que Aprueba el Reglamento que Regula las Políticas Nacionales. Lima: 19 de marzo de 2018. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueba-reglamento-que-regula-las-politicas-nacionales-decreto-supremo-n-029-2018-pcm-1628015-1/>
- Presidencia del Consejo de Ministros (2021). Decreto Supremo n.º 164-2021-PCM, que Aprueba la Política General de Gobierno para el Período 2021-2026. Lima: 15 de octubre de 2021. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2339712/Decreto%20Supremo%20N%C2%B0%20164-2021-PCM.pdf>

- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2018). [Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en abril de 2018, Quito-Ecuador]. [https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilias\\_web.pdf](https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilias_web.pdf)
- Tello, J. (2019). Discriminación, violencia y acceso a la justicia para las personas LGTBQI en el caso peruano. En Tello, J. y Calderón, C. (comps.), *Reglas de Brasilia. Por una justicia sin barreras* (pp. 201-214). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013). Caso Mircea Dumitrescu vs. Rumania. Estrasburgo: 30 de julio de 2013. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-122975&filename=001-122975.pdf&TID=thkbhnilzk>
- Varsi, E. (2021). *Tratado de derecho de las personas*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Victoria, J. A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(138), 1093-1109. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332013000300008&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008&lng=es&tlng=es)
- Zea, E., Pazo, O. A. y Bustamante, R. (2014). Las medidas afirmativas y los ajustes razonables en los derechos de las personas con discapacidad. [https://usmp.edu.pe/IDHDES/pdf/cuadernos/Las\\_Medidas\\_Afirmativas.pdf](https://usmp.edu.pe/IDHDES/pdf/cuadernos/Las_Medidas_Afirmativas.pdf)





# Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición  
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022, 101-145

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4.605

## El modelo social de la discapacidad y la incompatibilidad de aplicar la medida de seguridad de internamiento para la persona en situación de inimputabilidad

---

The social model of disability and the incompatibility  
of applying the security measure of confinement for  
non-imputable persons

**WILLIAM HOMER FERNÁNDEZ ESPINOZA**

Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de  
Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial  
(Lima, Perú)

Contacto: [wfernandeze@pj.gob.pe](mailto:wfernandeze@pj.gob.pe)

<https://orcid.org/0000-0003-4296-0467>

### RESUMEN

El presente trabajo de investigación estudia el problema de la aplicación judicial de la medida de seguridad de internamiento para la persona en situación de inimputabilidad, debido a que en el ordenamiento jurídico penal persiste el modelo rehabilitador frente al modelo social dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para su desarrollo, se analizan la doctrina, las normas y la jurisprudencia nacional e internacional, a fin de proponer una

reforma legislativa para garantizar la protección integral de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental.

**Palabras clave:** apoyos y salvaguardias; capacidad jurídica; inimputabilidad; internamiento; medida de seguridad; salud mental.

### ABSTRACT

This research paper studies the problem of the legal enforcement of the security measure of confinement for a non-imputable person, because the rehabilitating model prevails in the criminal law of Peru before the social model dictated in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. For its development, the national and international doctrine, laws and case law are analyzed with the aim of proposing a legislative reform to guarantee the integral protection of the human rights of the mentally ill.

**Key words:** supports and safeguards; legal capacity; non-imputable; confinement; security measure, mental health.

Recibido: 05/05/2022 Aceptado: 10/06/2022

## 1. INTRODUCCIÓN

El Estado peruano comenzó a adecuar la legislación nacional al modelo social establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) (2006) a partir de su aprobación por el Congreso de la República mediante la Resolución Legislativa n.º 29127, del 31 de octubre de 2007, y su ratificación por el Decreto Supremo n.º 073-2007-RE, del 30 de diciembre de ese mismo año, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, conforme con el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política (1993).

Este nuevo paradigma, que se complementa con la protección constitucional de la persona con discapacidad indicada en el artículo 7 de nuestra Carta Magna, también guarda plena concordancia con los estándares internacionales dispuestos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

En tal sentido, se otorga una protección reforzada al reconocer la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad y sin ningún tipo de discriminación, con respeto a su dignidad, autonomía y libertad para tomar sus propias decisiones, y a la manifestación de su consentimiento de manera informada en defensa de su voluntad y sus preferencias, para efectivizar su participación plena e inclusiva en la sociedad, y disponiendo de todos los medios y los ajustes razonables que le permitan la accesibilidad, aplicándose los enfoques de derechos humanos y de interseccionalidad.

Estas innovaciones las encontramos en el Código Civil modificado por el Decreto Legislativo n.º 1384, del 3 de septiembre de 2018, que Reconoce y Regula la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en Igualdad de Condiciones, que eliminó la interdicción civil y la transformó en un procedimiento notarial y en un proceso judicial para la determinación o designación de apoyos y salvaguardias, según lo solicite la persona en cada caso concreto.

No obstante, pese a estos avances y cambios vanguardistas en nuestro ordenamiento jurídico, persiste la violación del derecho a la libertad de esta población que históricamente se sigue encontrando en condición de vulnerabilidad, en especial porque el Código Penal no está acorde con el modelo social de la discapacidad dispuesto en la CDPD, debido a que se mantiene la imposición de la medida de seguridad de

internamiento en situaciones de inimputabilidad, lo que se contrapone explícitamente a lo determinado por las Naciones Unidas.

Al respecto, han pasado más de doce años desde que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente n.º 03426-2008-PHC/TC, del 26 de agosto de 2010, declaró el estado de cosas inconstitucional por la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas sujetas a medidas de seguridad de internación. Asimismo, como lo advirtió la Defensoría del Pueblo (2019a), continúan existiendo personas privadas de la libertad con medidas de seguridad de internación excesivamente prolongadas cuya salud mental no es atendida por la falta de cobertura de este servicio médico. Además, la Defensoría (2019b) expresó su preocupación acerca de que solo el 0.1 % del presupuesto nacional está dirigido a la atención de los problemas de salud mental, comprobándose que la población afectada no recibe este tratamiento y que cientos de personas de diversas regiones del país se encuentran en calidad de institucionalizadas en distintos hospitales y establecimientos de salud, en los que se ha identificado algunos casos en que el internamiento se extendió hasta por setenta años en situación de abandono.

Catalina Devandas (citada en Naciones Unidas, 2019), relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, sostiene que la privación de libertad sobre la base de la discapacidad es una grave violación de los derechos humanos. Destaca, además, que esto no es un mal necesario, sino una consecuencia del fracaso de los Estados para garantizar sus obligaciones hacia esta población vulnerable, representada en exceso en las cárceles, hospitalizada involuntariamente en los centros de salud mental, internada en instituciones y salas psiquiátricas, y obligada a someterse a tratamientos. Por esta razón, enfatizó la relatora, todo esto debe detenerse de una vez.

Del mismo modo, es importante resaltar que, durante la crisis sanitaria por la COVID-19, las personas con discapacidad han sido las más afectadas y sufren un impacto negativo en el ejercicio de sus derechos humanos, no únicamente en el campo de la salud, sino también en el acceso a la justicia. Acerca de eso, el Decreto Legislativo n.º 1513, del 4 de junio de 2020, que estableció disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de los establecimientos penitenciarios por riesgo al contagio del coronavirus, no contempló como beneficiaria a la población con discapacidad mental internada en cumplimiento de una medida de seguridad. Por otro lado, la Defensoría del Pueblo (2020) recomendó al Poder Judicial que las juezas y los jueces revisen urgentemente los informes médicos emitidos por los establecimientos de salud mental con respecto a las personas declaradas inimputables con medidas de seguridad de internamiento, en particular de aquellas que ya se encuentran en condición de alta médica, a fin de evaluar el cese inmediato de la medida o la adopción de otra más pertinente, como el tratamiento ambulatorio, para que la persona se reintegre a su familia o pueda ser acogida en un hogar o una residencia protegida, tomándose las medidas de bioseguridad necesarias por la pandemia.

A todo esto, debemos indicar que existe discordancia entre los operadores de justicia para la determinación, la duración, la variación y el cese de la medida de seguridad de internamiento para la persona que comete un hecho delictivo en situación de inimputabilidad, en atención al modelo social de la discapacidad. Esta problemática no se resuelve solo con establecer los lineamientos para que las juezas y los jueces dispongan adecuadamente las medidas para el tratamiento terapéutico ambulatorio y se promueva la desinstitutionalización, sino que se debe partir aplicando el control difuso de convencionalidad, a fin de eliminar la medida de seguridad de internamiento por motivos de discapacidad mental bajo el criterio de peligrosidad como fundamento primordial para dictaminar esta medida restrictiva de derechos

y libertades, y por el tiempo de duración de la sanción impuesta según el tipo penal, porque ello forma parte del desfasado modelo médico o rehabilitador de la discapacidad que se contrapone a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

Incluso, debemos ir más allá y proponer la modificación del Código Penal, de manera que se adecúe a lo dispuesto en la CDPD y se establezca que el tratamiento que tiene que seguir la persona debe ser determinado por una junta médica, al igual que el tiempo de duración, y su cumplimiento debe ser voluntario bajo el consentimiento expreso e informado de la persona.

Por tal motivo, se debe dejar de justificar que la discapacidad mental, debido a una supuesta condición de peligrosidad, sea un motivo para la privación de libertad de la persona y el internamiento involuntario en un hospital, centro de salud o institución penitenciaria. Más bien, se debe propiciar que el Estado implemente políticas públicas adecuadas para la atención oportuna de la salud mental.

## 2. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2015), de acuerdo con los resultados obtenidos en la Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad de 2012, indicó que había 1 575 402 personas que padecían de alguna discapacidad, y que representaban el 5.2 % de la población nacional. Tiempo después, se evidenció el incremento del número de personas con discapacidad en el país, prácticamente el doble, al alcanzar la cifra de 3 209 261, que representan actualmente el 10.3 % de los peruanos (INEI, 2017). Estas estadísticas son muy importantes porque visibilizan a este grupo humano para considerarlo dentro de las políticas públicas implementadas por los diversos sectores del Estado, a fin de garantizar la protección de sus derechos, en especial el derecho a la salud mental.

No obstante, mucho antes de la entrada en vigencia de la CDPD se manifestaron en el Perú diversas falencias para la defensa de las personas con discapacidad mental. En cuanto a esta situación, la Defensoría del Pueblo (2005), a través del Informe Defensorial n.º 102, resaltó que la legislación de entonces no regulaba el internamiento ni la permanencia involuntaria y voluntaria de los pacientes psiquiátricos. Esta falta de regulación, sumada a la escasa valoración de la voluntad de las personas con enfermedades mentales, impidió que aquellas autoricen su hospitalización y adquieran la calidad de pacientes voluntarios. Tampoco existía un órgano independiente que revise estas órdenes de internamiento. Por otro lado, en el mismo documento, sobre la situación de internación por mandado judicial, se exhortó a las juezas y los jueces especializados en lo penal para que soliciten a los directores de los hospitales, los establecimientos de salud mental o los pabellones psiquiátricos de los centros penitenciarios, que remitan informes periódicos para evaluar la continuidad o no del internamiento como medida de seguridad. Del mismo modo, en esa época se mantenía la figura de la interdicción civil, la cual facultaba expresamente a los curadores para autorizar los tratamientos médicos hacia la persona interdicta.

A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional emitió unas resoluciones alarmantes que violentaban explícitamente el modelo social de la discapacidad y el derecho a la libertad de las personas con discapacidad mental. En un primero caso, se trató de la sentencia recaída en el Expediente n.º 3081-2007-PA/TC, del 9 de noviembre de 2007, que declaró fundada la demanda de amparo que dejaba sin efecto un informe psiquiátrico de alta médica de la señora G. R. S., quien padecía de esquizofrenia paranoide, para ordenar su atención médica y hospitalización permanente e indefinida. Asimismo, en un segundo caso, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 02480-2008-PA/TC, del 11 de julio de 2008, se resolvió de manera similar al dejar sin efecto un

informe psiquiátrico de alta médica del señor R. M. V., quien también sufría de esquizofrenia, y se dispuso su internamiento prácticamente de forma perpetua. Ambos fallos explican muy bien la situación de incertidumbre con respecto al tratamiento de la salud mental en la primera década del siglo XXI.

Años después, la Defensoría del Pueblo (2009), mediante el Informe Defensorial n.º 140, determinó que las personas con trastornos mentales aún se encontraban en una impactante situación de exclusión y marginación debido a que se seguía postergando la inclusión de la salud mental dentro de las políticas nacionales. Además, en el mismo informe, se demostró que el Estado realizaba intervenciones dirigidas al internamiento de personas que vivían en situación de indigencia en las calles, bajo la presunción de que tenían una discapacidad mental, sin contar con criterios médicos ni el consentimiento de la persona; y, en relación con las personas internadas como medida de seguridad ordenada en el marco de un proceso penal, se señaló que las juezas y los jueces no tomaban en consideración el informe médico que indicaba que los pacientes se encontraban en condiciones de alta médica. Por esta razón, se perpetuaba la institucionalización de estas personas, colocándolas en una situación de inminente abandono, debido a que los establecimientos de salud estaban lejos de brindar un trato digno en aquellos tiempos y a que, pocos años atrás, se había procedido a la clausura de las celdas de los pacientes de alta peligrosidad, donde se los aislaba de manera permanente en espacios pequeños, con poca ventilación y malas condiciones de higiene.

Frente a este contexto de vulneración de los derechos fundamentales, y alejándose de sus anteriores fallos, el Tribunal Constitucional emitió un importante pronunciamiento en favor de las personas con discapacidad mental, mediante la sentencia recaída en el Expediente n.º 03426-2008-PHC/TC, que declaró el estado de cosas inconstitucional por la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la

salud mental de personas sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental. Y ordenó, a su vez, que el Poder Judicial adopte las medidas correctivas para que todas las juezas y los jueces del país emitan un pronunciamiento oportuno sobre los informes médicos que las autoridades de salud les remiten, los cuales recomiendan cesar esta medida de seguridad.

Al respecto, el Poder Judicial, en atención de los problemas advertidos en los informes defensoriales de la Defensoría del Pueblo y en las sentencias del Tribunal Constitucional, publicó la Resolución Administrativa n.º 336-2011-P-PJ, del 20 de septiembre de 2011, que contenía el circular sobre la determinación de la medida de seguridad de internación, en la que precisa que esta no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de la libertad que hubiera correspondido aplicar a la persona por el delito cometido. Empero, en el transcurso de la ejecución de la medida, en un plazo razonable y necesariamente cada seis meses, la jueza o el juez podía cesar, sustituir o, en su caso, mantener la medida impuesta cuando las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida al inimputable persistan, hayan desaparecido o, de otro modo, hayan variado de tal suerte que se aconseje el cumplimiento de otra medida que permita mejorar la rehabilitación y la resocialización.

Estas acciones del sistema judicial no hicieron más que afianzar la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las personas con discapacidad mental, a quienes se les privaba de su libertad forzosamente, ya que, aunque se estableció un tiempo determinado para la revisión de los casos, el internamiento podía ser extendido al tiempo de duración de la sanción prevista en la norma penal, privilegiando muchas veces la continuación de esta medida, por lo que no se encontraba acorde con el modelo social de la discapacidad.

También el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el expediente n.º 04007-2015-PHC/TC, del 27 de junio de 2019,

declaró un estado de cosas inconstitucional con respecto a la situación de salud mental de las personas internadas en los establecimientos penitenciarios del país, al conocer el caso de M. H. F. C., a quien se le afectó su derecho a la salud durante diez años en cumplimiento de una pena privativa de libertad con carácter efectivo, a pesar de que padecía de esquizofrenia, sin que recibiese un tratamiento médico especializado por encontrarse en situación de inimputabilidad.

En consecuencia, se debe prestar especial atención a los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008), establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyo tercer principio señala que los sistemas de salud deben incorporar una serie de medidas en favor de la persona con discapacidad mental, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, para evitar su privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios.

Por otro lado, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) (2012), a través de las observaciones finales de los informes presentados por Perú, manifestó su preocupación sobre el hecho de que la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, que había sido modificada por la Ley n.º 29737, permitía el internamiento forzoso, por mandato judicial, de personas aquejadas de problemas de salud mental. Por ello, el Comité exhortó al Estado peruano a que derogase esta norma violadora de derechos humanos, examinase exhaustivamente la legalidad del internamiento de pacientes en esas instituciones y estableciese servicios de tratamiento de salud mental voluntarios, con el fin de que estas personas puedan ser incluidas en la comunidad y abandonar dichas instituciones (párrs. 29-31).

Las recomendaciones del Comité (2012) también se hacen extensivas a la aplicación de las medidas de seguridad de internamiento para las personas declaradas judicialmente inimputables, atendiendo al modelo social y los derechos establecidos en la CDPD, como los siguientes: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad (artículo 12); derecho a no ser internadas contra su voluntad en una institución hospitalaria y a no ser obligadas a someterse a un tratamiento de salud mental (artículo 14); y derecho a dar su consentimiento para cualquier procedimiento médico (artículo 25).

Del mismo modo, el Comité (2014a), mediante la Observación General Ley n.º 1, propuso que los Estados deben respetar el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, lo que incluye garantizar el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas, así como el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sobre la base de su consentimiento libre e informado (párrs. 40 y 41). Este fundamento también serviría al Comité (2014b) para resolver el caso del señor X vs. Argentina sobre las condiciones de detención y el acceso a la atención médica adecuadas para la persona con discapacidad, emitido por la Comunicación Ley n.º 8/2012 con el dictamen del referido caso.

Años más tarde, la Defensoría del Pueblo (2018), a través del Informe Defensorial Ley n.º 180, concluyó que en el Perú persiste un modelo mixto de atención de salud mental que tiene características del modelo manicomial, terapéutico farmacológico y comunitario, debido a que no se han delimitado con claridad los procedimientos y los plazos, ni la transferencia de capacidades al personal de salud para realizar el tránsito al modelo social. Esto impide que se avance en el proceso de desinstitucionalización de las personas con internamiento prolongado y la ausencia de protocolos apropiados para la obtención

del consentimiento informado de la misma persona. Asimismo, el informe señala que el presupuesto nacional para la atención en salud mental representa solo el 1 % del sector salud, lo que sigue resultando insuficiente. Además, sobre las personas declaradas inimputables con medida de seguridad de internamiento, se enfatizó que

la situación constatada por el Tribunal Constitucional, que dio origen a la declaración de estado de cosas inconstitucional de la salud mental en el Perú, no ha variado sustancialmente respecto a las personas declaradas inimputables. A pesar de esto, en el Poder Judicial se continúan dictando medidas de seguridad de internamiento en los hospitales psiquiátricos, lo cual incrementa la lista de espera y ocasiona internamientos indebidos en establecimientos penitenciarios que no garantizan la atención de la salud mental de estas personas (p. 189).

Prueba de lo anterior, a modo de ejemplo, la podemos encontrar en los fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente Ley n.º 1247-2018, del 11 de junio de 2019, emitida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior Justicia de Lima, en la cual se declaró exento de responsabilidad penal al señor H. C. C., quien sufre de esquizofrenia paranoide, por el delito de homicidio calificado al declarársele inimputable; asimismo, se le impuso la medida de seguridad de internamiento en un hospital de salud mental por el plazo de veinte años, aunque se demostró que venía recibiendo un tratamiento psiquiátrico con pastillas por la enfermedad que padece.

Del mismo modo, la Defensoría del Pueblo (2018) recalcó que el Código Penal establece que uno de los criterios para imponer el internamiento como medida de seguridad es la supuesta peligrosidad de la persona declarada inimputable. En consecuencia, se sostiene que, en la práctica judicial, esta medida no responde a los fines terapéuticos que permiten el tratamiento de la salud mental de la persona, debido

a que se corroboró que las juezas y los jueces imponen medidas de seguridad de internamiento por períodos prolongados que van desde un año hasta un plazo indeterminado. Ello resulta totalmente contrario a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano al ratificar la CDPD.

En junio de 2020, durante la emergencia sanitaria por la COVID-19, mediante el Informe Especial Ley n.º 020-2020-DP, la Defensoría del Pueblo (2020) reiteró que, en esta situación de pandemia, resultaba necesario la revisión, a nivel nacional, de los informes médicos emitidos por los hospitales y los establecimientos penitenciarios y de salud mental con respecto a las personas declaradas judicialmente inimputables con medidas de seguridad de internamiento, a fin de que reciban un tratamiento especializado y ambulatorio, respetuoso de sus derechos, como la libertad y la seguridad personal.

En efecto, lo que se ha venido planteando durante muchos años es la reevaluación del sistema de justicia penal para que se garanticen efectivamente los derechos humanos de las personas con discapacidad mental.

### 3. MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

En la Antigüedad y en la Edad Media, la discapacidad mental fue considerada como un castigo de los dioses o una maldición de los demonios, generalmente relacionada con los pecados cometidos por los progenitores o la misma persona con discapacidad. Ello generó la marginación social de esta persona, además de que se la identificaba como un ser improductivo, incapaz de atenderse por sí mismo y de cumplir un rol en la familia y en la comunidad; es decir, era una carga que nadie deseaba asumir. Esta situación fue catalogada como el modelo de prescindencia (Velarde, 2012).

Tiempo después se dejó de lado la justificación de la discapacidad por causas religiosas y se asumió una postura científica, la cual aludía a que la discapacidad era una diversidad funcional en términos de salud o enfermedad que necesitaba ser normalizada o tratada médicamente para que la persona cumpliera una labor útil en la sociedad, ya que era deficiente. Entonces se adoptó el modelo rehabilitador, que se mantuvo vigente en las legislaciones de los diversos países del mundo, y se caracterizó por la institucionalización de la persona con discapacidad mental con fines de recuperación y de asistencia social (Palacios, 2008).

En rechazo a todos estos paradigmas surgió un nuevo modelo social que reconoce a la persona con discapacidad como un sujeto pleno de derechos; y se comienza a explicar que el problema de la «deficiencia» no está en la persona, sino en la sociedad, a través de la existencia histórica de barreras discapacitantes que no valoran ni tienen en consideración la situación especial de esta población. En otras palabras, el modelo social de la discapacidad propicia el respeto de la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la autonomía de la persona y la inclusión social, aplicando los principios de no discriminación, vida independiente, accesibilidad universal, normalización del entorno, participación, entre otros, que apuntan a la superación de aquellas barreras para una adecuada equiparación de oportunidades en igualdad con las demás personas (Palacios, 2015). En tal sentido, se debe recalcar que la autonomía es el eje principal de los derechos humanos de las personas con discapacidad, pero ello no significa que se debe prescindir de ajustes razonables y de apoyos para garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica (Águila, 2015).

Por otro lado, es trascendente indicar que la accesibilidad y los ajustes razonables, aunque parezcan similares, no son lo mismo. La primera permite el ejercicio de los derechos al colectivo de personas con discapacidad a través de la modificación del entorno, el sistema

de información y de comunicaciones, entre otros. Por su parte, los segundos buscan la superación de las barreras con base en el tratamiento igualitario, pero en un alcance individual, es decir, cuando se comprueba la situación especial de una persona con discapacidad (Bregaglio, 2015).

Para la promoción y la vigilancia de lo dispuesto en la CDPD se creó el Comité, perteneciente a las Naciones Unidas, el cual, a fin de monitorear la implementación de los estándares establecidos en el modelo social, recibe periódicamente informes de los Estados parte y también hace sugerencias y recomendaciones oportunas sobre temas específicos para el cumplimiento de estas obligaciones internacionales (Salmón, 2015).

Al respecto, se enfatiza el derecho humano a la salud de la persona con discapacidad, en particular a la salud mental, sobre la base de un consentimiento libre e informado, otorgado de manera gratuita y sin ningún tipo de discriminación. Este derecho debe llegar a todos los lugares del país, por más alejadas que se encuentren las personas con discapacidad, ya sea en las zonas rurales, urbano marginales o en situación de pobreza o pobreza extrema, conforme lo reconoce el artículo 25 de la CDPD.

No obstante, debido a la pandemia por el coronavirus, muchos servicios de salud fueron suspendidos temporalmente, a fin de tratar principalmente los casos relacionados con esta enfermedad viral. Además, el confinamiento obligatorio tuvo un resultado negativo en las personas con discapacidad, quienes tenían que mantenerse encerradas y en muchos casos sin sus medicamentos, por la interrupción de este servicio fundamental (Vivas, 2020).

Luego de algunos meses, mediante la publicación del Decreto Legislativo Ley n.º 1468, del 22 de abril de 2020, el gobierno peruano estableció disposiciones de prevención y protección para las personas

con discapacidad ante la emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19, incluyendo la prestación del servicio en salud mental, que se fue restituyendo y cumpliendo progresivamente a nivel nacional.

#### 4. RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

La legislación peruana estuvo arraigada durante bastante tiempo al modelo rehabilitador. En efecto, la discapacidad mental fue considerada erróneamente como un supuesto de incapacidad, es decir, un fundamento para la restricción legal que limitó el ejercicio pleno de los derechos y las libertades fundamentales de la persona (Varsi, 2014).

El Código Civil de 1984 consideraba como incapaces absolutos a aquellos sujetos que por cualquier causa se encontraban privados del discernimiento, así como a los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos, quienes no podían expresar su voluntad de manera indubitable. Asimismo, se determinaba que las personas con retraso mental o con deterioro mental eran incapaces relativos, ya que su condición les impedía expresar su voluntad de forma libre.

Cuando entró en vigor la CDPD, las normas nacionales gradualmente se fueron adecuando a los estándares internacionales establecidos por el modelo social. Ello generó que se apruebe la Ley n.º 29973, del 13 de diciembre de 2012, Ley General de la Persona con Discapacidad, que derogó la anterior norma sobre la materia, la Ley n.º 27050, del 31 de diciembre de 1998, que mantenía el modelo rehabilitador, y modificó la legislación civil suprimiendo numerosos artículos sobre la «incapacidad».

Desde el sistema de administración de justicia se comenzó a aplicar el control difuso de convencionalidad, a fin de reconocer la capacidad jurídica de la persona con discapacidad mental y eliminar la interdicción civil, para el ejercicio pleno de sus derechos reconocidos en el

ordenamiento jurídico, conforme con lo establecido en los tratados y los instrumentos internacionales. A modo de ejemplo, en una innovadora sentencia recaída en el Expediente n.º 01305-2012-0-1001-JR-FC-03, del 15 de junio de 2015, el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cusco inaplicó el Código Civil por ser incompatible con el derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica indicado en el artículo 12 de la CDPD. En este documento, se ordena que a los hermanos W. V. C. y R. V. C., ambos con discapacidad psicosocial (esquizofrenia paranoide), se les otorguen medidas de apoyos y salvaguardias.

Tiempo después, el modelo social de la discapacidad formaría parte de las políticas institucionales del Poder Judicial, al aprobarse el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021, mediante la Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ, del 7 de abril de 2016, que considera en su cuarto eje poblacional a la protección y defensa jurídica de las personas con discapacidad, siguiendo las recomendaciones de las Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), a las cuales este poder del Estado se adhirió por la Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ, del 26 de julio de 2010. Al respecto, las reglas 3 y 4 de las Reglas de Brasilia consideran a la discapacidad como una causa de vulnerabilidad. Por tal motivo, la regla 8 recomienda que se establezcan las condiciones necesarias para la accesibilidad de la persona con discapacidad y se disponga de todos los recursos que garanticen la igualdad de trato, el reconocimiento como sujeto de derechos, el respeto de su autonomía, la capacidad de actuar, la seguridad, la movilidad, la comodidad, la comprensión, la privacidad y la comunicación, mediante cualquier medio tecnológico requerido, atendiendo a la brecha digital y cultural. Además, la regla 77 señala que se debe facilitar la accesibilidad de las personas con discapacidad en la celebración de cualquier diligencia judicial en la que participen, de modo

que se promueva la eliminación de todo tipo de barreras, como las arquitectónicas, de información, de comunicación y las actitudinales.

Por consiguiente, el Poder Judicial luego aprobaría el Protocolo de Atención Judicial para las Personas con Discapacidad, a través de la Resolución Administrativa n.º 010-2018-CE-PJ, del 10 de enero de 2018. Este es el primer instrumento normativo que reconoce la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en todos los procesos judiciales; que garantiza el respeto de sus derechos, voluntad, preferencias y toma de decisiones (artículo 3.4.); y que además dispone estándares de atención para las personas con discapacidad mental (artículo 4.4.).

Posteriormente, desde el Poder Ejecutivo se promovió la publicación del Decreto Legislativo n.º 1384, el cual derogó ciertos numerales del Código Civil que establecían a la discapacidad mental como causales de incapacidad absoluta (artículo 43) y de incapacidad restringida (artículo 44). Del mismo modo, se suprimió la figura de la interdicción civil, y se dispuso su transición al sistema de apoyos y salvaguardias, incorporando para ello desde el artículo 659-A hasta el 659-G en el referido Código, para el acceso, la determinación y los efectos jurídicos de este nuevo sistema acorde con el modelo social de la discapacidad. En definitiva, se reguló la capacidad plena de ejercicio para toda persona mayor de dieciocho años de edad, incluyendo a las personas con discapacidad, en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad (artículo 42 del Código Civil).

Con la finalidad de fortalecer estas disposiciones también se aprobó el Decreto Legislativo n.º 1417, del 12 de septiembre de 2018, que promueve la inclusión de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad para garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales. Asimismo, se tiene el Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP, del 23 de agosto de 2019, que aprobó el Reglamento que regula el otorgamiento

de ajustes razonables, designación de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

Por su parte, el Poder Judicial, en cumplimiento del Decreto Legislativo n.º 1384, emitió el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, a través de la Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ, del 23 de enero de 2019, con el objetivo de establecer reglas y procedimientos que permitan a las juezas y los jueces efectuar, en el más breve plazo, una correcta transición al sistema de apoyos para las personas con discapacidad que cuenten con una sentencia firme, mediante la cual se les haya designado un curador, así como para aquellas que tengan un proceso de interdicción en trámite (artículo 2.2).

Adicionalmente, el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Ayacucho el 23 de julio de 2019, adoptó por mayoría que los órganos jurisdiccionales a cargo de la apelación o la consulta adecúen el trámite al sistema de apoyos y salvaguardias, a fin de dar una respuesta inmediata que beneficie a las personas con discapacidad. Asimismo, en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado de manera virtual el 27 y el 28 de mayo de 2021, se resolvió por mayoría que solo deben elevarse en consulta las sentencias recaídas en aquellos procesos de designación excepcional de apoyos para las personas que no pueden manifestar su voluntad y que tienen la capacidad de ejercicio restringida.

Para priorizar la atención de estos casos, el Poder Judicial aprobó la Directiva de Alerta Judicial para Personas con Discapacidad, por la Resolución Administrativa n.º 066-2020-CE-PJ, del 12 de febrero de 2020. Además, debido a la pandemia por el coronavirus, se promovió la virtualización del proceso de restitución de la capacidad jurídica, el reconocimiento y la designación judicial de apoyos y salvaguardias, a través de la Resolución Administrativa n.º 122-2020-CE-PJ,

del 17 de abril, y la Resolución Administrativa n.º 222-2020-CE-PJ, del 24 de agosto de 2020.

Todo esto, de conformidad con la actualización de las Reglas de Brasilia (2018) y su adhesión por la Resolución Administrativa n.º 198-2020-CE-PJ, del 30 de julio de 2020, que guarda plena concordancia con los parámetros dispuestos por las Naciones Unidas.

## 5. PROTECCIÓN DE LA SALUD MENTAL

El derecho humano a la salud ha sido reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, esta protección a la salud fue consagrada en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976). También el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) establece como estándar internacional que toda persona tiene derecho a la salud, la cual es entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2000), a través de la Observación General n.º 14, expone que la protección internacional a la salud está vinculada estrechamente con el ejercicio de otros derechos humanos, como a la dignidad, la vida, la igualdad y la no discriminación, no ser sometido a torturas, el acceso a la información y a la libertad, los cuales son componentes esenciales del derecho a la salud (párr. 3).

Según la Organización Panamericana de la Salud (s. f.), las personas con discapacidad experimentan desigualdades significativas en materia de salud, en comparación con otras que no tienen ninguna discapacidad. Por ello, se promueve la mejora de la equidad sanitaria y la inclusión del sistema de salud, en especial de la salud mental,

para la protección de sus derechos reconocidos por los tratados y los instrumentos internacionales.

Por tal motivo, se adoptaron los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (1991). Este documento representa un trascendental avance en la defensa de las personas con discapacidad mental para ser tratadas con humanidad y respeto a su dignidad, como se señala en el principio 1. Asimismo, en los principios 11 y 12 se introduce como parámetro internacional el consentimiento informado de la persona para el tratamiento; es decir, dicho consentimiento debe ser brindado de manera libre, sin persuasión indebida ni amenazas, después de proporcionar al paciente la información accesible, adecuada y comprensible, a través de un lenguaje claro y sencillo, de modo que entienda sobre el diagnóstico, la evaluación, el propósito, la duración y el beneficio de este tratamiento. Con respecto a las personas que padecen de una enfermedad mental y cumplen penas de prisión por la comisión de delitos, o que han sido detenidas en el transcurso de las investigaciones penales, en los principios 16 y 29 se indica que las legislaciones de cada país podrán autorizar que la autoridad judicial, basándose en un dictamen médico independiente y competente, disponga que esas personas sean trasladadas a una institución psiquiátrica por un período breve determinado en el ordenamiento jurídico y con fines de observación y de tratamiento.

Lo anterior guarda concordancia con la Declaración de Caracas (1990), como un instrumento innovador que enfatizó que aislar al enfermo mental generaba en la persona una mayor discapacidad social, en quien además se crean condiciones desfavorables que ponen en peligro sus derechos humanos. Por esta razón, los tratamientos deben estar basados en criterios racionales y técnicamente adecuados al paciente para salvaguardar invariablemente su dignidad y propender su permanencia en un medio comunitario.

Años más tarde se elaboraron los Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental (1996), cuyo principio 5 señala la importancia de garantizar la autodeterminación, al requerir el consentimiento expreso e informado de la persona antes de que se produzca cualquier tipo de interferencia corporal o mental. El principio 6 refiere al derecho del paciente a ser asistido en el ejercicio de la autodeterminación en ciertos casos específicos, lo que actualmente consideramos como los apoyos y las salvaguardias de la persona con discapacidad mental. No obstante, en la Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental se evidenció una preocupante situación que continuaba ocurriendo en los distintos países de la región, cuando se indicó que en los hospitales psiquiátricos eran frecuentemente violentados el derecho a ser tratado con humanidad y respeto, a una admisión voluntaria, a la privacidad, a la libertad de comunicación, a recibir tratamiento en la comunidad, y a proporcionar un consentimiento informado antes de recibir cualquier procedimiento médico.

Con la entrada en vigencia de la CDPD, se recalcó y tomó la debida importancia de la salud mental, especialmente, como se señala en el artículo 14, acerca de que la existencia de una discapacidad no justifica en ningún caso la privación de la libertad de la persona. Además, en el artículo 25 se menciona que el servicio de salud se brindará con base en el consentimiento libre e informado, y en protección de la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad.

En el Perú, la Constitución Política reconoce, en su artículo 7, el derecho a la salud de la persona con discapacidad, en respeto de su dignidad y su protección individual; y en los artículos 9 y 11 se garantiza el acceso libre a los servicios de salud dispuestos en la política nacional. Igualmente, la Ley n.º 26842, Ley General de Salud, señala,

en el artículo 9, que toda persona con discapacidad física, mental o sensorial tiene derecho al tratamiento en salud; y este servicio, según el artículo 40, se debe brindar con la autorización previa del paciente, a través de un consentimiento debidamente informado. Por otro lado, en la Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, se reconoce en el artículo 26 el derecho a gozar del más alto nivel de salud, en igualdad y sin discriminación alguna, garantizando el acceso a prestaciones integrales, adecuadas y de calidad. Sobre el mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), a través de la sentencia del caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, dispuso que los Estados tienen el deber internacional de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental, esto es, el acceso y la promoción de la salud mental, y que la prestación de servicios de esa naturaleza sea lo menos restrictiva posible (párr. 128).

Pasaron varios años hasta que se aprobó el Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021, mediante la Resolución Ministerial n.º 356-2018/MINSA, del 20 de abril de 2018; y, en efecto, se publicó la Ley n.º 30947, del 22 de mayo de 2019, Ley de Salud Mental, que tiene como objetivo erradicar la estigmatización de las personas con discapacidad mental y afianzar el acceso universal a los servicios, la promoción, la prevención y el tratamiento en salud mental como condiciones para el ejercicio pleno del derecho a la salud y el bienestar de la persona, la familia y la comunidad. En esto último se aplica el modelo social dispuesto por las Naciones Unidas, de modo que se cumplen los objetivos para el desarrollo sostenible de la Agenda 2030 sobre la salud y el bienestar (objetivo 3); la reducción de las desigualdades (objetivo 10); y la paz, la justicia y las instituciones sólidas (objetivo 16).

## 6. SITUACIÓN DE INIMPUTABILIDAD

A principios de este milenio hubo cambios paradigmáticos en la justicia civil en defensa de las personas con discapacidad mental, a diferencia de la justicia penal que mantiene un modelo estático frente a lo estipulado en la CDPD.

Entre las diversas definiciones del derecho penal, tradicionalmente se sostuvo que es el conjunto de normas jurídicas que, ante la comisión del delito, como presupuesto, se asocia a la determinación de una pena o una medida de seguridad como consecuencia legal (Mir, 2003). Esta conducta, según la gravedad de los hechos ilícitos, supone la privación de la libertad de la persona, de acuerdo con cada caso en concreto. Entonces, genéricamente, podemos señalar que las acciones judiciales en materia penal tienen como finalidad la prevención de nuevas conductas delictivas y la protección de los bienes jurídicos (Alcácer, 1998).

Estas premisas guardan concordancia con los fines de la pena y de las medidas de seguridad, de modo que la primera tiene una función preventiva, protectora y, además, resocializadora; y la segunda persigue fines de curación, tutela y rehabilitación, de acuerdo con lo señalado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

No obstante, comprobar que se realizó una acción típica, antijurídica y atribuible no es suficiente para responsabilizar penalmente al autor, porque la responsabilidad penal depende de la culpabilidad con la que haya obrado la persona (Bacigalupo, 1996). En efecto, no basta con realizar el injusto penal para imputar la responsabilidad, sino que también es necesario que el sujeto goce de condiciones mínimas que le permitan comprender la antijuricidad de su acción y se pueda adecuar su conducta a dicha comprensión. Por esta razón, la inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad (Villavicencio, 2019). Al respecto, el Código Procesal Penal, en su artículo 75, regula que ante

esta situación del procesado se debe practicar un examen por un perito especializado, con el objetivo de acreditar el estado de discapacidad mental de la persona. En otras palabras, es menester que el sujeto haya tenido cierto grado de capacidad psíquica, que le hubiera permitido disponer de un ámbito de autodeterminación para reprocharle esta conducta típica y antijurídica (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2007).

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 20 del Código Penal dispone que la persona con anomalías psíquicas, con grave alteración de la conciencia o que sufre de alteraciones en la percepción, que gravemente afectan su concepto de la realidad; o aquella que no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto, o para determinarse según esta comprensión, se encuentra exento de responsabilidad penal al considerársele inimputable. Por consiguiente, la inimputabilidad asume una naturaleza excluyente de la culpabilidad y da lugar a que se otorguen medidas de seguridad para la persona (Gaviria, 2005).

Son dos las medidas de seguridad establecidas en el artículo 71 del Código Penal: el internamiento y el tratamiento ambulatorio. Del mismo modo, según el artículo 73, estas deben ser determinadas proporcionalmente con la «peligrosidad» delictual de la persona, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado médicamente. Asimismo, según los artículos 74, 75 y 76, la internación podrá disponerse, de manera excepcional, cuando concurra el peligro de que el sujeto cometa delitos considerablemente graves, y no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido. En ambos casos, las medidas de seguridad de internamiento y de tratamiento ambulatorio tienen fines terapéuticos o de rehabilitación.

Por tal motivo, consideramos que estas medidas de seguridad están asociadas expresamente al descartado modelo rehabilitador de la discapacidad mental, debido a que cumplen fines curativos o de custodia

relacionados explícitamente con la «peligrosidad» de la persona en situación de inimputabilidad; pero se continúan aplicando por la falta de modificación y de adecuación de la norma penal a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. En otras palabras, este sistema de justicia penal, que se ha estado consolidando, apela a un presupuesto de peligrosidad criminal que viene arrastrando dudas en cuanto a la naturaleza jurídica de aquellas medidas restrictivas de los derechos y las libertades de la persona con discapacidad mental (Antunes, 2016).

## 7. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad son las respuestas jurídicas para las conductas cometidas por los sujetos declarados inimputables. Habitualmente, estuvieron dirigidas a evitar que la persona continúe delinquir, valorando la peligrosidad con la que perpetró el delito y obligando su internamiento forzoso, por lo general indefinido. En el transcurso del tiempo, y repensando este modelo jurídico, se determinó que el internamiento resultaba contraproducente, e incluso generó que, en algún momento de la historia, la defensa de la persona imputada prefiriera omitir la invocación de este eximente y, en su lugar, mejor optara por cumplir una condena, que podría ser condicional y determinada en un plazo, y que también podía reducirse a criterio del juzgador (Rey, 1991).

En el Perú se mantuvo una tendencia mayoritaria de disponer judicialmente la medida de seguridad de internamiento, que cumplía una doble finalidad: curativa y neutralizadora de la persona inimputable, a quien se le consideraba un individuo «anormal» y fuente de peligro por el derecho (Rodríguez, 2016). En aquel momento, la discapacidad mental se transformó en un argumento para la intervención penal durante varios años, hasta la aprobación de la CDPD (Florencia, 2016).

Entonces, no cabe duda alguna de que, desde el derecho internacional de los derechos humanos, la internación es una restricción de la libertad de la persona con discapacidad mental, por lo que son las juezas y los jueces los garantes para examinar que dicha medida respete la legalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad para toda limitación de derechos (Laufer, 2016).

No obstante, para ello se debe partir por romper el mito de que toda persona inimputable es peligrosa, debido a que la peligrosidad criminal es un concepto indeterminado difícil de establecer sin caer en cierto grado de inseguridad, dado que la conducta humana es impredecible. Este diagnóstico de peligrosidad se obtiene a través de la valoración individualizada de elementos presentes y futuros, como lo son la personalidad, la naturaleza y el carácter de la enfermedad mental, la evolución de la persona, la gravedad del hecho apreciada psicogenéticamente, y las condiciones relacionadas con el entorno familiar y social que se proyectan al futuro existencial de la persona con discapacidad mental. Frente a todo ello, algunas corrientes doctrinales del derecho afirman que no todo inimputable es peligroso, por lo que debe dejarse de determinarlo como tal (Harbottle, 2017), e inaplicar la supuesta condición de peligrosidad genérica o abstracta (Bacigalupo, 2004). Por consiguiente, si preponderamos el modelo social de acuerdo con lo estipulado en la CDPD, resultaría ilegítimo afirmar que la peligrosidad es un criterio para la medida de seguridad de internamiento de la persona con discapacidad mental, de manera que debe ser erradicado del derecho penal (Rodríguez, 2016).

Al respecto, a modo de ejemplo, es importante analizar lo resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, mediante el Recurso de Nulidad n.º 2234-2019-Lima Norte, del 2 de octubre de 2020, emitido durante la crisis sanitaria por la pandemia del coronavirus. En este recurso se declaró la nulidad de la medida

de seguridad de internación contra el señor A. T. S., quien padecía de esquizofrenia y de adicción a la marihuana, por la comisión del delito de robo agravado. Asimismo, se reformó la medida y se ordenó que la persona cumpla como medida un tratamiento ambulatorio con fines terapéuticos, bajo el cuidado de su familia, previa evaluación y determinación del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público para el diagnóstico respectivo, y el seguimiento y monitoreo de la evolución de la persona, dando cuenta al juzgado correspondiente para el control de dicha medida de seguridad.

Aunque esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia es vanguardista y a plena vista guarda concordancia con el modelo social de la discapacidad, se deben observar algunos aspectos: primero, que se sigue tomando en consideración el estado de peligrosidad de la persona, ya que se indica en el fallo que debido a la medicación que toma el sujeto por la enfermedad mental que padece, que lo mantiene estable, resultaba desproporcionada la medida de internación dispuesta; y segundo, que, si bien se sustituye la medida de seguridad, no se varió el período por el que deberá cumplir con el tratamiento ambulatorio, que es de cinco años por el delito cometido según lo dispuesto en la ley penal, por un plazo menor y determinado por una junta médica. Además, la resolución no considera en sus apartados que se debe garantizar brindar una información accesible con un lenguaje claro y sencillo, y en la lengua materna de la persona con discapacidad mental, sobre esta medida de seguridad de tratamiento ambulatorio, cuáles son sus fines, y la determinación o la designación de apoyos y salvaguardias.

Por otro lado, se debe tener especial consideración a lo señalado en la Ley n.º 30947, Ley de Salud Mental, que, en su artículo 9, establece que el servicio de internamiento u hospitalización es un recurso terapéutico de carácter excepcional, que protege la dignidad e integridad de la persona, lo que implica garantizar la información y la comprensión de lo informado, el consentimiento y la aceptación libre del

paciente para cualquier tratamiento. Asimismo, sobre la hospitalización por mandado judicial, el artículo 29 dispone que el diagnóstico sea establecido por evaluación psiquiátrica, así como el tipo de tratamiento y el tiempo de su duración determinado por una junta médica del establecimiento donde se realice la hospitalización. No obstante, en los supuestos en los que procede el internamiento involuntario, este se produce por el carácter de urgencia o emergencia, y cuando la persona con discapacidad mental se encuentre inconsciente o en una situación de crisis. Para ello, esta medida debe ser temporal y solo puede darse mientras se estabiliza a la persona con discapacidad mental, y se debe revisar permanentemente la situación en la que se encuentra la persona para asegurar el momento en que la situación de crisis finalizó y realizar el alta médica (Acuña, Bregaglio y Olivera, 2012, p. 19).

Por otro lado, en el artículo 33 de la Ley de Salud Mental se presenta una disyuntiva cuando la persona con problemas de salud mental que tenga un período de internamiento u hospitalización mayor a cuarenta y cinco días y que se encuentre en condición de alta médica deba continuar su tratamiento de forma ambulatoria y ser incorporada en la red de atención comunitaria de salud, coordinando previamente con los trabajadores sociales y los operadores de justicia.

En definitiva, es necesario establecer el acceso a un diagnóstico psiquiátrico especializado y adecuado en el ámbito judicial, para evitar la normalización y la invisibilización de las consecuencias de las medidas de seguridad dictaminadas, incluso la privación de sistemas de apoyos de acuerdo con la discapacidad de la persona, y también para evitar que se sigan vulnerando sus otros derechos fundamentales (Mercurio, 2016).

Desde otra óptica, existen posiciones doctrinales que proponen que la jueza o el juez penal debe agotar su competencia ante la comisión

de un ilícito por parte de una persona en situación de inimputabilidad por discapacidad mental, procediendo a dar intervención al juez civil para que disponga las medidas que garanticen la protección de los derechos humanos de la persona, ateniéndose a los fines de apoyo (Villanueva, 2013, p. 124). En cualquier caso, lo que es seguro es la necesaria adecuación de la legislación al modelo social que proteja a la persona inimputable frente a los abusos que siguen sufriendo como consecuencia de leyes que criminalizan la discapacidad mental.

## 8. ACCESO A LA JUSTICIA

Podemos encontrar los inicios de los parámetros para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental en los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, en cuyo artículo 18 se reconoce un cúmulo de garantías procesales, que van de la mano con el derecho de acceso a la información, señalado en el principio 19, para la defensa de sus derechos humanos. Ello de conformidad con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos sobre las garantías judiciales (artículo 8) y sobre la protección judicial a la que tienen derecho todas las personas, en igualdad y sin discriminación alguna (artículo 25).

Si bien la Constitución Política no regula expresamente el derecho de acceso a la justicia, este ha sido interpretado, en el artículo 139.3., en observancia a los principios de la administración de justicia sobre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Empero, desde la ratificación de la CDPD, en cuyo artículo 13 se señala el derecho de acceso a la justicia para dicho grupo humano, este documento forma parte del derecho nacional, de acuerdo con lo señalado en el artículo 55 de nuestra Carta Magna. Por lo tanto, las personas con discapacidad tienen el derecho humano de acceder a la justicia en

igualdad de condiciones con respecto a los demás integrantes de la sociedad, incluso mediante ajustes de procedimientos adecuados a su condición personal.

El Comité (2018), mediante la Observación General n.º 6, del 26 de abril de 2018, estableció una serie de estándares para garantizar el efectivo acceso a la justicia y la defensa de la persona, como la transmisión de información de manera comprensible y accesible; el reconocimiento de distintas formas de comunicación y adaptación a su uso; la accesibilidad física en todas las etapas del proceso; y la gratuidad o el apoyo para la asistencia letrada, de acuerdo con el tipo de proceso (párr. 52). Del mismo modo, es importante que los operadores de justicia sean sensibilizados y capacitados adecuadamente para que brinden un servicio en reconocimiento de la diversidad de personas con discapacidad y lo que cada una requiere para tener un acceso efectivo a todos los aspectos del sistema de justicia en igualdad de condiciones, de modo que se garantice la autonomía individual de las personas con discapacidad y la importancia de su capacidad jurídica, además de que se realice una comunicación eficaz y auténtica para una inclusión satisfactoria (párr. 55).

Sumado a esto, recientemente se aprobaron los Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad (2020). Entre sus principales parámetros, el principio 1 dispone que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y, por lo tanto, a nadie se le negará el acceso a la justicia por motivos de discapacidad. Asimismo, el principio 5 señala que estas personas tienen derecho a todas las salvaguardias sustantivas y de procedimiento reconocidas en el derecho internacional, y que los Estados deben realizar los ajustes necesarios para garantizar el debido proceso. También es rescatable el principio 8, que manifiesta que las personas con discapacidad tienen derecho a presentar denuncias e iniciar procedimientos legales en relación con delitos contra los derechos humanos

y las violaciones de los mismos, a que se investiguen sus denuncias y a que se les proporcionen recursos efectivos.

Estos principios y directrices internacionales tendrán particular atención, además de considerarse el modelo social de la discapacidad y la protección de los derechos humanos, cuando se pretenda interponer una medida de seguridad de internamiento para la persona con discapacidad mental que comete un hecho delictivo en situación de inimputabilidad.

## 9. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, corresponde señalar que, de lo expuesto, la inimputabilidad debe ser vista como una situación y no como un estado o una característica intrínseca a la persona. Por ello, continuar con la aplicación de la medida de seguridad de internamiento con fines curativos significaría perpetuar el modelo rehabilitador que ha sido desplazado hace bastante tiempo por el modelo social, lo que resultaría incompatible con los estándares internacionales dispuestos en la CDPD y en los diversos informes y recomendaciones emitidos por las Naciones Unidas que promueven el respeto de la dignidad y la libertad de la persona con discapacidad mental, con el objetivo de garantizar su autonomía e inclusión social.

Por estas razones, se propone la reforma del Código Penal en lo relacionado con la situación de inimputabilidad y las medidas de seguridad, contenidos en los artículos 20 y del 71 al 77; y del Código Procesal Penal sobre la inimputabilidad del procesado en el artículo 75, a fin de adecuarlos al modelo social de la discapacidad. Asimismo, se propone que se modifique la Ley n.º 30947, Ley de Salud Mental, con respecto al artículo 29 sobre la hospitalización por mandado judicial como consecuencia de un proceso penal, para establecer la protección de la persona con discapacidad mental por una junta médica,

así como el tratamiento a seguir y su duración, bajo el consentimiento informado y libre del paciente.

No obstante, mientras no se logren estos cambios legislativos, es necesario que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial apruebe los lineamientos para la determinación, la duración y la variación de la medida de seguridad de internamiento para la persona en situación de inimputabilidad conforme con el modelo social de la discapacidad, para lograr que progresivamente se desinstitucionalice esta medida para las personas con discapacidad mental que siguen internadas en los hospitales, los centros de salud y los establecimientos penitenciarios, pese a que se han emitido sus informes de alta médica. Estos lineamientos deberán ser elaborados de acuerdo con lo establecido en la Directiva n.º 019-2020-CE-PJ sobre las disposiciones para el desarrollo de documentos normativos en este poder del Estado. Del mismo modo, las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia se deben pronunciar sobre la naturaleza, la determinación, la duración y los fines de las medidas de seguridad, al amparo de lo indicado en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

Por otro lado, resulta pertinente la sensibilización, la especialización y la capacitación de las juezas, los jueces, el personal jurisdiccional y administrativo, y los integrantes del equipo técnico interdisciplinario por parte de la Gerencia General del Poder Judicial y de la Academia de la Magistratura, para el abordaje integral y adecuado que garantice la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental, acorde con las políticas y estrategias de salud pública.

## REFERENCIAS

- Acuña, E., Bregaglio, R. y Olivera, J. F. (2012). *Los derechos de las personas con discapacidad mental. Manual para aplicar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los centros de salud mental del Perú*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110698>
- Alcácer, R. (1998). Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 51(1-3), 365-587. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=234093>
- Antunes, M. J. (2016). Peligrosidad. ¿Intervención estatal en expansión? *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, (11), 137-148.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York: 16 de diciembre de 1966. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf)
- Águila, L. M. del (2015). La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector. En Salmón, E. y Bregaglio, R. (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 51-71). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal*. Temis.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores.
- Bregaglio, R. (2015). Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En Salmón, E. y Bregaglio, R. (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 73-98). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1991). Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. Washington D. C.: 17 de diciembre de 1991. <https://www.cidh.oas.org/privadas/principios/proteccionmental.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001). Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental. Washington D. C.: 4 de abril de 2001. <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/cap.6d.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Washington D. C.: 13 de marzo de 2008. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/resolucion%201-08%20esp%20final.pdf>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). Observación General n.º 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Ginebra: 11 de agosto de 2000. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012). Examen de los informes presentados por el Perú. Ginebra: 16 de mayo de 2012. <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/06/CRPD-2012.pdf>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014a). Observación General n.º 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Ginebra: 19 de mayo de 2014. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014b). Comunicación n.º 8/2012. Ginebra: 18 de junio de 2014. [https://www.mpba.gov.ar/files/documents/CRPD-C-11-D-8-2012\\_21912\\_S.pdf](https://www.mpba.gov.ar/files/documents/CRPD-C-11-D-8-2012_21912_S.pdf)
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018). Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación. Ginebra: 26 de abril de 2018. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-6-Articulo-5-igualdad-de-oportunidades-y-no-discriminaci%C3%B3n.pdf>
- Congreso de la República (1997). Ley n.º 26842, Ley General de Salud. Lima: 15 de julio de 1997. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/284868/ley-general-de-salud.pdf>
- Congreso de la República (2012). Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad. Lima: 13 de diciembre de 2012. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29973.pdf>
- Congreso de la República (2019). Ley n.º 30947, Ley de Salud Mental. Lima: 22 de mayo de 2019. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-salud-mental-ley-n-30947-1772004-1/>

- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2016). Resolución Administrativa n.º 090-2016-CE-PJ, que aprueba el documento denominado Plan Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad - Poder Judicial del Perú 2016-2021. Lima: 7 de abril de 2016. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/05401f80461a5daa881afa04d51e568e/RA\\_090\\_2016\\_CE\\_PJ%2B-PLAN+NACIONAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=05401f80461a5daa881afa04d51e568e](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/05401f80461a5daa881afa04d51e568e/RA_090_2016_CE_PJ%2B-PLAN+NACIONAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=05401f80461a5daa881afa04d51e568e)
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2018). Resolución Administrativa n.º 010-2018-CE-PJ, que aprueba el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad. Lima: 10 de enero de 2018. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-el-protocolo-de-atencion-judicial-para-personas-co-resolucion-administrativa-no-010-2018-ce-pj-1608223-1>
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2019). Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ, que aprueba el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad. Lima: 23 de enero de 2019. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d54836804f0b23d7ae31bf6976768c74/RA-046-2019-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d54836804f0b23d7ae31bf6976768c74>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. San José: 4 de julio de 2006. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Resolución Administrativa n.º 336-2011-P-PJ. Lima: 20 de septiembre de 2011. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/50fa48804c5ba2699874de7b99635ed1/RA\\_336\\_2011\\_P\\_PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=50fa48804c5ba2699874de7b99635ed1](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/50fa48804c5ba2699874de7b99635ed1/RA_336_2011_P_PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=50fa48804c5ba2699874de7b99635ed1)

Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima (2019). Expediente n.º 1247-2018. Lima: 11 de junio de 2019. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/06/Sentencia-Expediente-1247-2018-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/06/Sentencia-Expediente-1247-2018-Legis.pe_.pdf)

Defensoría del Pueblo (2005). *Salud mental y derechos humanos: la situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*. Defensoría del Pueblo. [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2005/12/informe\\_102.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2005/12/informe_102.pdf)

Defensoría del Pueblo (2009). *Salud mental y derechos humanos. Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables*. Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-defensorial-140-vf.pdf>

Defensoría del Pueblo (2018). El derecho a la salud mental. Supervisión de la implementación de la política pública de atención comunitaria y el camino a la desinstitucionalización. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-N%C2%BA-180-Derecho-a-la-Salud-Mental-con-RD.pdf>

Defensoría del Pueblo (2019a). Nota de Prensa n.º 297/OCII/DP/2019, Reclamo de la Defensoría del Pueblo para que población penal con problemas de salud mental reciban atención médica es respaldado por el Tribunal Constitucional. Lima: 24 de septiembre de 2019. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/09/NP-297-19.pdf>

Defensoría del Pueblo (2019b). Nota de Prensa n.º 308/OCII/DP/2019, Solo el 0.1 % del presupuesto nacional está dirigido a la atención de los problemas de salud mental en el país. Lima: 9 de octubre de 2019. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/10/NP-308-19.pdf>

- Defensoría del Pueblo (2020). Informe Especial n.º 020-2020-DP. Situación de las personas declaradas inimputables internadas en los hospitales psiquiátricos de Lima en el contexto de la pandemia por coronavirus COVID-19. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/06/Serie-Informes-Especiales-020-2020-DP-Situaci%C3%B3n-de-las-personas-declaradas-inimputables-internadas-en-los-hospitales-psiqui%C3%A1tricos-de-Lima-en-el-contexto-de-la-pandemia-por-coronavirus-COVID-19.pdf>
- Florencia, M. (2016). La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado. El caso del señor Acosta. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, (11), 23-49.
- Gaviria, J. (2005). La inimputabilidad: concepto y alcance en el Código Penal Colombiano. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 34(1), 26-48. <http://www.scielo.org.co/pdf/rcp/v34s1/v34s1a05.pdf>
- Harbottle, F. (2017). Inimputabilidad, peligrosidad criminal y medidas de seguridad curativas: mitos y realidades. *Revista de la Facultad de Derecho*, (42), 105-131. <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/569/897>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2015). Perú: características de la población con discapacidad. [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1209/Libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1209/Libro.pdf)
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017). Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad, 2017. [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1675/](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1675/)

- Laufer, M. (2016). Derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial. Nuevos estándares para la Defensa Pública en salud mental. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, (11), 11-22.
- Mercurio, E. (2016). Personas con discapacidad intelectual en el sistema penal. Del proceso de normalización a la discriminación. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, (11), 101-110.
- Mir, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. BdeF.
- Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York: 13 de diciembre de 2006. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Naciones Unidas (2015, 25 de septiembre). Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. *Naciones Unidas*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/#>
- Naciones Unidas (2019, 5 de marzo). La privación de libertad para las personas con discapacidad es una violación masiva de los derechos globales. *Naciones Unidas*. <https://www.oacnudh.org/la-privacion-de-libertad-para-las-personas-con-discapacidad-es-una-violacion-masiva-de-los-derechos-globales/>
- Naciones Unidas (2020). Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad. <https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José: 22 de noviembre de 1969. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

- Organización de los Estados Americanos (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. San Salvador: 17 de noviembre de 1988. <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>
- Organización Mundial de la Salud (1996). Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental. Ginebra: 1996. [https://www.mpba.gov.ar/files/documents/OMS.\\_10\\_princ.\\_basicos\\_de\\_las\\_Ns.\\_p\\_la\\_atencion\\_de\\_la\\_salud\\_mental.pdf](https://www.mpba.gov.ar/files/documents/OMS._10_princ._basicos_de_las_Ns._p_la_atencion_de_la_salud_mental.pdf)
- Organización Panamericana de la Salud (s. f.). Discapacidad. *Organización Panamericana de la Salud*. <https://www.paho.org/es/temas/discapacidad>
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Grupo Editorial CINCA.
- Palacios, A. (2015). Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En Salmón, E. y Bregaglio, R. (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 9-33). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Presidencia de la República (1993). Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lima: 28 de mayo de 1993. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a6d71b8044baf16bb657ff1252eb7eb2/TEXTO+UNICO+ORDENADO+DE+LA+LEY+ORGANICA+DEL+PODER+JUDICIAL.pdf?MOD=AJPERES>

- Presidencia de la República (2004). Decreto Legislativo n.º 957, que promulga el Código Procesal Penal. Lima: 22 de julio de 2004. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Decretoslegislativos/00957.pdf>
- Presidencia de la República (2018a). Decreto Legislativo n.º 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Lima: 3 de septiembre de 2018. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-reconoce-y-regula-la-capacidad-jurid-decreto-legislativo-n-1384-1687393-2/>
- Presidencia de la República (2018b). Decreto Legislativo n.º 1417, que promueve la inclusión de las personas con discapacidad. Lima: 12 de septiembre de 2018. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-promueve-la-inclusion-de-las-persona-decreto-legislativo-n-1417-1691026-6/>
- Presidencia de la República (2020a). Decreto Legislativo n.º 1468, que establece disposiciones de prevención y protección para las personas con discapacidad ante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19. Lima: 22 de abril de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-establece-disposiciones-de-prevencio-decreto-legislativo-n-1468-1865717-2/>
- Presidencia de la República (2020b). Decreto Legislativo n.º 1513, que establece disposiciones de carácter excepcional para el desahacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus COVID-19. Lima: 4 de junio de 2020. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-establece-disposiciones-de-caracter-decreto-legislativo-no-1513-1867337-1/>

- Rey, L. F. (1991). Apreciación de las causas de inimputabilidad y reincidencia en los procedimientos seguidos ante la Audiencia Provincial de Navarra (1988-1990). *Revista Jurídica de Navarra*, (11), 91-127. [https://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ\\_11\\_II\\_2.pdf](https://www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?codigoAcceso=PdfRevistaJuridica&fichero=RJ_11_II_2.pdf)
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2018). [Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en abril de 2018, Quito-Ecuador]. [https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilias\\_web.pdf](https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilias_web.pdf)
- Rodríguez, J. (2016). Internamiento e inimputabilidad en el derecho penal peruano: *statu quo* y crítica. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, (11), 149-161.
- Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia (2020). Recurso de Nulidad n.º 2234-2019-Lima Norte. Lima: 2 de octubre de 2020. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/04/Recurso-de-nulidad-2234-2019-Lima-Norte-LP.pdf>
- Salmón, E. (2015). El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad o la institucionalidad del derecho internacional de los derechos humanos al servicio de las personas con discapacidad. En Salmón, E. y Bregaglio, R. (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 193-238). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cusco (2015). Expediente n.º 01305-2012-0-1001-JR-FC-03. Cusco: 15 de junio de 2015. <https://andrescusiaredondo.files.wordpress.com/2021/01/exp-01305-2012-0-1001-jr-fc-03.pdf>

- Tribunal Constitucional (2007). Expediente n.º 3081-2007-PA/TC. Lima: 9 de noviembre de 2007. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03081-2007-AA.html>
- Tribunal Constitucional (2008). Expediente n.º 02480-2008-PA/TC. Lima: 11 de julio de 2008. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02480-2008-AA.html>
- Tribunal Constitucional (2010). Expediente n.º 03426-2008-PHC/TC. Lima: 26 de agosto de 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>
- Tribunal Constitucional (2019). Expediente n.º 04007-2015-PHC/TC. Lima: 27 de junio de 2019. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04007-2015-HC.pdf>
- Varsi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica; Universidad de Lima. [https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5355/Varsi\\_Tratado\\_derecho\\_personas.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5355/Varsi_Tratado_derecho_personas.pdf?sequence=3&isAllowed=y)
- Velarde, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Revista Empresa y Humanismo*, 15(1), 115-135. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/29153/1/REYH%2015-1-12Velarde%20Lizama.pdf>
- Villanueva, C. (2013). Los derechos de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual declaradas inimputables en un proceso penal. Una mirada a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista Pensamiento Penal*, (4), 120-136. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/8EA1835440318B7905257C8D0073026A/\\$FILE/ddhh02.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8EA1835440318B7905257C8D0073026A/$FILE/ddhh02.pdf)
- Villavicencio, F. (2019). *Derecho penal básico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Vivas, I. (2020). Las personas con discapacidad y sus familias ante las crisis sanitarias. En Atienza, E. y Rodríguez, J. F. (dirs.), *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública* (pp. 155-174). Dykinson.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2007). *Manual de derecho penal. Parte general*. Ediar.



# Llapanchikpaq: Justicia

**Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú**

Vol. 4, n.º 4, enero-junio, 2022

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v4i4

La edición de este cuarto número de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia; el diseño y la diagramación lo realizó Rodolfo Loyola Mejía; la asistencia editorial, William Homer Fernández Espinoza y Ronald Robert Junior Callapiña Galvez; la corrección de textos, Jayro Jurado Urbina; y la gestión electrónica: Joel Jonathan Alhuay Quispe y Erik Almonte Ruiz.

*Llapanchikpaq: Justicia. Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú n.º 4*

se terminó de producir digitalmente en junio de 2022 en el Fondo Editorial del Poder Judicial.

## PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI

## ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

REYLER RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Las Reglas de Brasilia y los derechos de la familia, la infancia y la adolescencia. Limitaciones en el acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la violencia familiar

JORGE PARIASCA MARTÍNEZ

La congruencia procesal en la tenencia del niño, niña o adolescente

CAROLINA OVIEDO

La interseccionalidad en el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencias

AZUCENA INÉS SOLARI ESCOBEDO

El camino para garantizar los derechos de las personas con discapacidad y los grupos en condición de vulnerabilidad en el Perú bajo el amparo de instrumentos de protección internacional

WILLIAM HOMER FERNÁNDEZ ESPINOZA

El modelo social de la discapacidad y la incompatibilidad de aplicar la medida de seguridad de internamiento para la persona en situación de inimputabilidad



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE



Acceso a la Justicia  
de Personas en Condición de Vulnerabilidad  
y Justicia en tu Comunidad