

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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea) | DOI: 10.51197/lj.v5i6

6



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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023
Publicación semestral. Lima, Perú

DIRECTORA

JANET OFELIA LOURDES TELLO GILARDI

Jueza suprema titular y 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

GIOVANA IRIS HURTADO MAGÁN

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3556-1847>

E-mail: ghurtadom@pj.gob.pe

COMITÉ EDITORIAL

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

CARLOS ALBERTO CALDERÓN PUERTAS

Juez supremo titular y vicepresidente 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/0000-0002-9387-166X>

E-mail: ccalderon@pj.gob.pe

ELVIRA ÁLVAREZ OLAZÁBAL
Jueza superior titular de Lima e Integrante 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/0000-0003-1792-9898>
E-mail: ealvarezo@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

PAULA SIVERINO BAVIO
Comité Internacional de Bioética de Unesco, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8417-8724>
E-mail: 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

LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ
Superior Tribunal de Corrientes, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0004-9525-5280>
E-mail: luisreyvazquez@juscorrientes.gov.ar

GUSTAVO SEBASTIÁN SÁNCHEZ MARIÑO
Superior Tribunal de Corrientes, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0004-9939-2389>
E-mail: gustavosanchezm@juscorrientes.gov.ar

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

ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS
Ministerio Público, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6213-9268>
E-mail: achavezdj@mpfn.gob.pe

MARTA GARCÍA PÉREZ
Universidad de A Coruña, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5112-9205>
E-mail: marta.garcia.perez@udc.es

CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE
Universidad de Barcelona, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3026-0658>
E-mail: carlosvillagrasa@ub.edu

RICHARD AGUILAR DÍAZ
Universidad de Barcelona, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-0883-8248>
E-mail: aguildi8@doct.ub.edu

JOAQUÍN SEDANO TAPIA
Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2846-1960>
E-mail: joaquin.sedano@uaem.mx

KARLA PAMELA JIMÉNEZ ERAZO
Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0534-801X>
E-mail: pamela.jimenez@uaem.mx

CARLOS ZELADA ACUÑA
Universidad del Pacífico, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1991-9071>
E-mail: 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

MARCELA HUAITA ALEGRE
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3720-7406>
E-mail: 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

EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO
Universidad de San Martín de Porres, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9464-7224>
E-mail: ehernandon@usmp.pe

ROSALÍA MEJÍA ROSASCO
Universidad de San Martín de Porres, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5291-7687>
E-mail: rmejia@usmp.pe

AZUCENA INÉS SOLARI ESCOBEDO
Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9749-4726>
E-mail: azucenasolarie@unife.edu.pe

JENNY ELSA JUNCO SUPA
Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4050-1876>
E-mail: jennyjuncos@unife.pe

WILDA MERCEDES CÁRDENAS FALCÓN
Universidad César Vallejo, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-2298-7922>
E-mail: wcardenas@ucv.edu.pe

EQUIPO TÉCNICO

William Homer Fernández Espinoza y Jorge Angel Chávez Descalzi (asistentes de edición), Nelly Córdova Núñez (corrección de estilo), Ruth Espinoza Torrejón (diagramación), Joel Jonathan Alhuay Quispe y Erik Almonte Ruiz (gestión electrónica).

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v5i6

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: 11260/11576
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

Latindex 2.0
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)



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA¹**

Javier Arévalo Vela (presidente)
César Eugenio San Martín Castro
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Ana María Aranda Rodríguez
Elvia Barrios Alvarado
Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
Héctor Enrique Lama More
Carlos Giovanni Arias Lazarte
Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana
Carlos Alberto Calderón Puertas
Emilia Bustamante Oyague
Ulises Augusto Yaya Zumaeta
Manuel Estuardo Luján Túpez
Víctor Antonio Castillo León
Roberto Rolando Burneo Bermejo
Ramiro Bustamante Zegarra
Wilber Bustamante del Castillo
Silvia Consuelo Rueda Fernández
César Augusto Proaño Cueva

¹ 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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: 10.51197/lj.v5i6

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI

13

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA

19

Resocialización y reintegración social del adolescente infractor por internación en centro juvenil con desarraigo familiar

MANUEL OCAMPO MUÑOA Y ALEJANDRA ROVELO CRUZ

45

Estado del arte de la reparación integral del daño a las mujeres víctimas en México

ROSABEL MEDINA SARMIENTO

79

La legítima defensa en situaciones de violencia basada en género. Avances y perspectivas

CINTHIA RAMÍREZ IZAZAGA	113
Exigibilidad, cumplimiento y justiciabilidad de los derechos sociales en México-2022	
BRUNO VAN DER MAAT	141
Tendencias en los sistemas de justicia juvenil en el Perú - 2010-2022	
WILSON HERNÁNDEZ	175
Dime quién eres y te diré qué mereces. La construcción social del sujeto de derecho de mujeres de clase alta y baja a partir del trabajo de sus abogados	
AVEGHAI ESPINAL QUIÑONES, CARMEN NALVARTE ESTRADA Y JOSÉ ROMÁN MAMANI	205
Análisis y propuestas al sistema de apoyos y salvaguardias de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad	



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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, 13-16

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i6.797>

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 sexto número de la revista Llapanchikpaq: Justicia. El cual tiene especial relevancia por su reciente indización en Latindex 2.0 (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal).

En esta edición presentamos artículos relacionados con la resocialización y reintegración social del adolescente en conflicto con la ley penal; los sistemas de justicia juvenil; la construcción social del sujeto de derecho en el caso de las mujeres; la legítima defensa en situaciones de violencia basada en género; la reparación integral del daño a las mujeres víctimas; así como el sistema de apoyos y salvaguardias de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad; entre otros estudios vinculados al acceso a la justicia y la aplicación de las Reglas de Brasilia.

Al respecto, Manuel Bermúdez-Tapia nos presenta un estudio en el cual cuestiona la disfuncionalidad entre la legislación que se desprende de las sentencias que imponen medidas socioeducativas

en el caso de adolescentes en conflicto con la ley penal, frente a la «realidad social» en el país; así como el consecuente desarraigo familiar que limita los derechos de jóvenes.

Por su parte, Bruno Van der Maat analiza la evolución de los sistemas de justicia juvenil en el Perú entre los años 2010 al 2022; asimismo, otras respuestas implementadas en el país frente a la problemática de la llamada justicia penal juvenil, como el Servicio de Orientación al Adolescente (SOA), modalidad abierta que no implica encierro, y las experiencias a partir de un sistema no judicializado que se basa en una concepción de la justicia como proceso de restauración, que ha permitido un incremento sustancial en la atención brindada a dichos adolescentes.

En materia de género y justicia se cuenta con los aportes de Wilson Hernández, quien aborda el problema de la construcción social del sujeto de derecho de mujeres de clase alta y baja a partir del trabajo de sus abogados; estudio en el cual el autor constata que existen reglas no escritas (estereotipos de género y clase) que afectan la condición de sujeto de derecho como una figura universal y automática cuando se trata de mujeres que interponen dicha acción procesal.

La legítima defensa en situaciones de violencia basada en género, figura jurídica estudiada desde Cuba por Rosabel Medina Sarmiento, nos explica de la importancia de aplicar en las decisiones judiciales la perspectiva de género y una interpretación dogmática humanista de acceso pleno a la justicia para las víctimas y sobrevivientes de la violencia de género como mecanismo de contención judicial de la potestad punitiva del Estado en aquellos casos en los que las mujeres devienen en acusadas.

El tema de la reparación integral del daño es objeto —una vez más— de preocupación por la academia, particularmente si las

víctimas que exigen este derecho humano son mujeres. Es por ello que, desde México, Manuel Ocampo Muñoa y Alejandra Rovelo Cruz nos ilustran respecto al estado del arte sobre este asunto con el propósito de evidenciar el nivel de protección de las víctimas que en estos supuestos parte del reconocimiento y registro, precisamente, de una persona como agraviada para activar los procedimientos de otorgamiento de las ayudas o asistencias debidas, así como la correspondiente acreditación del daño ante las instancias judiciales con miras a su reparación integral.

También desde México nos escribe Cinthia Ramírez Izazaga nos escribe sobre la exigibilidad, cumplimiento y justiciabilidad de los derechos sociales en dicho país, estudio que promueve su defensa como componentes esenciales para el pleno desarrollo de todo ser humano, toda vez que se encuentran vinculados a la dignidad de las personas, y postulan que el Estado sea el que brinde a estos derechos una protección genérica a través de mecanismos y herramientas exclusivas que hagan posible la defensa, protección y disfrute de estos de manera plena.

Están igualmente presentes en esta edición, desde Tacna, Aveghai Espinal Quiñones, Carmen Nalvarte Estrada y José Román Mamani, para el estudio del sistema de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad; casos en los que dicha figura debe servir para no desamparar a dichas personas cuya protección, además, hace necesaria la incorporación de una institución jurídica que les permita celebrar actos jurídicos sin poner en riesgo sus intereses.

Hemos encontrado en este camino de reflexiones y aportes, otra vía para constituirnos en agentes de cambio para la defensa de los derechos fundamentales de quienes más lo necesitan.

Finalmente, las y los invitamos cordialmente a todos los jueces, juezas, profesionales y a la comunidad jurídica en general a revisar los

trabajos de investigación de esta revista académica especializada que semestralmente presenta estudios desde la doctrina, la jurisprudencia y la legislación sobre el acceso a la justicia de las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad, para la eficacia de las Reglas de Brasilia.

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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v5i6



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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, 19-43

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i6.697>

Resocialización y reintegración social del adolescente infractor por internación en centro juvenil con desarraigo familiar

Resocialization and social reintegration of the adolescent offender
by internation in youth center with family upright

Ressocialização e reintegração social do adolescente infractor por
meio da colocação em um centro juvenil com desenraizamento
familiar

MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA

Universidad Carlos III

(España)

Contacto: mbermudeztapia@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

RESUMEN

Los objetivos y alcances del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes resultan disfuncionales al ejecutarse una evaluación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables a la etapa de rehabilitación, resocialización y reinserción social aplicable a «adultos condenados por comisión de delitos» y a los «adolescentes infractores». Respecto de las obligaciones del Estado

de brindar garantías procesales y constitucionales a los adolescentes infractores en un proceso penal, existen escasos centros juveniles, donde se puede ejecutar una medida socioeducativa de internación. Consecuentemente, se genera un desarraigo familiar que limita los derechos de estos menores en la etapa de ejecución de una sanción que en el tiempo resulta desproporcional y contradictoria a los principios detallados en el Título Preliminar de la mencionada norma.

Palabras clave: adolescente infractor; internación en centro juvenil; medidas socioeducativas; resocialización; reintegración social; desarraigo familiar.

Términos de indización: joven; desintegración de la familia; adaptación social; inclusión social. (Fuente: Tesoro Unesco)

ABSTRACT

The objectives and scope of the Code of Criminal Responsibility for Adolescents are dysfunctional when carrying out an evaluation of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights applicable to the stage of rehabilitation, resocialization and social reintegration applicable to «adults convicted of committing crimes» and to those «adolescent offenders», regarding the obligations of the State to provide procedural and constitutional guarantees to adolescent offenders in criminal proceedings when there are few Youth Centers where a socio-educational measure of hospitalization can be carried out. Consequently, a family uprooting is generated that limits the rights of these minors in the stage of execution of a sanction that in time is disproportionate and contradictory to the principles detailed in the Preliminary Title of the aforementioned norm.

Key words: Adolescent offender; Internment in a Youth Center; Socio-educational measures; Resocialization; Social reintegration; Family uprooting.

Indexing terms: youth; family disorganization; social adaptation; social inclusion. (Source: Unesco Thesaurus)

RESUMO

Os objetivos e o alcance do Código de Responsabilidade Penal do Adolescente são disfuncionais quando se realiza uma avaliação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos aplicável à etapa de reabilitação, ressocialização e reintegração social aplicável aos «adultos condenados por delitos» e aos «adolescentes infratores», no que se refere às obrigações do Estado de proporcionar garantias processuais e constitucionais aos adolescentes infratores em processos penais quando existem poucos centros juvenis onde se possa executar uma medida socioeducativa de internação. Consequentemente, isso gera um desenraizamento familiar que limita os direitos desses menores na fase de execução de uma sanção que, no tempo, é desproporcional e contraditória com os princípios detalhados no Título Preliminar da referida norma.

Palavras-chave: menor infrator; internação em centro socioeducativo; medidas socioeducativas; ressocialização; reintegração social; desenraizamento familiar.

Termos de indexação: juventude; desagregação familiar; adaptação social; inclusão social (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/01/2023

Revisado: 17/05/2023

Aceptado: 24/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la revisión de algunas sentencias emitidas por jueces de varios distritos judiciales del país, se llega a observar una situación muy especial: ¿Cómo se puede lograr la resocialización y la reintegración social del adolescente condenado cuando lo «trasladan» a un Centro Juvenil que se ubica en una región diferente al lugar del domicilio donde reside su familia?

Una condición que permite detallar el hecho es que solo diez distritos judiciales del Poder Judicial pueden internar a un adolescente infractor en su propia jurisdicción, mientras que los demás órganos jurisdiccionales deben «movilizar» al adolescente condenado a una ciudad diferente. Este hecho provoca una condición negativa que amplifica la punición impuesta al adolescente al limitarlo tanto social como legalmente, porque inclusive su defensa se verá condicionada a las situaciones económicas y morales que deberá asumir su familia al moverse a otra ciudad.

Esta situación –desde la implementación del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes en el Decreto Legislativo n.º 1348 (Meza Torres et al., 2019)– no ha sido debidamente analizada por el Ministerio de Justicia (Poder Ejecutivo), el Poder Judicial y el Ministerio Público como órganos jurisdiccionales que pueden proyectar y presentar proyectos de ley para la atención de sus necesidades institucionales y de la Defensoría del Pueblo.

Bajo esta premisa, toda la normatividad desarrollada en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, respecto de la evaluación de la aplicación de las medidas socioeducativas, genera una condición inaceptable en un Estado de derecho al acreditarse un defecto que desnaturaliza todo lo regulado en el trámite de la investigación y juzgamiento al amplificar los contenidos de la sanción impuesta en

el desarrollo del adolescente, lo que a su vez provoca un daño en la vida familiar, conforme detalla la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

2. METODOLOGÍA APLICADA

El enfoque metodológico empleado en la elaboración del presente documento permite evaluar los alcances de la resocialización y la reintegración social de los adolescentes infractores, hallados responsables y a quienes se les aplicó la medida socioeducativa de internación en un Centro Juvenil, en función al desarraigo generado al trasladarse fuera de la región en donde reside. Se siguen las pautas aplicables a las políticas criminológicas y penitenciarias desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2018), en particular, respecto de lo puntualizado en el caso López y otros vs. Argentina (Corte IDH, 2019).

Como resultado del análisis ejecutado se presenta un estudio cualitativo, descriptivo y causal, basado en el cotejo de la realidad y registro del número de centros juveniles respecto de los distritos judiciales en el país. Este estudio permite proyectar que la mayoría de las decisiones que generan la internación de un adolescente infractor implica un desarraigo familiar, más aún si esto implica una movilización a una ciudad diferente al domicilio habitual del adolescente infractor, pues limita su desarrollo sociofamiliar y amplifica su contexto criminológico, y evidencia la relativización de principios de orden procesal y constitucional aplicables al ámbito de la justicia para adolescentes infractores.

El principal objetivo de este estudio es demostrar la falta de previsibilidad y capacidad funcional del Ministerio de Justicia, del Poder Judicial y de gobiernos regionales en la planificación, proyección

y reformulación de políticas de gestión judicial en el tratamiento de adolescentes infractores. Esto podría provocar una visión negativa del país ante una evaluación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por cuanto el desarraigo familiar no solo implica una condición negativa en el desarrollo de un adolescente infractor, sino que además relativiza su derecho a la defensa, limita su capacidad de readaptación y reinserción social, y condiciona económica y moralmente a la familia (García y Pérez, 2021, p. 219).

El documento se genera como producto derivado del Proyecto de Investigación n.º 0013-2019 «Análisis del perfil criminológico de adolescentes infractores para evaluar tasas de reincidencia delictiva que afecte la seguridad ciudadana», aprobado con Resolución de Vicerrectorado de Investigación n.º 058-2018-VRI-UPSJB (UPSJB, 2019), que tenía por objetivo evaluar la política criminológica peruana aplicable a adolescentes infractores para examinar su contenido e identificar sus principales limitaciones (Bermúdez-Tapia, 2007, pp. 31-27).

1. Política pública y gestión judicial aplicable a adolescentes infractores

El análisis de los hechos sociales de naturaleza criminal donde participan adolescentes infractores puede ser evaluado desde diferentes perspectivas. Para ello, plantearémos el siguiente esquema de evaluación para así delimitar el área de trabajo del presente texto:

Tabla 1

Análisis de la etapa previa a los hechos y la evaluación de estos en el proceso judicial

Etapas	Etapas previas a la comisión del delito (A)	Etapas de evaluación del hecho denunciado (B)	Etapas de análisis de los elementos probatorios en el juzgamiento (C)
Áreas de análisis	Evaluación del contexto socio-familiar y de criminología	Evaluación penal, procesal penal, constitucional y análisis de elementos del derecho de familia y del derecho de la infancia	Evaluación penal, procesal penal, de DDHH, convencional, constitucional y análisis de elementos del derecho de familia y del derecho de la infancia

Fuente: Elaboración propia.

La evaluación de las etapas involucra el análisis de la realidad social previa a la ejecución de un hecho donde participa un adolescente infractor. Implica evaluar la relación de la criminología con el análisis de figuras y elementos referenciales del derecho constitucional, derecho penal, derecho procesal y derecho de familia en forma complementaria. En este ámbito es inadmisibles proyectar una «política represiva» por parte del Estado, tomando en cuenta que se debe buscar una «acción» de naturaleza diferente a la imposición de una «pena» a un menor (Holgúin, 2010, p. 287), a pesar de que pueda tener la capacidad psicológica para proyectar las consecuencias de sus actos.

En esta etapa es inexplicable la acción ejecutada por el propio Poder Ejecutivo al reformular la capacidad legal del adolescente en el ámbito civil y familiar con el Decreto Legislativo n.º 1377, que reconoce la condición equivalente a la de un adulto en un adolescente cuando tiene prole, pero esta condición de «capacidad» no se extiende al ámbito penal.

Como se podrá observar, esta «incongruencia» en la evaluación de políticas públicas y de gestión pública sobre adolescentes infractores implica la acreditación de errores sustanciales (Bermúdez-Tapia, 2020, pp. 25-41).

En la etapa de la evaluación del «hecho denunciado» se hace expresa mención a la etapa ejecutada en las instancias policiales, fiscales y judiciales, que implica un proceso judicial que no puede tener elementos ni condiciones diferentes de las referencias detalladas en el artículo 8° de la Convención Americana.

En este ámbito, la evaluación de la política criminal para determinar los ámbitos y límites de conceptos penales como «dolo», «culpa», «responsabilidad» y «hecho punible» resulta esencial, porque el sujeto que será evaluado en un hecho criminológico es una persona con una edad inferior a la regla ordinaria que indica una capacidad sobre la cual se justifica la imposición de una sanción penal.

Por ello, la tercera etapa que implica la evaluación de los elementos probatorios permite detallar las condiciones personales del sujeto que ha ejecutado un hecho de naturaleza criminal, sobre todo porque es posible evaluar las condiciones que provocaron este comportamiento para así evitar una criminalización de la pobreza, que usualmente se asocia a esta población.

Sin embargo, estas tres etapas son solo una primera parte de la evaluación que debería ejecutar el Estado respecto de los hechos sociales que pueden ser reprimidos y permite detallar la importancia de las siguientes tres etapas, conforme el siguiente esquema:

Tabla 2

Análisis de la racionalidad de la sanción impuesta a través de la criminología y de la gestión judicial en el ámbito penal, procesal penal, constitucional, procesal y familiar

Etapas	Etapas de imposición de la sanción (D)	Etapas de evaluación de las medidas socioeducativas (E)	Etapas de evaluación de la Política Pública en materia de adolescentes infractores y de la gestión judicial aplicable a la especialidad (F)
Áreas de análisis	Evaluación penal, procesal penal, de DDHH, convencional, constitucional y análisis de elementos del derecho de familia y del derecho de la infancia	Criminología, derecho de familia, derecho procesal penal, victimología, derecho judicial, gestión pública	Criminología, derecho constitucional, derecho de familia, derecho de la infancia, derecho penal y derecho procesal penal, derecho convencional

Fuente: Elaboración propia.

En la etapa de la imposición de una medida socioeducativa, Etapa D, se deben de tomar en cuenta tres factores esenciales:

- a. Las condiciones personales, familiares y contexto criminológico que vincula la ejecución de los hechos ejecutados por un adolescente, que han sido acreditados por el Ministerio Público.
- b. Los elementos probatorios, tanto de defensa como de la acusación, que permiten evaluar la verdad procesal que exige la evaluación de la capacidad y racionalidad del adolescente infractor para así determinar la punición correcta.
- c. La proyección de la medida socioeducativa, tomando en cuenta que no es una «pena» (en términos objetivos), por lo

que no es posible hacer una equivalencia con los objetivos de una política criminal aplicable a los adultos que se basa en la «reeducación», «rehabilitación» y la «reincorporación del penado a la sociedad», conforme el inciso 22° del artículo 139° de la Constitución.

Estos elementos significativos permiten detallar el escaso análisis que se ejecuta en la fundamentación de las medidas socioeducativas en la práctica judicial nacional, tomando en cuenta que en el país:

- a. Solo diez regiones cuentan con centros juveniles por lo que la mayoría de las cortes superiores de justicia del Poder Judicial deberán trasladar a los adolescentes infractores hacia una región diferente para que cumplan dicha sanción.
- b. En el Poder Judicial, Ministerio Público o Defensoría del Pueblo no se registra ninguna iniciativa legislativa que procure gestionar el financiamiento, administración, construcción, habilitación, ampliación o acción equivalente para ampliar el número de centros juveniles en el país (Congreso, 2023).
- c. De la evaluación de los presupuestos anuales que diseña y ejecuta el Poder Ejecutivo (MEF, 2023), el Ministerio de Justicia no ha implementado ninguna acción que proyecte la ampliación, mejora o habilitación de nuevos centros juveniles, pese a la ampliación del número de adolescentes que han sido sancionados con medidas socioeducativas.
- d. En los últimos tres años no se registran proyectos o iniciativas de los gobiernos regionales que estén dirigidos a atender el problema de hacinamiento y desarraigo familiar de los adolescentes infractores en el país (MEF, 2023).

- e. En la doctrina, pese al desarrollo de la justicia restaurativa (Kelner et al., 2022), no se ha identificado bibliografía vinculada a los alcances del desarraigo provocado por la imposición de una medida socioeducativa que traslada a un adolescente a una región diferente de la de su domicilio familiar. Se ha enfatizado el aspecto teórico, pero no se ha evaluado la jurisprudencia que se ha venido emitiendo en la especialidad.

Esta situación se amplifica a nivel institucional, porque no se está evaluando el alcance negativo de una acción que produce un efecto negativo mucho más perjudicial que el «hecho sancionado», porque implica una afectación a los Derechos Humanos y a lo reglado en la Convención Americana que implica una situación «inconvencional» por parte del Estado peruano.

Por ello, la «Etapa E» permite identificar el hecho de que la ejecución de una medida socioeducativa no está tomando en cuenta la condición de minoridad del adolescente infractor, respecto de tres elementos:

- a. Su capacidad para asumir las consecuencias del hecho evaluado en el proceso.
- b. La evaluación de los derechos del adolescente infractor respecto del modo en el cual debe cumplir la medida socioeducativa, porque se proyecta una condición superior a lo expuesto por la resolución judicial al generar un proceso de victimización, dado que durante su internamiento en un Centro Juvenil no podrá contar con el apoyo familiar.

Téngase en cuenta el contexto de la punición en un menor de edad que además de no desarrollar un contacto con su

familia será movilizado a otra región, porque en su lugar de residencia probablemente no exista un Centro Juvenil.

- c. La limitación al ejercicio de derechos de naturaleza procesal a favor del adolescente infractor, porque se verá limitado a una asistencia legal y no podrá tener la posibilidad de que se le apliquen las sanciones detalladas en el punto 1º del artículo 156º del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Un panorama complejo justifica la evaluación de la «Etapa F» y sobre la cual no hemos podido ubicar alguna referencia institucional o académica, pese a que la justicia penal juvenil se desarrolla en todos los distritos judiciales del país. Esta evaluación permite identificar el problema del «desarraigo familiar», porque asumimos que esta situación no ha sido expuesta en el ámbito de las políticas públicas aplicables a los adolescentes infractores.

2. El desarraigo familiar y la evaluación de la jurisprudencia convencional vinculante a la práctica judicial nacional

El presente punto de evaluación permite analizar dos variables específicas respecto de la responsabilidad del Estado peruano ante los efectos derivados del proceso seguido a los adolescentes infractores, conforme los parámetros del derecho convencional (Aguilar et al., 2021), en forma general.

Las dos variables en función son las siguientes:

Tabla 3

Evaluación de la relación de la jurisprudencia convencional sobre ejecución de sanciones con la imposición de medidas socioeducativas en el Perú

Variable	Jurisprudencia convencional que interpreta la legislación aplicable a los adolescentes infractores	Medidas socioeducativas Título II, Sección VII, Código de Responsabilidad Penal de adolescentes	
	Caso «Niños de la calle» vs. Guatemala (Corte IDH, 1999) Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (Corte IDH, 2004) Caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay (Corte IDH, 2004) Caso «Campo Algodonero» vs. México (Corte IDH, 2009) Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (Corte IDH, 2010) Caso Mendoza y otros vs. Argentina (Corte IDH, 2013) Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador (Corte IDH, 2014) Caso López y otros vs. Argentina (Corte IDH, 2019)	Medidas no privativas de libertad	Internación en un Centro Juvenil
Sentencia judicial que impone una internación	Proyección de la ejecución de la resolución judicial		
Evaluación	Escasa referencialidad a la jurisprudencia convencional	No aplica una evaluación negativa.	Análisis de inconventionalidad

Fuente: Elaboración propia.

El análisis detallado de la jurisprudencia convencional permite detallar:

- a. En el Fundamento n.º 196 del caso «Niños de la calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, la Corte IDH detalla que los niños no pueden ser:
 - i. Discriminados, en el contexto judicial evaluado en el presente documento observamos que, al adolescente infractor, cuando se le impone un desarraigo de la región donde domicilia se le discrimina frente al «adulto condenado», porque el propio sistema penitenciario y judicial está mucho más desarrollado en este ámbito, frente a los diez centros juveniles que se registran en el país.
 - ii. No se los puede privar de su medio familiar, porque enfatiza el daño que se genera con un internamiento en un Centro Juvenil fuera de la región habitual de residencia del adolescente infractor.
- b. En el Fundamento n.º 164 del caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, la Corte IDH enfatiza el carácter dinámico, amplio y progresivo que puede aplicarse a las «medidas de protección» que se vinculan con el contexto de evaluación respecto del desarraigo, porque esta condición contraviene el «objetivo» del Estado de promover la reinserción social del adolescente que cumpliría internación en un centro juvenil fuera de la localidad donde reside habitualmente, pues se le impone un alejamiento de su propia familia.

En el ámbito peruano, este fundamento habilita la posibilidad de que los familiares planteen un Habeas Corpus a favor del adolescente infractor sancionado para

garantizar su vinculación familiar y evitar su traslado a una región diferente para el cumplimiento de una medida socioeducativa (Bermúdez-Tapia, 2010, pp. 225-234).

- c. En el caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay, la Corte IDH analiza las obligaciones del Estado frente al *corpus iuris internacional* aplicable al ámbito de la tutela de derechos de los niños y adolescentes.

El caso del desarraigo que se impone es una medida socioeducativa que se ejecuta fuera de la región de domicilio del adolescente infractor; es una condición que resulta negativa, que no ha sido evaluada en el ámbito de la gestión judicial y diseño de políticas públicas punitivas en el ámbito de la especialidad en el país.

- d. En el caso González y otros «Campo algodonerero» vs. México, la Corte IDH establece como condición vinculante que los Estados satisfagan todos los derechos de los adolescentes (Fundamento 408), en particular, porque se analiza la condición de vulnerabilidad de este grupo humano para así evitar su invisibilidad en el desarrollo de políticas públicas (Sierra-Zamora y Bermúdez-Tapia, 2020).

Una referencia que permite detallar el hecho de que no se ha evaluado en su magnitud el contexto negativo del «desarraigo» –que se genera cuando se cumple una medida socioeducativa fuera del contexto familiar al trasladar a un menor a otra región para el cumplimiento de la disposición judicial– se evidencia en que en el país no se ha desarrollado o ampliado el número de instalaciones denominadas «centros juveniles».

- e. De forma puntual, cuando se analiza el Fundamento n.º 167 del caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, el análisis de la

«desintegración familiar» se vincula al ámbito de la evaluación del presente documento, porque un adolescente alejado de su familia que ya se encuentra en un contexto de criminalidad no podrá proyectar su propio desarrollo.

f. En el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, observamos una vinculación directa con la justicia penal juvenil que impone a los Estados la obligación de implementar un conjunto de medidas destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil. En el caso particular de la «ejecución» de las medidas socioeducativas, permite detallar «error» de las entidades vinculadas al ámbito del servicio e impartición de justicia al no proyectar la habilitación, construcción o acondicionamiento de centros juveniles en todos los distritos judiciales del país.

g. En el Fundamento n.º 107 del caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, se detalla expresamente que los Estados deben de abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, niña o adolescente.

El alcance e importancia del rol de la familia en el desarrollo de un adolescente impone una obligación al Estado de asistirle mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar, situación que no se puede cumplir cuando un juez impone una medida socioeducativa a un adolescente infractor que implícitamente exige una condición de desarraigo familiar.

En este punto, los derechos individuales de todo adolescente infractor no pueden ser relativizados de una dimensión social y familiar, porque su condición de «minoridad» impone al Estado un deber de actuación diferenciado (Bermúdez-Tapia, 2021, pp. 487-504).

- h. Finalmente, en el caso López y otros vs. Argentina, podemos detallar una situación particular, porque el caso trata de «adultos».

Consecuentemente, el caso tiene importancia al analizar el impacto negativo del desarraigo familiar que perjudica a los niños familiares de los condenados (víctimas indirectas), que pierden el contacto familiar cuando fueron trasladados a centros penitenciarios ubicados fuera del radio de residencia.

Si la Corte IDH analizó esta situación derivada del traslado del condenado a otra región, ¿por qué los jueces peruanos no pueden tomar en cuenta el impacto negativo que implica la internación de un adolescente infractor en un Centro Juvenil ubicado fuera del distrito judicial?

3. La falta de proyección de soluciones ante un problema de carácter institucional a modo de conclusión

Conforme a la evaluación de la jurisprudencia convencional en el caso de adolescentes infractores respecto de las condiciones exógenas que produce una situación punitiva (medida socioeducativa), que se aplica a un adolescente infractor al ser movilizado a otra región para cumplir con la decisión judicial, consideramos que se debe tener presente estas condiciones:

- a. El *desarraigo* es una referencia negativa que implica la *pérdida de las referencias familiares*, situación que se genera cuando se ejecuta la internación de un adolescente infractor en un Centro Juvenil (Sarmiento et al., 2017, p. 261) y que se amplifica cuando se ubica fuera de la región donde habitualmente reside.

Nótese el panorama descrito por el mismo Ministerio de Justicia:

Figura 1

Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación



BOLETÍN ESTADÍSTICO - Julio 2021

UAPISE

Fuente: Programa Nacional de Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación (2021)

En el país solo se registran diez centros juveniles conforme se acredita en el Programa Nacional de Centros Juveniles del Ministerio de Justicia (2021).

Esta referencia gráfica no ha sido valorada, evaluada y proyectada para su atención por parte del Ministerio de Justicia, Presidencia del Consejo de Ministros, Poder Judicial, Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo (Bermúdez-Tapia, 2012, pp. 14-17).

- b. El *desarraigo* por la movilización que se genera para cumplir con la internación en un Centro Juvenil fuera de la región de residencia del adolescente infractor implica una condición equivalente a la desarrollada en situaciones de «migración

forzada» o «desplazamiento forzado»; pero en el presente caso es generado por el propio Estado y esto provoca una condición que haría responsable al país en caso sea evaluado ante la Corte IDH.

- c. La evaluación de las situaciones derivadas de una *victimización estructural* provocada por la imposición de una medida socioeducativa que implique la movilización a otra región ocasionaría en un adolescente infractor una condición tan negativa que, al verse alejado de su propio entorno familiar, desarrolle condiciones psicológicas que limiten su propia «reinserción social» (Sandoval, 2014, p. 39), que es un objetivo de la justicia juvenil.

Esta referencia permite detallar la escasa evaluación de la *salud mental* de la población por parte del Estado en el diseño de políticas públicas (Villanueva et al., 2018, p. 17) y que en el caso de *adolescentes infractores* se evidencia en la nula proyección para habilitar Centros Juveniles en los distritos judiciales del país.

La contradicción de los objetivos de la legislación que se desprende de una sentencia que impone medidas socioeducativas acredita la disfuncionalidad entre la «legislación» frente a la «realidad social» en el país, un mal endémico que se evidencia en la mayor parte de los países de la región de Hispanoamérica (Galván-Moya y Durán Palacio, 2019, p. 583).

- d. Esta «funcionalidad» y «efectividad» de las *medidas socioeducativas* ejecutadas en una región diferente a la del domicilio familiar del adolescente infractor deben ser evaluadas en el tiempo, tomando en cuenta que el adolescente infractor que cumpla con estas sanciones

ya habrá desarrollado un desarraigo frente a su familia. Si las condiciones económicas fueron la causa principal que provocó la participación del menor en un hecho criminológico, su propia familia no podrá asumir los costos que implica un traslado constante a una región diferente para hacer las «visitas» que requiere el familiar internado en un Centro Juvenil (Morales et al., 2013, p. 133).

Bajo estas premisas, coincidimos con lo expuesto por Cançado Trindade al detallar que el *desarraigo* es un problema de Derechos Humanos que no ha sido tomado en cuenta por el Estado (2002), cuando ejecuta sus actividades ordinarias y no asume las consecuencias de una decisión judicial respecto del modo en el cual se ejecutará cuando se trata de *adolescentes infractores*.

Es necesaria una condición que le permita al juez peruano *fundamentar* decisiones que lo alejen de la visión tradicional del derecho de familia y derecho penal tradicional para desarrollar una visión y exposición argumentativa mucho más flexible bajo una visión convencional, constitucional y procesal (Bermúdez-Tapia, 2011, p. 11); una visión mucho más tuitiva a favor de un adolescente infractor y se le impongan medidas socioeducativas mucho más proclives a desarrollar una *reforma* de las conductas que lo vinculen al ámbito criminológico con el detalle de las obligaciones que deberían cumplir los familiares para que así la *reinserción social del adolescente* sea positiva en un plazo reducido.

Una visión próxima a los objetivos del *Derecho Procesal de Familia* (Bermúdez-Tapia, 2008, p. 69) permite ejecutar este tipo de evaluaciones que posibilitan al juez superar la visión decimonónica del derecho en función a la necesidad de generar una visión mucho más humana sobre una situación que puede incidir en una condición negativa que amplifique los efectos de una acción punitiva del Estado.

Finalmente, es una condición que no limita la reformulación de la *política punitiva* estatal aplicable a adolescentes infractores al evidenciarse la disfuncionalidad del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes que hizo una *equivalencia* normativa de los alcances del Código Procesal Penal aplicable a los adultos a los *adolescentes*, pese a que se trata de «grupos humanos» diferenciados (Montejano et al., 2020, p. 233).

REFERENCIAS

- Aguilar Cavallo, G., Algarín Herrera, G., Arcaro Conci, L., Bermúdez-Tapia, M., Garat, P. y Mendieta, D. (2021). *El control de convencionalidad: Ius Constitutionale Commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano* (pp. 25-41). Tirant lo Blanch.
- Bermúdez-Tapia, M. (2007). La fragilidad de la política criminal y los derechos fundamentales en el sistema penitenciario peruano. *URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad (FLACSO)*, (1), 31-37.
- Bermúdez-Tapia, M. (2008). *Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Editorial San Marcos.
- Bermúdez-Tapia, M. (2010 noviembre). Los alcances del Habeas Corpus para la Tutela del vínculo familia. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (35), 225-234.
- Bermúdez-Tapia, M. (2011). *Constitucionalización del Derecho de Familia*. Ediciones Caballero Bustamante.
- Bermúdez-Tapia, M. (2012 junio). Los jóvenes infractores penales frente a las políticas públicas penales y penitenciarias. *Gestión Pública y Desarrollo*, (59), 14-17.

- Bermúdez-Tapia, M. (2020). El error en la evaluación del perfil del adolescente infractor en el Perú. *Novum Jus*, 14(2), 25-41. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/3209>
- Bermúdez-Tapia, M. (2021). La incidencia de los derechos individuales en el contexto familiar como una proyección de un nuevo modelo de evaluación de derechos sociales. En Aguilar Cavallo, G. y Nogueira Alcalá, H. (coords.), *La evolución de los derechos sociales en un mundo global* (pp. 487-504). Tirant lo Blanch.
- Cançado Trindade, A. (2002). El desarraigo como problema de derechos humanos frente al a conciencia jurídica universal. *Transversalidades. Revista IIDH*, (40), 389-447. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-12.pdf>
- Congreso de la República (2022, 14 de febrero). *Búsqueda de proyectos de ley*. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/search>
- Corte IDH (1999, 19 de noviembre). *Caso de los «niños de la calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf
- Corte IDH (2004, 8 de julio). *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf
- Corte IDH (2004, 2 de septiembre). *Caso «Instituto de Reeducación del Menor» vs. Paraguay*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf
- Corte IDH (2009, 16 de noviembre). *Caso González y otros («Campo Algodonero») vs. México*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Corte IDH (2010, 25 de mayo). *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf

- Corte IDH (2013, 14 de mayo). *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf
- Corte IDH (2014, 14 de octubre). *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_285_esp.pdf
- Corte IDH (2018). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH n.º 5. Niños, niñas y adolescentes*. <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/cuadernillo-de-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-no-5>
- Corte IDH (2019, 25 de noviembre). *Caso López y otros vs. Argentina*.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf
- Galván-Moya, A. E. y Durán-Palacio, N. M. (2019). Adolescentes infractores y promoción de acciones prosociales: una tarea pendiente. *El Ágora USB*, 19(2), 583-595.
- García Vásquez, E. E. y Pérez Piñón, F. A. (2021). Trayectorias, capital social y puntos de inflexión: historia de vida de un adolescente infractor. *Debates por la historia*, 9(2), 219-249.
- Holguín Galvis, G. N. (2010). Construcción histórica del tratamiento jurídico del adolescente infractor de la ley penal colombiana (1837-2010). *Revista criminalidad*, 52(1), 287-306.
- Kelner, L., Bermúdez-Tapia, M. y Colvara Pereira, G. A. (2022). Modernidade, burocracia e direitos fundamentais: desafios para implantação da justiça restaurativa no Brasil. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, 1(68), 42-72. <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v1i68.5738>
- Meza Torres, Y. y Bermúdez-Tapia, M. (2019). *Comentarios al Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes* (pp. 799-833). Jurista Editores.

- Ministerio de Economía y Finanzas (2023, 14 de febrero). *Seguimiento de la Ejecución Presupuestal (Consulta amigable)*. <https://www.mef.gob.pe/es/seguimiento-de-la-ejecucion-presupuestal-consulta-amigable>
- Montejano Torres, L., Galán Jiménez, J. S. y De La Rosa Rodríguez, P. L. (2020). Reinserción social de adolescentes en conflicto con la ley. Un estudio conceptual. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 22(1), 233-262.
- Morales, H., Luengo, M. A. y Da Agra, C. (2013). Efectividad de las medidas socioeducativas impuestas por la Administración de Justicia Juvenil en la reintegración social de adolescentes infractores: Una revisión crítica. *International Annals of Criminology*, 51(1-2), 133-155.
- Programa Nacional de Centros Juveniles (2021). *Reporte mensual de datos estadísticos presentados por la UAPISE*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2071935/BOLETIN-ESTADISTICO-JULIO.pdf?v=1628611154>
- Sandoval Obando, E. (2014). Posibilidades educativas del adolescente infractor de la ley: desafíos y proyecciones a partir de su propensión a aprender. *Psicología Educativa*, 20(1), 39-46.
- Sarmiento, A., Ghiso, C., Siderakis, M. y De Simone, C. (2017). Adolescentes infractores: Instituciones de régimen cerrado y consecuencias de la internación prolongada. *Anuario de Investigaciones*, 24, 261-266.
- Sierra-Zamora, P. A. y Bermúdez-Tapia, M. (2020). La invisibilidad de la identificación de víctimas en las fuerzas militares y el inicio de una crisis en la defensa y seguridad nacional a raíz del Acuerdo de Paz. *Vniversitas* (69). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.iivf>

- Universidad Privada San Juan Bautista (2019). *Proyecto de Investigación n.º 0013-2019. Análisis del perfil criminológico de adolescentes infractores para evaluar tasas de reincidencia delictiva que afecte la seguridad ciudadana, aprobado con Resolución de Vicerrectorado de Investigación n.º 058-2018-VRI-UPSJB*. <https://transparencia.upsjb.edu.pe/wp-content/uploads/2019/08/programa-de-investigacion-2019.pdf>
- Villanueva Congote, J., Jaramillo Bernal, M. C., Sotomayor Carreño, E., Gutiérrez Congote, C. y Torres-Quintero, A. (2018). La salud mental en los modelos de atención de adolescentes infractores. Los casos de Colombia, Argentina, Estados Unidos y Canadá. *Universitas Médica*, 59(4), 17-33.



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

Vol. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, 45-77
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i6.753>

Estado del arte de la reparación integral del daño a las mujeres víctimas en México

State of the art of comprehensive repair for damage to victims
women in Mexico

Estado da arte da reparaçãõ integral dos danos causados
às mulheres vítimas no México

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOA
Universidad Autónoma de Chiapas
(Chiapas, México)

Contacto: manuel.ocampo@ijj-unach.mx
<https://orcid.org/0000-0002-4265-4761>

ALEJANDRA ELENA ROVELO CRUZ
Universidad Autónoma de Chiapas
(Chiapas, México)

Contacto: alejandra.rovelo71@unach.mx
<https://orcid.org/0009-0009-0791-1062>

RESUMEN

El presente documento aborda el estado del arte de la reparación integral del daño para las mujeres en México con la finalidad de demostrar el nivel de protección que las instituciones creadas para tal fin proporcionan a las víctimas. Se toma en consideración el enfoque

de la defensa y protección de los derechos y libertades del Sistema Regional de Derechos Humanos.

Palabras clave: Derechos humanos; víctima; reparación integral del daño.

Términos de indización: derechos humanos; mujer; daño; subsidio. (Fuente: Tesouro Unesco)

ABSTRACT

This document addresses the state of the art of comprehensive reparation for damage for women in Mexico in order to demonstrate the level of protection that the institution created for this purpose provide to the victims, taking into account the defense and protection approach of the rights and freedoms of the Regional Human Rights System.

Key words: Human Rights; Victim; Comprehensive reparation for the damage.

Indexing terms: human rights; women; damage; grants. (Source: Unesco Thesaurus)

RESUMO

Este documento aborda o estado da arte da reparação integral do dano causado às mulheres no México com o objetivo de demonstrar o nível de proteção que as instituições criadas para esse fim oferecem às vítimas, levando em consideração o enfoque de defesa e proteção dos direitos e liberdades do Sistema Regional de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos; vítima; reparação integral do dano.

Termos de indexação: direitos humanos; mulheres; dano; subsídio (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 17/02/2023

Revisado: 23/05/2023

Aceptado: 29/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: Los autores declaran no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este documento es describir el estado del arte de la reparación integral del daño para las mujeres en México con la finalidad de demostrar el nivel de protección que las instituciones creadas para tal fin proporcionan a las víctimas. Se toma en consideración el enfoque de la defensa y protección de los derechos y libertades del Sistema Regional de Derechos Humanos. Para establecer el avance en el tema se estudia la Ley General de Víctimas, ordenamiento que da vida a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV), organismo encargado «de atender, asistir y, en su caso, reparar a las víctimas de delitos del fuero común o de violaciones a derechos humanos cometidos por servidores públicos del orden estatal o municipal».

Para la mejor exposición de este trabajo se ha dividido en seis apartados. El primero corresponde a esta introducción y los siguientes abordan aspectos relevantes a considerar.

En el planteamiento del problema se establece la idea central del trabajo, es decir, se identifica, contextualiza, delimita y justifica la reparación integral del daño a las víctimas en México.

En el marco de referencia se identifican y exponen los antecedentes, las teorías y las regulaciones de la reparación integral del daño a las víctimas en México.

En el apartado sobre el desarrollo del régimen de reparación integral del daño en el sistema jurídico mexicano, se describe la situación actual de la reparación integral del daño a las víctimas en México.

Finalmente, se formulan conclusiones y se presentan las referencias de las fuentes de información utilizadas.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el año 2011, el Gobierno Federal de México instaló mesas de debate entre la sociedad y el gobierno para atender temas relacionados con las víctimas del delito. Se obtuvieron, entre otros resultados, políticas públicas de atención a las víctimas como la creación de la Procuraduría de Atención a Víctimas del Delito, algunas reformas en paquetes de educación, salud y seguridad, pero la más importante fue la creación de la Ley General de Víctimas, aprobada el 30 de abril del 2012 ante la presión por parte de las organizaciones de la sociedad civil; sin embargo, dadas las grandes deficiencias de la misma y su inoperatividad, fue necesaria su reforma casi inmediata con fecha 3 de mayo del 2013 que modificó de fondo la redacción y la estructura de la misma.

Cabe señalar que las mujeres, como sujeto social y político, han sostenido una afrenta histórica –basada en estrategias múltiples en el devenir de los procesos sociales– por la falta de reconocimiento no solo de sus derechos, sino de su calidad de ser humano; sin embargo, siempre han caminado de manera paralela a la lucha social del ente democrático y colectivo que es la sociedad (Lagarde, 1966, p. 13).

Es por ello que, de manera equivalente, con la estandarización e internacionalización de los Derechos Humanos mujeres como Eleonor Roosevelt accionaron de manera directa para el reconocimiento

no solo del estatus de sujetas de derechos, sino de la visibilidad de lo diferente; no solo en el lenguaje ni en la norma, también en la conceptualización de un «nuevo mundo». Con ese impulso, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) crea la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer que, en 1979, declara la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, documento que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos determina por primera vez la obligación de los Estados a reconocer las múltiples discriminaciones hacia las mujeres y establecer un programa de acción para su acceso a los derechos humanos. El 9 de junio de 1994 se adopta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida también como la Convención Belém do Pará, siendo el primer instrumento que reconoce como un derecho humano, el derecho a vivir libres de violencia y a las mujeres como titulares de ese derecho. También, conceptualiza normativamente el término violencia, sus tipos y modalidades e inicia los mecanismos de prevención, atención, sanción y erradicación de esta.

En México, esto se traduce en la creación de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del 2007, su reglamento y las homologaciones de los Estados en la materia; sin embargo, las mujeres han tenido que emerger en un paralelismo resultante del propio empuje de la teoría y praxis feminista «la opresión patriarcal de las mujeres es genérica, es decir, las mujeres son oprimidas por el hecho de ser mujeres, cualquiera que sea su posición de clase, su lengua, su edad, su raza, su nacionalidad, su ocupación».

Cabe mencionar que en el mundo patriarcal ser mujer es ser oprimida. Es por ello por lo que desde la visión del Derecho Victimal, la concepción de las mujeres ha resultado una forma más de invisibilidad, desde la idea de la homogenización con los grupos

históricamente oprimidos, formando una base disuelta que dificulta no solo la definición identitaria, sino más allá: el acceso a los derechos (Lagarde, 2011, p. 93).

Ahora bien, en cuanto a la conceptualización de la denominada víctima, es necesario mencionar que en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de Delito y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas bajo el número 40/34 de fecha 29 de noviembre de 1985, se declara que por víctimas se entiende «a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder» (Lagarde, 2011, p. 94).

La misma declaración establece que «en la expresión se incluye a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización» (Lagarde, 2011, p. 93).

Es por lo anterior que se hace necesario responder las siguientes preguntas: ¿Cuál es el estado del arte de la reparación integral del daño en México? El Estado mexicano, en este sentido, ¿toma en consideración el enfoque de la defensa y protección de los derechos y libertades del Sistema Regional de Derechos Humanos?

3. MARCO DE REFERENCIA

Los antecedentes dogmáticos de la reparación integral del daño hacen referencia a cuatro modalidades globales de reparación.

La primera es la de justicia correctiva, en ella la reparación se otorga por un principio moral de rectificar el daño cometido a la víctima. La segunda es la justicia retributiva en la que reparar el daño es una pena pública que castiga a la persona responsable y desincentiva a otras personas a cometer la misma acción. La tercera es la justicia restaurativa que ve en la reparación una contribución a la sanación social al reintegrar y rehabilitar a la persona afectada. Finalmente, la cuarta es el análisis económico del derecho que otorga la reparación en la medida que el costo en el que incurre la sociedad al concederla garantiza que se evitarán comportamientos y costos similares a futuro. En consecuencia, desde diferentes ópticas las mencionadas modalidades sostienen que la restauración del individuo al goce de sus derechos debe ser lo más cercano a la situación previa a los actos ilícitos que vulneraron estos derechos, compensando a la víctima en la medida en que sea comprobada la ilicitud y el daño producido; sin embargo, siguiendo la línea y desde la perspectiva de esta investigación realizaremos el análisis de esta figura desde el contexto del desarrollo del concepto del régimen de reparaciones en el Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos y su abundante jurisprudencia sobre este tema en particular (Cruz, 2002, p.13).

El concepto de reparación ha tenido, en los últimos años, una expansión que ha resultado en positivo para sostener los efectos transformadores que se buscan en las sentencias del Sistema Americano de Protección. Como en los casos que nos anteceden, el propio contenido del concepto «reparar» ha sido finamente elaborado a través de la jurisprudencia emanada de los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, como lo es la Sentencia del caso Baldeón García vs. Perú, de fecha 6 de abril de 2006, que establece:

[...] que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible,

la plena restitución o *restitutio in integrum*, la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos. Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la sentencia (CIDH, 2006, p. 45).

En este sentido, el origen conceptual establece la idea de hacer desaparecer o bien mitigar los efectos de las violaciones a derechos y libertades, reintegrando a la víctima al estado previo al hecho victimizante.

Por otro lado, se pueden analizar tres aspectos distintos del concepto de reparación, vista como principio del derecho internacional, como una obligación de los estados y como un derecho de las víctimas.

La reparación concebida como un principio general de derecho internacional es aquella que establece de manera clara y contundente que cuando se cometa un ilícito o una violación a un derecho o a una libertad y que esta violación produzca un daño surge la obligación del Estado de reparar dicho daño «es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados» (CIDH, 1999, p. 43).

La reparación es concebida como una obligación constitucional y convencionalmente reconocida; en este sentido, analizamos que el estándar de las medidas de reparación se encuentra constitucionalmente establecido desde su incorporación en el año 2000 al artículo 20 constitucional, en donde se determina el derecho de las víctimas a solicitar la reparación del daño tratándose de delitos y la obligación del Ministerio Público de solicitarla; el mismo artículo fue reformado nuevamente en el año 2008, incorporando los derechos de las víctimas en un apartado especial, el apartado C; progresivamente, el texto constitucional reconoció en la reforma del año 2011, en el artículo 1º, la obligación de las autoridades al respeto de los derechos humanos y el derecho de las víctimas de violaciones a estos derechos humanos a una reparación integral del daño.

La reparación concebida como un derecho de la víctimas se advierte a partir del desarrollo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del concepto de la Doble dimensión de la Reparación: por un lado, vista como aquella obligación imputable al Estado por medio de sus autoridades y, por otro lado, como un derecho sustantivo de las víctimas tal y como podemos observar en el Amparo Directo en Revisión 2131/2013 de la Primera Sala, en el que se señala que «la obligación constitucional de reparación de violaciones a derechos humanos por parte del Estado mexicano tiene como contraparte un correlativo derecho humano de las personas a ser reparadas integralmente, el cual podría, en algunos casos, ser garantizado únicamente a través

del derecho constitucional a recibir una justa indemnización en los términos del segundo párrafo del artículo 113 constitucional»¹.

Es en la Ley General de Víctimas que se formalizan mecanismos específicos para acceder a una reparación integral del daño, ya sea por la comisión de un delito o por la violación a un derecho humano. En esta ley se distinguen cinco particulares formas de reparar un daño: restitución, satisfacción, rehabilitación, compensación y garantías de no repetición.

En lo que respecta a la restitución, dentro de lo esperado, cuando sucede un hecho ilícito o violatorio de derechos y libertades, se espera que se restituya a la persona víctima no solo de esos derechos o libertades conculcadas, sino que además exista la posibilidad material y jurídica de realizar una completa restitución del hecho que produjo el daño; sin embargo, la jurisprudencia y los criterios emanados de las sentencias de la Corte Interamericana CIDH han dado la pauta para esclarecer los alcances reales de la *restitutio in integrum*, que no es más que restituir a la víctima al estado anterior al que se encontraba antes de la violación a sus derechos humanos, cuestión que innegablemente no se encuentra dentro del plano de las posibilidades materiales o inmateriales, toda vez que ocurrido un hecho resulta imposible regresar al estado previo a la ocurrencia del hecho. Así se ha desarrollado, por ejemplo, en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, en la parte considerativa del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, en referencia al párrafo 39 de la sentencia en el que señala «que es también su alcance literal, restitución de las cosas al estado que guardaban antes de que ocurriera la conducta ilícita y se vieran afectados los bienes jurídicos de ciertas personas» (CIDH, 2000, p. 53).

1 Para ampliar la información véase el Amparo Directo en Revisión 2131/2013, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 25 de abril de 2014; y Sentencia recaída al Amparo en Revisión 903/2008, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 1 de abril de 2009.

La Ley General de Víctimas establece, en su artículo 27, el concepto de la reparación en su medida de restitución, y en el numeral 61 lo que comprende:

[...] restablecimiento de la libertad, en caso de secuestro o desaparición de persona; restablecimiento de los derechos jurídicos; restablecimiento de la identidad; restablecimiento de la vida y unidad familiar; restablecimiento de la ciudadanía y de los derechos políticos; regreso digno y seguro al lugar original de residencia u origen; reintegración en el empleo, y devolución de todos los bienes o valores de su propiedad que hayan sido incautados o recuperados por las autoridades incluyendo sus frutos y accesorios, y si no fuese posible, el pago de su valor actualizado; si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.

En lo que hace a la satisfacción se consideran acciones tendientes a la realización de actos a favor de las víctimas; pueden ser constitutivos del orden público, como una disculpa realizada por la autoridad establecida como la responsable, el diseño y edificación de un monumento o memoriales, o bien la emisión de la propia sentencia «se trata, en suma, de reunir en un acto el testimonio de aprecio por el derecho conculcado y de reproche por la violación» (García y Benavides, 2018, p. 89).

Respecto de lo determinado por la Ley General de Víctimas, se tiene el concepto de la reparación en su medida de satisfacción en el numeral 27; asimismo, el 73 enumera lo que esta comprende:

La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no

provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o para impedir que se produzcan nuevos delitos o nuevas violaciones de derechos humanos; la búsqueda de las personas desaparecidas y de los cuerpos u osamentas de las personas asesinadas, así como la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; una disculpa pública de parte del Estado, los autores y otras personas involucradas en el hecho punible o en la violación de los derechos, que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones de derechos humanos, y la realización de actos que conmemoren el honor, la dignidad y la humanidad de las víctimas, tanto vivas como muertas.

La rehabilitación, por su parte, es otro tipo de reparación no pecuniaria o económica, que implica la obligación de otorgar servicios, ya sean dependientes del Estado bajo los sistemas institucionales o bien privados en caso de no contar con ellos, con la finalidad de acompañar a las víctimas en su proceso de rehabilitación derivado de aquellos efectos sufridos a partir del hecho victimizante. Resulta importante hacer mención del concepto de «proyecto de vida», al que hace referencia esta tipología de reparación «la noción del daño al proyecto de vida se elabora en torno a la idea de realización personal y tiene como referencias diversos datos de la personalidad y el desarrollo individual, que sustentan las expectativas del individuo y su capacidad para acceder

a ellas»; es decir, el fin último de la rehabilitación es lograr, con ayuda del Estado, que la persona víctima se restituya en el goce de su proyecto de vida, lo que perseguía como individuo desde el parámetro de la realización personal (García y Benavides, 2018, p. 69).

La Ley General de Víctimas, siguiendo la línea jurisprudencial que establece la Corte Interamericana CIDH, determina en el artículo 27, fracción II, el concepto de la reparación en su medida de rehabilitación, y en el artículo 62 determina las medidas que deben tomarse en consideración a efectos de emitir correctamente los parámetros de esta, cuando se precisa una reparación integral del daño para las víctimas:

[...] atención médica, psicológica y psiquiátrica especializadas; servicios y asesoría jurídicos tendientes a facilitar el ejercicio de los derechos de las víctimas y a garantizar su disfrute pleno y tranquilo; servicios sociales orientados a garantizar el pleno restablecimiento de los derechos de la víctima en su condición de persona y ciudadana; programas de educación orientados a la capacitación y formación de las víctimas con el fin de garantizar su plena reintegración a la sociedad y la realización de su proyecto de vida; programas de capacitación laboral orientados a lograr la plena reintegración de la víctima a la sociedad y la realización de su proyecto de vida, y todas aquellas medidas tendientes a reintegrar a la víctima a la sociedad, incluido su grupo, o comunidad.

La compensación, en este sentido –la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana CIDH–, fiel intérprete del artículo 63b del Pacto de San José, denomina «indemnización» a la forma de reparación a todas luces más reconocida, toda vez que es materialmente posible su determinación y, por lo consiguiente, su cuantificación. Se trata de

la medida más claramente identificable con una reparación, porque es tangible, mensurable, evidente, inmediata. Esta conlleva la plena identificación de la víctima y el análisis correspondiente del daño, implicando el daño material y el inmaterial. A este respecto cabe mencionar que dentro del concepto totalizador de la reparación en su modalidad de compensación abarca los daños de tipo: daño emergente, lucro cesante *lucrum cesans* y el daño inmaterial (García y Benavides, 2018, p. 45).

Respecto a lo determinado por la Ley General de Víctimas tenemos en el artículo 27, fracción III, el concepto de la reparación denominado «medida de compensación», haciendo referencia como al concepto de indemnización, de igual forma enumera en el artículo 64 lo que esta comprende:

[...] la reparación del daño sufrido en la integridad física de la víctima; la reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación integral, entendiendo por éste, aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados en términos monetarios; el daño moral comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas e indirectas, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y toda perturbación que no sea susceptible de medición pecuniaria; el resarcimiento de los perjuicios ocasionados o lucro cesante, incluyendo el pago de los salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión; la pérdida de oportunidades, en particular las de educación y prestaciones sociales; los daños patrimoniales generados como consecuencia de delitos o violaciones a derechos humanos; el pago de los gastos y costas judiciales del asesor jurídico cuando éste sea

privado; el pago de los tratamientos médicos o terapéuticos que, como consecuencia del delito o de la violación a los derechos humanos, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima, los gastos comprobables de transporte, alojamiento, comunicación o alimentación que le ocasione trasladarse al lugar del juicio o para asistir a su tratamiento, si la víctima reside en municipio o delegación distintos al del enjuiciamiento o donde recibe la atención.

Las garantías de no repetición son aquellas encaminadas al objetivo de que los hechos que derivan en daño para los individuos no vuelvan a repetirse. Se encuentra en esta tipología de medida de reparación, la vocación transformadora del régimen de reparaciones, cruzando las fronteras de las consecuencias del hecho victimizante respecto a la individualización de los daños, aventurándose más allá a la preparación y prevención anticipada para evitar un riesgo futuro para las víctimas, pero también para otras personas. Bajo este supuesto la Ley General de Víctimas establece el concepto en el artículo 27 fracción V, enumerado en el artículo 74 lo que esta comprende:

[...] el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles de las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos penales y administrativos se ajusten a las normas nacionales e internacionales relativas a la competencia, independencia e imparcialidad de las autoridades judiciales y a las garantías del debido proceso; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la limitación en la participación en el gobierno y en las instituciones políticas de los dirigentes políticos que hayan planeado, instigado, ordenado o cometido graves violaciones de los derechos humanos; la exclusión en la participación en el gobierno o en las fuerzas de seguridad de los

militares, agentes de inteligencia y otro personal de seguridad declarados responsables de planear, instigar, ordenar o cometer graves violaciones de los derechos humanos; la protección de los profesionales del derecho, la salud y la información; la protección de los defensores de los derechos humanos; la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; la promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular los definidos en normas internacionales de derechos humanos y de protección a los derechos humanos, por los funcionarios públicos incluido el personal de las fuerzas armadas y de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos y sociales, además del personal de empresas comerciales; la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver por medios pacíficos los conflictos sociales, y la revisión y reforma de las leyes, normas u ordenamientos legales que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las permitan.

Resulta indispensable hacer mención que para hacer efectivas las medidas de reparación antes mencionadas, en cuanto hace a lo determinado por la Ley General de Víctimas, el acceso se da en dos vías: la primera se deriva de la comisión de un delito y la segunda se trata de la comisión de un hecho violatorio de derechos humanos.

En el primer caso, se establece muy a grandes rasgos las obligaciones de reparar por parte de la persona que cometió el delito, no sin obviar que en casos determinados por la propia Ley puede el Estado actuar de manera subsidiaria a través de la Comisión

Ejecutiva de Atención a Víctimas; sin embargo, no especifica cuál será la forma idónea o el mecanismo para determinar o no las formas de reparación. La Ley no señala cómo serán implementadas las cinco medidas previstas por la Corte Interamericana –cuya observancia constituye un deber del Estado y una consecuencia necesaria de la violación de derechos humanos– cuando se trata de la comisión de un delito. En este caso, la obligación de reparar recae directamente en el sujeto responsable del ilícito penal: el sentenciado (García y Benavides, 2018, p. 179).

En este sentido, únicamente establece una especificación en referencia a la medida de compensación, la cual se determina a cargo del patrimonio de la persona judicialmente encontrada como responsable, lo que ha dado como resultado que se considere esta medida como la única de acceso para las víctimas tratándose de la comisión de un delito.

En el segundo caso, es el Estado el garante inmediato por medio de sus autoridades, que sean determinadas como responsables, quien asume la obligación de hacer efectivas las medidas impuestas.

4. EL DESARROLLO DEL RÉGIMEN DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

La violencia como fenómeno político social se encuentra ligada a los procesos de desarrollo de un Estado, es por ello que resulta de gran valía analizar cuáles fueron aquellas causas políticas o sociales en determinados momentos históricos y cuáles fueron los contextos en los que estas se construyen; de igual manera, se ha teorizado que los movimientos sociales de alto impacto precisan también de una coyuntura ideal y propicia, es decir que deben coexistir «las condiciones adecuadas a un clima de opinión, una crisis, una falla; un vacío en el entramado político que permita la emergencia» (Tirado, 2019, p. 4).

Resulta complejo entender un fenómeno jurídico sin estudiar el contexto que históricamente acompañó a su creación y diseño; es por ello por lo que antes de entrar a una reflexión sobre la Ley General de Víctimas y su acceso práctico a la verdad, justicia y reparación del daño se hará un recorrido por los movimientos organizados y las voces de las víctimas en México. De esa forma retomamos la idea del surgimiento de lo que hoy conocemos como el derecho de las víctimas que en nuestro país tiene como antecedente a los movimientos sociales sobre todo de protesta, articulados durante el periodo del Presidente Felipe Calderón (2006-2012).

Es durante este sexenio, particularmente, que comenzó a visibilizarse una fuerte crisis en materia de seguridad, por lo que surge la creación de un modelo basado en el enfrentamiento en contra del crimen organizado denominado por el gobierno federal como «guerra contra el narcotráfico», estrategia centrada en el aspecto militar y policial que desencadenó un enorme desequilibrio entre el poder civil y el poder armado. Los datos estadísticos arrojan que fue justamente durante este periodo en el que se registraron más de 100 000 homicidios y 22 000 personas desaparecidas, sumiendo al país en una escalada de violencia (Ramírez, 2019, p. 3).

Bajo este contexto polarizado por una sociedad que comienza a organizarse y con el empuje de diferentes movimientos se fue conjugando una protesta social masiva. Es por ello que, en el año 2011, esta exigencia colectiva dio cabida al surgimiento del «Movimiento por la Paz, con Justicia y Dignidad», encabezado entonces por el poeta y periodista Javier Sicilia, después del asesinato de su hijo *Juanelo*, Juan Francisco Sicilia Ortega, y seis personas más a manos de un grupo armado el 26 de marzo en Texmico, Morelos. Cientos de familias movilizadas por el dolor y la pérdida dieron vida a un levantamiento con un capital cultural, social y simbólico muy fuerte (Gordillo, 2020, p. 296).

Este movimiento actuó como un importante actor colectivo/social, así mismo tuvo un efecto catalizador que condujo a la creación de un movimiento nacional (Tarica, 2015, p. 7), impulsando el reconocimiento de los derechos de las víctimas y la creación normativa que lograra este objetivo, situando la acción colectiva en peticiones de corte legal. La movilización legal usa el lenguaje de derechos «para la enmarcación de sus demandas, mediante discursos que incorporan y reinterpretan algunos conceptos legales, a partir de la construcción de significados y leyes con las que expresan sus expectativas» (Gordillo, 2020, p. 297).

Durante este periodo, en México, se realizaban grandes manifestaciones en contra de la creciente delincuencia, así como de la falta de seguridad y acceso a la justicia. Casos de movilizaciones como las de Isabel Miranda de Wallace, Nelson Vargas, Alejandro Martí resultan emblemáticos en este contexto histórico; sin embargo, no fue hasta el 9 de septiembre del año 2011 que en la ciudad de Cuernavaca, Morelos, arrancó la llamada «Caravana por la Paz del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad», retomando «una inspiración anterior de Samuel Ruiz, cercano al zapatismo, que también se llamó Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad» (Ameglio, 2019, pp. 2-4). La Caravana llegó hasta el entonces D. F., ahora ciudad de México, misma que logró sumar a estudiantes, ejidatarios de Atenco, representantes del EZLN, líderes religiosos como Alejandro Solalinde, Miguel Concha, padres y madres de familia, clase media y campesina, todos bajo una misma exigencia «parar la guerra... y el Zócalo se llenó. Miles de personas escucharon los relatos desgarradores de las víctimas: hijas que nunca regresaban a casa; soldados asesinados tras denunciar la corrupción de sus mandos; madres que habían perdido hasta cuatro hijos –asesinados o desaparecidos– y una cadena de dolor que se visibilizaba por primera vez en el epicentro nacional. La tragedia y la

esperanza habían provocado la movilización más exitosa en muchos años» (Parra, 2012, p. 3).

Como resultado de este empuje social, se estableció «[...] el *Pacto Nacional Ciudadano*, a partir de seis puntos: 1) verdad y justicia, 2) fin de la estrategia militar de seguridad, 3) combate a la corrupción y la impunidad, 4) combate a las fuentes económicas del crimen organizado, 5) nueva política social dirigida a los jóvenes y 6) perfeccionamiento de la democracia representativa» (Gordillo, 2020, p. 297). Derivó en dos reuniones de diálogo con el Presidente Felipe Calderón, y el 21 de julio del 2011 se instalaron formalmente cuatro mesas de trabajo con la finalidad de analizar en conjunto, sociedad y gobierno, los temas relativos a la justicia, democracia y seguridad, destacándose la creación de un modelo nacional de valoración y justicia de los derechos de las víctimas. En el desarrollo de su quinto informe de Gobierno, el Presidente Calderón anunció la creación de la Procuraduría Social de Atención a Víctimas del Delito (PROVÍCTIMA), como un organismo descentralizado que tiene como «objeto brindar atención oportuna e integral a las víctimas u ofendidos de delitos, asegurar el acceso de los servicios multidisciplinarios que el Estado proporcionará a las víctimas u ofendidos de delitos», además de diseñar, instrumentar y, en su caso, fortalecer los mecanismos de apoyo, asesorar a la víctima u ofendido de delitos, y proteger y defender sus derechos. Pese a que no tuvo la aprobación deseada, sin lugar a duda marcó el inicio de una política pública enfocada a dar respuestas a las demandas de las víctimas y sus familias.²

Los movimientos sociales de víctimas de gran impacto en México se establecieron entonces bajo el enfoque de la desaparición forzada,

2 Para más información puede consultarse el decreto de creación de la Procuraduría Social de Atención a las Víctimas del Delitos, en extenso http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5207985&fecha=06/09/2011

como violación grave a derechos humanos desde el empuje social y como delito desde la respuesta institucional. El creciente número de testimonios de las víctimas documentadas durante el recorrido de las caravanas fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH durante la audiencia del 27 de octubre del 2011 denominada: Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos en México, en la cual se manifestó:

[...] que en cada Caravana se documentaron violaciones a los derechos humanos, la caravana del norte recibió 291 testimonios de violaciones, 81 % de las cuales ocurrieron después de junio de 2007: 53 % son desapariciones o secuestros y 45 %, homicidios, en 67 % de los casos las víctimas no identifican al responsable de la violación; sin embargo, en 13 % de los casos las víctimas creen que el responsable fue el ejército y 8 % señala como responsable a la policía. Las víctimas atribuyen al crimen organizado 4 % de estas violaciones. En la Caravana del sur se recibieron 221 testimonios, 52 % fueron por desaparición forzada y 13.6 % por homicidio (Turati, 2023, p. 2).

En las mesas de trabajo, establecidas durante este periodo, se planteó de manera contundente la necesidad de crear normas e instituciones que garantizaran el acceso a la justicia, la verdad y la reparación del daño. Fue así como se instauran las comisiones que trabajaron al interior del poder legislativo, las que, en conjunto con la academia y las organizaciones de la sociedad civil, elaboraron la Ley General de Víctimas:

La propuesta ciudadana, que elaboran de manera conjunta la UNAM y el Movimiento por la Paz, el PAN y el PRI impulsan cada cual dos iniciativas, mientras que el PRD enarbola una. Además, personal del Instituto Nacional de Ciencias Penales

(INACIPE) y expertos independientes contratados *ex profeso* elaboran otro documento que, de obtener el consenso de los participantes, sería presentado por la Procuraduría General de la República (Turati, 2023, p. 4).

En ese sentido, se aprueba por unanimidad la Ley General de Víctimas tanto por la Cámara de Diputados y de Senadores en abril del 2012, misma que resultó vetada por el Presidente Felipe Calderón y publicada hasta el 9 de enero del 2013 por el entrante Presidente Enrique Peña Nieto, reconociendo en ese acto de manera institucional las obligaciones del estado mexicano ante el Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos y de manera formal la existencia de las víctimas, dotándolas de carácter procesal y procedimental, visibilizando de esta forma a las personas que históricamente han sido ignoradas, las víctimas de delitos y de violaciones de derechos humanos y sus familias.

De esta forma, podemos brevemente reflexionar acerca de la gran importancia que tuvo este movimiento ciudadano en particular en el diseño normativo subsecuente de la Ley General de Víctimas, bajo su primera y más fuerte exigencia, la creación de una Ley que proteja los derechos de las víctimas y a sus familias. Fue una amalgama de circunstancias de índole internacional, la presión por adoptar las obligaciones de protección de derechos y libertades, la sujeción a la jurisdicción del sistema regional de derechos humanos, la preparación a la reforma que rompería el paradigma en México y que transformaría los cimientos del derecho y la estructura base de nuestra sociedad «dos atributos que, entre otros, podemos asignar a las leyes son la legitimidad y la legalidad. El primero implica que consideramos que algo es justo; el atributo de legalidad se refiere a que algo es apegado a derecho. La Ley General de Víctimas parte de una demanda legítima

que adquiere un estatus legal, en la medida en que es plasmada en el derecho» (Verástegui y Vega, 2014, p. 12).

Como resultado de la articulación política, social y normativa que comenzó a establecerse a partir de la incorporación y positivación del Sistema de Protección de Derechos Humanos, en el contexto del sistema universal, regional y nacional, podemos analizar la internacionalización de este *corpus iuris* en México, el cual resulta en una importante influencia para el desarrollo del orden jurídico nacional, tal como podemos observar en la reforma constitucional de nuestro país del 2008, en materia de seguridad y justicia que específicamente reconoce los derechos de las víctimas a ese nivel de protección normativa en los artículos 17 y 20 apartado C, que resulta ser la piedra angular del sistema procesal acusatorio mexicano y, por tanto, de los derechos de los imputados y las víctimas, misma que tuvo como objetivo principal «ajustar el sistema a los principios de un Estado democrático de derecho, como defender las garantías de víctimas y acusados y la imparcialidad en los juicios»; asimismo, adaptar las leyes penales a compromisos internacionales de México, visibilizando de esta manera a las víctimas, develado su existencia como sujeto social y también jurídico (González, 2016, p. 96).

En el artículo 20 «se encuentra el corazón garantista de la reforma. Antes sólo importaba si el acusado se quedaba preso después del auto de formal prisión, o si pudiera salir pagando una fianza. Ahora se fijan con precisión la modalidad oral y los principios del proceso penal, y se definen con claridad, ampliándose, los derechos, tanto del inculcado, como de la víctima y el ofendido. El fortalecimiento de las garantías de la víctima y el ofendido se dirige a una mejor defensa de su integridad y su interés, así como a una participación más activa durante el proceso penal» (Champo, 2020, p. 398).

La Ley General de Víctimas recoge el desafío de atender y proteger a las víctimas desde sus más altas exigencias, constituyéndose en su momento, como respuesta del Estado a una demanda social concreta, el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Para ello, vale apuntar que durante su proceso de creación se formularon directrices desde el más alto estándar de protección a los derechos humanos, delimitados en la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, la cual estableció, entre otras cosas, que «todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la Ley» (Congreso de la Unión, 2023, artículo 1).

De igual forma, en la propia iniciativa de la Ley General de Víctimas se hace referencia a la exigibilidad de la aplicación del llamado en su momento «bloque de constitucionalidad». Esta incorporación al texto constitucional implica también la obligación de prevenir, investigar, sancionar y en su caso reparar las violaciones a derechos humanos bajo el modelo de protección de derechos y libertades, misma que debe ser observada por todas las autoridades en el ámbito de su competencia. A partir de esta redacción, se desencadena la expansión del derecho a la reparación en cada órgano institucional «obliga a verificar el sistema competencial a cada órgano del Estado para determinar el alcance de los actos que debe realizar en cumplimiento a las obligaciones derivadas del modelo constitucional de protección a los derechos humanos» (Baltazar, 2017, p. 382).

La reforma del 2011 incorpora, al más alto nivel normativo interno, los principios de interpretación conforme y propersona, así

como la prohibición de la discriminación motivada por preferencias sexuales. De igual forma incluyó una revisión textual y la incorporación del lenguaje incluyente neutralizando el género, ampliando las competencias de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, entre otras modificaciones.

Es así que podemos observar que el desarrollo del texto de la Ley General de Víctimas tiene su mayor andamiaje en la mencionada reforma constitucional que implicó el reconocimiento del derecho a la reparación de daño bajo la observancia de los tratados internacionales celebrados y ratificados por México, sosteniendo así la obligatoriedad sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, «la reforma tuvo como telón de fondo varias sentencias de tribunales internacionales. Consecuencia de sus sentencias se estableció que era necesario adecuar el sistema legal mexicano para que las autoridades pudieran cumplir con las obligaciones convencionales que en materia de derechos humanos el país había adquirido» (García, 2015, p. 684). En específico, las sentencias *González y otras vs. México*, *Caso Campo Algodonero y Radilla Pacheco vs. México*, así como la fuerte referencia en la redacción y composición de su texto que se basa en la Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU sobre el derecho de las víctimas de violaciones a derechos humanos que establece que:

[...] el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana (CIDH, 2009, p. 22).

México, al ser parte firmante de la Pacto de San José, desde el 24 de marzo de 1981, se encuentra desde ese momento obligado a observar los subsecuentes mecanismos desarrollados sobre el régimen de reparaciones y, por lo consiguiente, a la observancia del artículo 63.1 de la Convención, el cual establece que «cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada».

La Corte Interamericana en el subsecuente desarrollo jurisprudencial ha establecido que «este artículo refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados», el cual parte del desarrollo del sistema regional europeo de 1950 bajo el artículo 50 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establecía la reparación en términos indemnizatorios con base en la propuesta de reparación aportada por el Estado obligado, es decir, adecuándose a las normas o instancias internas. Actualmente, este criterio se encuentra normado en el artículo 41 de dicho Convenio bajo el rubro arreglo equitativo «que señala que si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa» (García y Benavides, 2018, p. 3).

Es decir, la conceptualización del derecho a la reparación ante la comisión de un ilícito internacional por parte de un Estado

tiene su origen normativo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos bajo el esquema europeo de asumir el carácter de responsabilidad subsidiaria de las reparaciones, respecto al marco normativo interno de los Estados, respecto a la decisión de responder o no a la reparación en su modalidad indemnizatoria «la Corte Europea adopta decisiones reparatorias propias sólo cuando son insuficientes las provistas por el Estado». Es en este aspecto tan relevante que el sistema americano de Protección de Derechos Humanos se distancia en su totalidad del sistema europeo, ampliando su protección al establecer que se debe garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados; sin embargo, en un inicio únicamente se hacía referencia a la posibilidad de atender el derecho a la reparación desde el concepto de indemnización compensatoria, fue hasta la sentencia sobre el caso Aloeboetoe que se desarrolla en la propia jurisprudencia de Corte Interamericana CIDH el concepto generalizador de reparaciones, transitando de esa manera de la noción de reparación económica a reparación integral del daño, incluyendo aspectos inmateriales (García y Benavides, 2018, p. 12).

Es sobre esta base que se desarrollan diversos conceptos que conforman el diseño de la Ley General de Víctimas en México, tomando como directriz el desarrollo del régimen de reparaciones en la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se publicó oficialmente el 9 de enero de 2013, en el Diario Oficial de la Federación, dando comienzo al proceso de implementación de los derechos de las víctimas y sus familias en México.

Otro concepto fundamental es el de calidad de víctima, es decir, la denominación que se atañe a una parte procesal en concreto, la misma que debe ser determinada por una autoridad competente en el

marco de dos procesos distintos, tratándose de delitos o de violaciones a derechos humanos.

En el primer supuesto, la determinación de una calidad de víctima en vía jurisdiccional es otorgada por la autoridad que se encuentra en conocimiento de la causa y cuenta con los elementos procesales suficientes para dicha determinación, las mismas autoridades que pueden ser «El juzgador penal, mediante sentencia ejecutoriada; el juzgador penal o de paz que tiene conocimiento de la causa; el juzgador en materia de amparo, civil o familiar que tenga los elementos para acreditar que el sujeto es víctima» o el Ministerio Público (Congreso de la Unión, 2023, artículo 110).

Tratándose del segundo supuesto, en los casos de determinación de calidad de víctima por violación a derechos humanos por la vía no jurisdiccional, serán las siguientes autoridades las competentes en el ámbito de sus facultades, quienes estarán en posibilidades de otorgar dicha calidad procesal: «Los organismos públicos de protección de los derechos humanos; los organismos internacionales de protección de derechos humanos a los que México les reconozca competencia; la autoridad responsable de la violación a los derechos humanos que le reconozca tal carácter; la Comisión Ejecutiva».

Con la finalidad de obtener una base ordenada y sistematizada de las personas a las que se les otorga la calidad de víctima vinculada al hecho victimizante específico y para realizar un cruce estadístico nacional, la Comisión Ejecutiva tiene a su cargo el Registro de Víctimas. La Ley determina el procedimiento para el ingreso y los requisitos de admisibilidad, mismos que se homologan en las dos vías, es decir, un solo proceso para violaciones de derechos humanos y para delitos (Congreso de la Unión, 2023, artículo 96).

Al registro se proporcionará información de las víctimas consistente en:

[...] los datos de identificación de cada una de las víctimas que solicitan su ingreso o en cuyo nombre se solicita el ingreso; el nombre completo, cargo y firma del servidor público de la entidad que recibió la solicitud de inscripción de datos al Registro y el sello de la dependencia; la firma y huella dactilar de la persona que solicita el registro; en los casos que la persona manifieste no poder o no saber firmar, se tomará como válida la huella dactilar; las circunstancias de modo, tiempo y lugar previas, durante y posteriores a la ocurrencia de los hechos victimizantes; el funcionario que recabe la declaración la asentará en forma textual, completa y detallada en los términos que sea emitida; Los datos de contacto de la persona que solicita el registro, y la información del parentesco o relación afectiva con la víctima de la persona que solicita el registro, cuando no es la víctima quien lo hace. En caso de que el ingreso lo solicite un servidor público deberá detallarse nombre, cargo y dependencia o institución a la que pertenece (Congreso de la Unión, 2023, artículo 99).

5. CONCLUSIONES

El estado del arte de la reparación integral del daño a las víctimas mujeres en México parte del análisis de los efectos que produce el reconocimiento de una persona como víctima en México: el acceso pleno a los derechos que establece la Ley, es decir, al catálogo de ayudas inmediatas, asistencias y, en el momento procesal oportuno, a la reparación integral del daño.

Corresponde a la Comisión de Atención a Víctimas realizar los procesos de análisis de la solicitud de inscripción y del otorgamiento de la calidad de víctima, requisición de la documentación idónea para sustentar la solicitud de inscripción, el registro de la víctima y

el subsecuente procedimiento para el otorgamiento de las ayudas o asistencias que se deban proporcionar según el caso en concreto y la correspondiente acreditación del daño con miras a la reparación.

La reparación del daño como un derecho de la víctima se advierte a partir de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante un concepto de doble dimensión: por un lado, vista como aquella obligación imputable al estado por medio de sus autoridades y, por otro lado, como un derecho sustantivo de las víctimas.

Es mediante la Ley General de Víctimas que se atiende y se protege a las víctimas, que el Estado mexicano da respuesta a una demanda social concreta: el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Se estableció, entre otras cosas, que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las víctimas de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El esquema de protección de los derechos de las víctimas mujeres en México incluye el enfoque de la defensa y protección de los derechos y libertades del Sistema Regional de Derechos Humanos.

REFERENCIAS

- Ameglio Patella, P. (2019). Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad: construir paz en la guerra de México. *Revista Latinoamericana Polis, Noviolencia, resistencias transformaciones culturales*. (43). doi: /10.32735/S0718-6568/2016-N43-6.
- Baltazar Robles, G. E. (2017). *Efectos de la sentencia que concede el amparo: La reparación integral de las violaciones a Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

- Champo Sánchez, N. M. (2020). La víctima del delito y reparación del daño en la Constitución. *Diké, Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 13(26). BUAP, octubre 2019-marzo 2020.
- Congreso de la Unión (2023). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Congreso de la Unión.
- Congreso de la Unión (2023). Ley General de Víctimas. Congreso de la Unión México.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García Vs. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los «Niños de la calle». Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Cruz Marín, P. (2022). *Reparaciones con Perspectiva de Género y Derechos Humanos*. Consejo de la Judicatura Federal.
- García Castillo, T. (2015). La Reforma Constitucional Mexicana de 2011 en materia de Derechos Humanos. Una lectura desde el Derecho Internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVIII (143), 645-696.
- García Ramírez, S. y Benavides Hernández, M. (2018). *Reparaciones por violación de derechos humanos, Jurisprudencia Interamericana*. 2.^a ed. Editorial Porrúa.
- González Rodríguez, P. (2016). *La Ley General de Víctimas en el Sistema Pena Acusatorio*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, USAID.

- Gordillo García, J. (2020). Lenguaje de derechos y apertura de oportunidades legales para el cambio social: el Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad y la Ley General de Víctimas. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, LXV (239). Universidad Nacional Autónoma de México, Nueva Época.
- Lagarde, M. (1966). *Género y feminismos. Desarrollo humano y democracia*. Horas y HORAS.
- Lagarde, M. (2011). *Los cautiverios de las mujeres*. 5ª ed. Siglo XXI Editores.
- Parra Ruiz, E. (2012). Javier Sicilia. El místico que abandonó su cueva. *Revista Nómada Ellos que se trasladan*. <https://libertadyconcordia.wordpress.com/2012/11/13/javier-sicilia-el-mistico-que-abandono-su-cueva/>
- Ramírez, C. (2019). La guerra de Felipe Calderón contra el narco: el inicio de una espiral de violencia sin fin. *Infobae*. <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/10/12/la-guerra-de-felipe-calderon-contra-el-narco-el-inicio-de-una-espiral-de-violencia-sin-fin/>
- Tarica, E. (2015). Victims and Counter-Victims in Contemporary México. *Magazine Política Común*, 7, University of California, Berkeley.
- Tirado Segura, R. (2019). Javier Sicilia como celebridad trágica y los performances del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, LXIV(237), UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, División de Estudios de Posgrado.
- Turati, M. (2023). Y las víctimas siguen sin ley. *V/Lex*. <https://vlex.com.mx/vid/victimas-siguen-ley-332523733>

Verástegui, J., Antillón Najulis, X. y Vega González, P. (2014). *Introducción a la Ley General de Víctimas: Una herramienta para las víctimas y sus representantes*. Centro de Colaboración Cívica, FUNDAR, SERAPAZ.



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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, 79-111
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i6.743>

La legítima defensa en situaciones de violencia basada en género. Avances y perspectivas

The self-defense in situations of gender-based violence. Progress
and perspectives

Autodefesa em situações de violência baseada em gênero.
Progresso e perspectivas

ROSABEL FRANCISCA MEDINA SARMIENTO

Universidad de Holguín
(Cuba)

Contacto: rmedina@uho.edu.cu
<https://orcid.org/0000-0002-1563-858X>

RESUMEN

La violencia de género afecta a una de cada tres mujeres en el mundo, constituye un problema social que requiere respuestas integrales para afrontarlo. En el ámbito jurídico, las decisiones judiciales pueden contribuir a brindar, por medio de la aplicación de la perspectiva de género y la interpretación dogmática jurídica humanista, un acceso pleno a la justicia para las víctimas y sobrevivientes de la violencia. En los casos en que estas devienen acusadas, se requiere una mirada sensible al género en el proceso penal, especialmente en cuanto a la apreciación de los requisitos de la legítima defensa y la valoración de

la prueba. La investigación propone reflexionar a partir del análisis de criterios doctrinales y de la jurisprudencia respecto al tema.

Palabras clave: legítima defensa; perspectiva de género; violencia basada en género; decisiones judiciales.

Términos de indización: rol sexual; violencia de género; responsabilidad civil; sentencia judicial. (Fuente: Tesouro Unesco)

ABSTRACT

Gender violence affects one in three women in the world, it is a social problem that requires comprehensive responses to address it. In the legal sphere, judicial decisions can contribute to providing, through the application of a gender perspective and humanist legal dogmatic interpretation, full access to justice for victims and survivors of violence. In the cases in which they become defendants, a gender-sensitive look is required in the criminal process, especially in terms of assessing the requirements of self-defense and the assessment of the evidence. The research proposes to reflect from the analysis of doctrinal criteria and jurisprudence on the subject.

Key words: self-defense; gender perspective; gender-based violence; judicial decisions.

Indexing terms: gender roles; gender-based violence; legal liability; legal decisions. (Source: Unesco Thesaurus)

RESUMO

A violência de gênero afeta uma em cada três mulheres no mundo e constitui um problema social que exige respostas abrangentes para seu enfrentamento. Na esfera jurídica, as decisões judiciais podem contribuir para proporcionar pleno acesso à justiça às vítimas e

sobrevivientes de violencia por medio de la aplicación de una perspectiva de género e de una interpretación dogmática jurídica humanista. Nos casos em que elas se tornam réis, é necessária uma visão sensível ao gênero do processo criminal, especialmente no que diz respeito à avaliação dos requisitos da legítima defesa e à avaliação das provas. A pesquisa propõe uma reflexão baseada na análise dos critérios doutrinários e da jurisprudência sobre o tema.

Palavras-chave: legítima defesa; perspectiva de gênero; violência de gênero; decisões judiciais.

Termos de indexação: papel sexual; violência baseada em gênero; responsabilidade civil; sentença judicial (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 01/02/2023

Revisado: 12/05/2023

Aceptado: 26/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

En la última década, se han producido avances en la inclusión del enfoque o perspectiva de género en el ámbito jurídico. Los cambios en la concepción del sistema de justicia obedecen, en cierta medida, a las obligaciones contraídas por los Estados al suscribir instrumentos jurídicos internacionales y a la labor desplegada por organismos de las Naciones Unidas como ONU Mujeres o la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC). De igual modo, la articulación de las organizaciones de la sociedad civil y el trabajo multisectorial han coadyuvado a generar iniciativas que promuevan los derechos y la equidad. De forma particular, en nuestra región existen buenas prácticas de justicia en la incorporación del enfoque de género

y el análisis desde una perspectiva interseccional. En consecuencia, se contribuye a elevar la calidad, adaptabilidad y el mayor acceso a servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren violencia.

El enfoque transformador desde la óptica de género si bien debe permear los servicios esenciales de justicia para deconstruir las relaciones de dominación y ayudar a superar las desigualdades, se encuentra limitado por obstáculos. Entre ellos debe mencionarse que aún persiste la falta de sensibilidad por actores del sistema de justicia en el tratamiento de casos de mujeres y niñas que sufren violencia. En el mismo orden de ideas, se percibe que los agresores permanecen impunes y al asumir la responsabilidad por sus actos, las condenas carecen de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos y la sanción impuesta. De igual forma, la reparación a las víctimas o sobrevivientes por el agresor o el Estado no reflejan el alcance de los daños sufridos.

La imposibilidad de interrumpir el ciclo de violencia a través de una intervención oportuna condiciona que se produzca una escalada del conflicto. Cuando la víctima se ve obligada para garantizar su autopreservación a ejecutar actos violentos contra el agresor, ingresa al sistema de justicia en calidad de infractora. Tal situación ha instaurado el debate respecto a la pertinencia o no de la legítima defensa en los casos de mujeres víctimas de violencia basada en género. Desde el punto de vista doctrinal, el criterio preponderante asumía que los supuestos de referencia no reúnen los requisitos para considerar que opera la legítima defensa como causa de justificación. Debe añadirse que en los casos de violencia familiar cuando se produce la muerte se califica la figura agravada de asesinato debido al parentesco, o cuando se trata del cónyuge, pareja de hecho o conviviente.

En correspondencia, el presente trabajo tiene como objetivo analizar la apreciación de la legítima defensa en las decisiones judiciales desde una perspectiva de género y derechos humanos. La investigación

reflexiona sobre las interferencias de los sesgos en el razonamiento lógico jurídico. Además, expone la interpretación dogmática humanista de los requisitos de la causa de justificación en los casos de violencia basada en género y realiza una aproximación de las posibilidades en la apreciación de la eximente en el contexto cubano.

2. VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO. SESGOS EN LA APRECIACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Resulta indudable el rol determinante de los instrumentos jurídicos internacionales en la sensibilización respecto a la violencia basada en género como problema social. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW (ONU, 1979), inició el abordaje en sentido amplio de la discriminación por razón de género. La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer reconoció como tal todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto en la vida pública como en la privada (ONU, 1993). En el ámbito latinoamericano, se siguió el mismo criterio al adoptarse la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Organización de Estados Americanos, 1994). *A posteriori*, comienzan a utilizarse las definiciones de violencia contra la mujer y basada en género en las investigaciones, con importantes aportes desde las disciplinas que integran las Ciencias Sociales.

En correspondencia, en las siguientes líneas se emplea el término «violencia basada en género», VBG en adelante, para aludir las diversas manifestaciones de violencia contra la mujer por el hecho de serlo. La VBG perpetúa mediante mecanismos sociales el control sobre las mujeres restableciendo una condición de sometimiento a

partir de la diferencia sexual como sustento de la discriminación (Castro, 2016).

Las mujeres y niñas en todo el mundo se ven afectadas por este problema que presenta cifras en ascenso a partir del confinamiento durante la pandemia de Covid-19 (ONU, 2021). El impacto en la salud física y mental de las víctimas o sobrevivientes tiene consecuencias graves que van desde el estrés postraumático a la ingestión de drogas, la autolesión y el suicidio. La violencia se manifiesta no solo de forma física, también psicológica, económica, estética, vicaria, política, cibernética, filio-parental, etc.

Las estadísticas recientes revelan que aproximadamente una de cada tres mujeres ha experimentado alguna vez en su vida violencia física o sexual. En el mismo orden de ideas, un estudio publicado el pasado año, reflejó que en 2021 del total de mujeres y niñas asesinadas de forma intencional el 56 por ciento de los casos ocurrieron en el ámbito privado en contraposición con los masculinos que representan solo el 11 por ciento (ONU, 2022). El examen de los datos de referencia constituye el reflejo de las desigualdades sociales por motivo de género, a la par que alertan sobre la necesidad de una mirada sensible al género en el análisis de los casos, que contribuya a evitar la discriminación, analice las desigualdades y restituya el equilibrio en las relaciones de poder. Especial relevancia adquiere la perspectiva de género en la motivación de las sentencias judiciales en aquellos casos en que las víctimas actuando en legítima defensa devienen autoras de delitos de homicidio, asesinato o lesiones.

La eximente de legítima defensa, como causa de justificación, constituye, en el marco de las categorías de la teoría del delito reconocidas como tal, una de las más aceptadas de forma global. En el plano doctrinal y jurisprudencial existe coincidencia respecto a sus elementos estructurales (Herrera, Serrano y Gorra, 2021). Quiroz

Pírez (2007) sostiene que la agresión antijurídica debe ser inminente, ilegítima y actual, y la respuesta necesaria y proporcional a la agresión y la intención defensiva de la persona o derechos de un tercero. El principio de interés preponderante constituye a su vez el fundamento de la legítima defensa. La ley frente al conflicto entre el interés ilegítimo de la persona agresora y el legítimo de la que se defiende resuelve que este último es el preponderante. La salvaguarda del interés legítimo amenazado implica el sacrificio del otro y trasmuta en lícita la acción lesiva que se produce.

En los casos de VBG, existen dificultades probatorias respecto a la exigente de referencia. Entre ellas se encuentra la actualidad de la agresión que da lugar a la defensa, se requiere como regla defensiva que la respuesta obedezca a una agresión inmediata y no a una que haya cesado. La racionalidad del medio defensivo también ha determinado que se excluya la apreciación de la legítima defensa. Se cuestiona igualmente la necesidad de la defensa en cuanto a la posibilidad de huir de la casa, pedir auxilio o acudir a la policía (Ezurmendia, González y Valenzuela, 2021).

Buompadre (2022) considera que la concepción androcéntrica en la génesis del Derecho y sus instituciones genera problemas de encuadre de la legítima defensa en los casos de VBG. La autora coincide con el criterio anterior, la generalidad en los sistemas jurídicos actuales, aun cuando sus categorías se encuentran en consonancia con el Garantismo Penal, no dan respuestas a las desigualdades por motivos de género ni a sus intersecciones con la pobreza, la raza, la edad, el origen étnico, entre otros. De tal suerte el proceso judicial contribuye a exacerbarlas, coadyuvando a una victimización secundaria.

Ad sensum, predomina una percepción disminuida de la influencia de los sesgos o prejuicios cognitivos en la toma de decisiones judiciales (De La Rosa y Sandoval, 2016; Páez, 2021; Uribarrí, 2021).

El sesgo es entendido como una predisposición a interpretar la información, aun cuando esta se haya obtenido de forma no sesgada, conforme a nuestras creencias enraizadas como suelen ser los prejuicios y estereotipos de género adquiridos desde temprana edad en el proceso de socialización. Al obviarse este aspecto o metasesgo, dado que a menudo desde la autopercepción nos entendemos menos sesgados que los demás, no se identifican las interferencias en el proceso de razonamiento lógico-jurídico.

Los sesgos pueden afectar la decisión judicial al evaluar las reglas de la legítima defensa. El sesgo retrospectivo es de los más recurrentes en la impartición de justicia como actividad profesional; está presente cuando se sobrestiman las probabilidades *ex post* al *ex ante*. Cuando se considera que la víctima o sobreviviente estaba en condiciones de emplear otros medios para repeler la agresión, puede existir un sesgo retrospectivo. La Psicología proporciona datos, según los que tendemos a preferir el *statu quo*, a sobrevalorar las opiniones presentadas «por defecto, a seguir la autoridad de otros y a forzar la coherencia de los casos nuevos dentro de patrones ya conocidos» (Páez, 2021). La autora considera que se puede presentar un nexo entre los sesgos de anclaje y confirmatorio. El anclaje genera una sujeción de la decisión judicial a la jurisprudencia precedente (Jois, 2009), ampliamente mayoritaria en la exclusión de la legítima defensa en situaciones no confrontacionales. En sede penal se ha corroborado que este sesgo también determina que en la mayoría de los casos la decisión respecto a la pena privativa esté guiada por la solicitud de la fiscalía¹. Entonces, este efecto ancla se conecta con el confirmatorio al evaluar la hipótesis con tendencia a buscar, recordar y darle más valor a la evidencia que reafirme la creencia

1 El análisis del anclaje o arrastre respecto a la imposición de la pena se estimó en el 60 por ciento en la revisión de 555 sentencias de 1980 a 1995 en la Comunidad Autónoma Gallega. Véase en Fariña, F., Arce, R., y Novo, M. (2002). Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. *Psicothema*, 14 (1), 39-46.

tradicional de la eximente, pues el caso de VBG supone una novedad que no encaja con las pautas preestablecidas.

Las normas jurídicas pueden favorecer o reducir los sesgos en el proceso decisorio del órgano jurisdiccional². A criterio de la autora, con la interpretación tradicional de la legítima defensa se propician los sesgos o heurísticas, al constituir atajos que utilizamos para procesar de forma rápida la información, producto de distorsiones en su búsqueda y almacenamiento en la memoria, limitaciones de nuestra capacidad cerebral y de influencias morales, emocionales y sociales (Muñoz, 2011; Páez, 2021). En el particular que nos atañe, el hecho de que deban concurrir todos los requisitos de la tesis exculpatoria y si no se cumple con una o más reglas se descarta estar en presencia de la eximente, induce a anticipar conclusiones rápidamente y a no atender a la información que puede señalar otras alternativas.

Entre las recomendaciones que pueden contribuir a reducir los sesgos en el proceso de razonamiento lógico-jurídico, se alienta a jueces y juezas a la introspección y el autoconocimiento para reconocer sus limitaciones, estereotipos y perjuicios. En el caso de las personas acusadas se sugiere como opción, cuando se considera que existe un sesgo judicial, la recusación de la sentencia; si bien los jueces de segunda instancia pueden estar sesgados, el recurrir reduce en gran medida las posibilidades (Uribarri, 2021), como se verá *in extenso* en ítems posteriores. El uso de guías de procedimiento judicial para velar por la legitimidad racional en la práctica judicial se reconoce también como viable para mitigar los sesgos (Páez, 2021). Los protocolos y

2 Las normas jurídicas no deben ser consideradas neutrales, por ejemplo, en el caso de las sustantivas cuando se otorga un derecho o tutela jurídica desde la abstracción si no tiene en cuenta el contexto de concreción de la norma para grupos vulnerables estos pueden verse afectados. Las normas procesales también promueven los sesgos, particularmente en el sistema acusatorio en el que opera el principio de inmediación. Cfr. De la Rosa Rodríguez, P. I. y Sandoval Navarro, V. D. (2016). Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. *Derecho Penal y Criminología*, 37 (102), p. 149.

procedimientos para juzgar en perspectiva de género representan, en consecuencia, una ayuda invaluable para garantizar la calidad de la justicia, especialmente respecto al tema que nos ocupa.

En la actualidad surgen interesantes propuestas para eliminar los sesgos a través del Derecho, a la vez que aumenta el interés investigativo en relación con el modo en que se conectan con la práctica judicial. La perspectiva de que se produzcan reformas en beneficio de las víctimas de VBG resulta alentadora. En definitiva, se estaría transformando las discursivas que regulan el poder jurídico, centrándose en la persona y en los datos sociales para acercarnos al Derecho Penal Humano.

3. INTERPRETACIÓN TRADICIONAL VS. INTERPRETACIÓN EN PERSPECTIVA DE GÉNERO. IMPORTANCIA EN LA APRECIACIÓN DE LOS REQUISITOS Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Las decisiones judiciales, según expone Zaffaroni (2016), constituyen el ejercicio del poder jurídico al constituir el semáforo de contención judicial del poder punitivo que le permite avanzar en casos graves, lo detiene en los de escasa lesividad social o debe tomarse su tiempo para decidir en aquellos no tan claros. La legítima defensa cuando existe VBG es una de las situaciones en que se puede disponer de la luz amarilla. La decisión judicial se ajusta a la dogmática penal para lograr la racionalidad del razonamiento lógico-jurídico en que se fundamenta. Desde la construcción de una dogmática jurídico penal humana deben atenderse los datos tanto normativos como sociales, a condición de respetar tres coherencias básicas: la normativa, la fáctica y la política (Zaffaroni, 2016).

La coherencia jurídica se refiere a la no contradicción del sistema, que puede lograrse a partir de una máxima interpretación

de los derechos a tenor de las normas fundamentales. En los últimos años, existe tendencia a la constitucionalización de los derechos de las mujeres, *verbigratia* del derecho a una vida libre de violencia y el principio de igualdad y no discriminación. De esta forma se puede lograr una comprensión más amplia entre la relación de la agresión ilegítima y la legitimidad de la defensa.

La coherencia fáctica se enlaza con la anterior a partir de la atención de los datos de realidad social. En este particular se trata de integrar la coherencia normativa con la mirada multidisciplinaria de las Ciencias Sociales sobre la VBG y cómo afecta los patrones de comportamiento y el estado mental de las víctimas o sobrevivientes, (UNODC, 2019; Moreno, 2021). La coherencia política es orientadora alrededor del objetivo común humanista de en toda situación y circunstancia lograr una contención contraselectiva³ del poder punitivo que disminuya la vulnerabilidad de las personas. Vivir en situación de violencia basada en género es una condición de vulnerabilidad, a esta debemos añadir la privación de libertad en el caso de las mujeres víctimas acusadas de homicidio. El despliegue por los Estados de los servicios esenciales⁴ se dirige a garantizar los derechos, la seguridad y el bienestar de las mujeres y las niñas, los

3 La selectividad punitiva está relacionada con la culpabilidad por vulnerabilidad, debido al estatus social las personas que pertenecen a las clases más desfavorecidas se encuentran más vulnerables a convertirse en infractoras. La contra selectividad es el fundamento del principio de coculpabilidad que atiende las condiciones subjetivas de las personas infractoras para determinar su culpabilidad y en el caso de las menos favorecidas tiene en cuenta la responsabilidad del Estado como garante de la igualdad de oportunidades, q. v. Zaffaroni. *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*, p. 115.

4 Entre los elementos fundamentales de los servicios esenciales se encuentra el marco jurídico y legislativo exhaustivo que contribuya al acceso efectivo a la justicia de las víctimas y sobrevivientes, la capacitación y desarrollo del personal que provee los servicios y que las prácticas sensibles al género respondan a la política nacional referente a la VBG. Véase Organización de Naciones Unidas Mujeres (ONU Mujeres, 2021). *Módulo 1. Descripción general e introducción. Paquete de servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren violencia. Elementos centrales y directrices relativas a la calidad de la atención*. p. 20.

servicios judiciales representan un eslabón fundamental para revertir las desigualdades por medio del Derecho.

Las decisiones judiciales pueden reducir la brecha de género o contribuir a ensancharla por medio de una interpretación tradicional que ignore la perspectiva de género y el análisis interseccional. *Exempli gratia*, resulta interesante el análisis del caso de Reina Maraz; en primera instancia, la acusada de nacionalidad boliviana y quechua parlante fue condenada el 28 de octubre de 2014 a cadena perpetua por el Tribunal Oral en lo Criminal n.º1 de Quilmes. La acusada fue sentenciada por el delito de doble homicidio agravado de su pareja con el móvil de un supuesto robo. En diciembre de 2016, la Sala VI de la Cámara de Casación Penal absolvió a Reina Maraz respecto a la sentencia de primera instancia. Se reconoció en el fallo que la ausencia de un abordaje de las circunstancias de especial vulnerabilidad⁵ (mujer migrante, boliviana, indígena, pobre y vivir en situación de violencia física y sexual) provocó una discriminación que comprometió la objetividad de la sentencia. En correspondencia se corrobora en el fallo la necesidad del abordaje desde una perspectiva de género y diversidad cultural que den respuesta a las intersecciones en el sistema de justicia argentino (Magliano y Ferreccio, 2017).

El enfoque sensible al género en el Derecho Penal señala una práctica judicial que debe tener en cuenta a las mujeres víctimas y sobrevivientes de VBG. La legítima defensa puede considerarse como un caso especial de estado de necesidad (Quiroz Pérez, 2007); del mismo modo, los casos de violencia basada en género pueden entenderse como situaciones particulares al apreciar la legítima defensa (Roa, 2012). Tal

5 El proceso judicial duró seis años, de los cuales más de tres la acusada estuvo detenida en una cárcel, embarazada primero y luego con su bebé que nació en situación de encierro; el sistema de justicia generó nuevas condiciones de exclusión para Reina que pese a su embarazo fue privada de libertad, circunstancia que interrumpió el vínculo parental con sus hijos pequeños que retornaron a Bolivia.

planteamiento es realizable a partir de dos aspectos centrales que son la concurrencia de los requisitos y la valoración de la prueba.

La legítima defensa se configura a partir de una serie de requisitos que deben presentar los elementos estructurales de la eximente compuesta por el binomio agresión-defensa. Entre la acción defensiva y la agresiva que la antecede, debe existir una relación de causa y consecuencia en virtud del nexo causal que las une (Quiroz Pérez, 2007; Zaffaroni, 2007).

-La existencia de una agresión ilegítima: Las acciones u omisiones que lesionan el bien jurídico, así como las que lo coloquen en peligro idóneo para lesionar un interés legítimo propio o ajeno, pueden considerarse agresiones ilegítimas (Del Río, Spina e Igartúa, 2016). La violencia basada en género es considerada una agresión ilegítima y no solo afecta a las mujeres, cuando tiene lugar en el ámbito doméstico también se ven afectados otros miembros de la familia, por ejemplo, los niños, niñas y adolescentes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina entendió que operaba la eximente respecto a la causa «Leiva, María Cecilia s/ Homicidio simple»⁶. La acusada al ver amenazada su vida y la de su feto por los golpes que estaba recibiendo de su pareja y padre de sus hijos, le dio muerte al responder a la agresión. En el expediente constaban evidencias de heridas corporales, de su estado depresivo persistente, de un aborto previo provocado por los golpes de su pareja y de una denuncia anterior de violencia intrafamiliar. De acuerdo con la reconstrucción de los hechos que se realizó a partir del testimonio de la acusada por no existir testigos, las decisiones

6 El caso de referencia sentó un importante precedente en Argentina en cuanto a la integración de la perspectiva de género en contextos de violencia y la asimilación de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales y cortes provinciales. Véase Del Río, Spina e Igartúa, 2016; Hess, 2017; Leonardi y Scafati, 2019; Herrera et al., 2021.

judiciales en primera instancia y casación coincidieron respecto a la ausencia de una agresión ilegítima.

El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en disenso con los anteriores, entendió que en la causa constaban elementos probatorios para considerar ilegítima la agresión que habilitaba la defensa. El fallo resulta significativo en cuanto establece que la carga de la prueba respecto a los extremos de imputación, corresponden a la acusación; aun cuando la defensa alegue una causa de justificación, no es exigible a quien se defiende demostrar que actuó más allá de toda duda razonable (Herrera et al., 2021).

-Inminencia o actualidad de la agresión: El requisito está dirigido a determinar la proximidad temporal entre la agresión y la respuesta que permita validar su legitimidad. En los casos de VBG, el requisito debe analizarse desde un enfoque sensible al género. Las manifestaciones violentas no deben concebirse como hechos aislados, pues poseen un carácter permanente, conforman un *continuum*, que lesiona derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica. La inminencia permanente de la agresión se caracteriza por dos elementos, la continuidad de la violencia y su carácter cíclico (OEA, 2018).

El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará, MESECVI en lo adelante, estima que en situaciones de convivencia violenta la continuidad determina que en cualquier momento pueden existir circunstancias detonantes. Tales circunstancias generan para la víctima un estado de constante preocupación y temor de una agresión. En virtud de lo anterior «el requisito de la inminencia debe ser comprendido más allá del momento de la agresión», esta no ocurre de forma aislada, forma parte de un proceso continuo. La violencia ejercida sobre las mujeres posee un carácter cíclico, las expresiones violentas del agresor presentan un

patrón repetitivo. Las féminas quedan atrapadas en este ciclo de la violencia, en el cual a la agresión le sucede una etapa en la que el hombre se comporta como cuando la conquistó y este comportamiento refuerza que ellas permanezcan en la relación. A lo anterior debe añadirse la pobreza y falta de apoyo de la familia como intersecciones con la situación de violencia, pero no siempre son la causa⁷.

Walker Martínez (2021) sostiene que se excluye la legítima defensa en casos de VBG cuando predomina la interpretación tradicional de la eximente, sobre la realizada en perspectiva de género. El autor evidencia el contraste entre posiciones divergentes en el ámbito jurídico chileno, a partir del fallo del Tribunal Oral en lo Penal y la Corte de Apelaciones de Antofagasta. *A priori*, en primera instancia el Tribunal Oral de lo Penal de Antofagasta consideró que no se configuró la eximente en el caso en cuestión porque la agresión ya había cesado y calificó el delito de homicidio frustrado. En síntesis, los hechos ocurrieron el 25 de octubre de 2019, esa madrugada la acusada discutió en un evento social con su pareja, quien la persiguió al ella abandonar el lugar y la agredió físicamente hasta ser detenido por terceros. La acusada escapó y se encerró en su domicilio mientras su pareja apedreaba el lugar. Dos horas después, una vez cesada la agresión, ella salió de la casa con un cuchillo y al encontrar a su pareja a unas cuerdas le enterró el arma en el pecho. Con anterioridad a los hechos existía un amplio historial de violencia física y verbal ejercida

7 La Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 65/228. Fortalecimiento de las respuestas en materia de prevención del delito y justicia penal a la violencia contra la mujer, establece que la eximente de la legítima defensa de mujeres víctimas de violencia, en particular cuando haya síndrome de mujer maltratada, se tenga en cuenta en las investigaciones, instrucciones sumariales y sentencias en contra de ellas. El síndrome de la mujer maltratada lo padecen mujeres que han sufrido episodios continuos y repetidos de violencia, cuando esta se torna crónica se genera una dependencia emocional de la víctima al agresor. En la práctica judicial, los efectos de la violencia crónica descrita sobre las víctimas se han aceptado como un indicio del estado mental de la acusada al acreditar la defensa y como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

sobre la acusada por su pareja. *A contrario sensu*, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (rol 648-2021), absolvió a la acusada por entender que actuó en legítima defensa.

- La falta de provocación de la agresión: El requisito exige la ausencia de una conducta anterior por parte de la persona agredida proporcional a la entidad de la agresión o de cierta gravedad. En el análisis de esta regla se deben abandonar las concepciones estereotipadas que consideran que la mujer consintió la agresión o la provocó, o el deber conyugal de subordinación de la mujer al varón en el ámbito doméstico. El reconocimiento de la violencia doméstica como una forma de tortura unido a los estudios que demuestran que el umbral de provocación del agresor es muy bajo, ha impactado en la interpretación del requisito (Del Río et al., 2016).

La sentencia «R.C.E.» de la Corte Suprema de Argentina se aleja de la postura tradicional al absolver a una acusada de lesiones, encontrada culpable en primera instancia y casación. El fallo expresa que la ley aplicable exige ausencia de provocación por quien se defiende y en el caso concreto se entendió que la falta de un saludo y la discusión de la mujer con su expareja no justificaban el ataque del que se defendió.

-Necesidad racional del medio empleado para repeler la defensa: Debe existir proporcionalidad entre los instrumentos y riesgos de la agresión, y los medios y comportamientos defensivos empleados para repelerlos. La proporcionalidad debe verse asociada a la continuidad de la agresión sufrida por las mujeres, pues responde al hecho permanente y continuado que representa ser víctima de violencia.

En el marco de un vínculo matrimonial o de pareja caracterizado por un contexto de violencia, las mujeres no están obligadas a

aguantar malos tratos o abandonar el hogar para defenderse⁸. El argumento expuesto permitió eximir de responsabilidad a una mujer que había matado a su compañero en el marco de una convivencia violenta empeorada por el consumo de drogas y tráfico por parte de este, situación que no denunció al no estar en condiciones para sostenerse económicamente a ella y a su hija (OEA, 2018). La aparente desproporción que ocurre en algunos casos puede obedecer al temor de que el medio empleado sea ineficaz y permita al agresor recuperarse prontamente y descargar toda su ira contra ella. De tal forma se debe atender también la desproporción física, la contextura de la mujer respecto a su agresor, la socialización de género que hace que en múltiples ocasiones no estén preparadas para responder con los medios equivalentes, la falta de entrenamiento para el manejo de armas y la dinámica del ciclo de la violencia en el que carecen de herramientas emocionales para reaccionar de acuerdo al estándar masculino propuesto por el Derecho Penal tradicional (Di Corletto, 2006; Villegas, 2021; Herrera et al., 2021).

En cuanto al instrumento utilizado no puede calificarse de irracional si la superioridad física del agresor le impide a la mujer utilizar el mismo medio para defenderse. En el caso «S. B. L. s/homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego», el tribunal entendió que no se apreciaba irracional el medio empleado ni desproporcionalidad debido a las amenazas proferidas contra la acusada y su hija bebé, las agresiones físicas y sexuales sufridas en la convivencia

8 Las sentencias judiciales recogen este tipo de posicionamiento por los actores de justicia que estereotipan a la mujer en un rol pasivo en el caso «López, Susana Beatriz s/ recurso de casación», el criterio del Ministerio Público fue que no se debía considerar la eximente a partir de que la acusada pasaba más de doce horas fuera de casa y tenía tiempo suficiente para elaborar otra estrategia de defensa y transformar los abusos que venía soportando. El fallo del Tribunal Oral de lo Penal de Antofagasta consideró en la causa RIT n.º 35-2021 la culpabilidad de la acusada y excluyó la apreciación legítima defensa; para ello el tribunal señaló en la motivación de su criterio entender que si la acusada se encontraba resguardada en su casa debía permanecer así y no salir al encuentro de su agresor.

matrimonial y en la noche del evento, y las circunstancias de violencia impeditivas de encontrar otro medio menos aflictivo. El fallo del tribunal superior reafirmó la decisión de primera instancia, la que fue recurrida por la acusación y el querellante particular. La sentencia destaca por reconocer que la aplicación tradicional de la norma, en casos de legítima defensa de la violencia de género, constituye una discriminación indirecta a la mujer⁹.

De forma general, pueden apreciarse los avances jurisprudenciales a partir de la integración de un enfoque sensible al género en la legítima defensa de VBG. Empero, debe notarse también que los procesos judiciales referidos no han estado exentos de sesgos y una interpretación tradicional en primera o segunda instancia, cuestiones que limitan el acceso a una justicia basada en la igualdad entre mujeres y varones. La impugnación de las sentencias ha sido vital para lograr un resultado absolutorio.

A simili, la valoración de la prueba constituye un significativo aspecto que puede conducir a decisiones diferentes respecto a un mismo caso, de ahí la necesidad de entender la perspectiva de género como un eje transversal. De lo contrario, cuando no se reconoce tal enfoque se contribuye a generar sesgos que invisibilizan la VBG, fomentan

9 La Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV respecto a la acusada «S., B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego», por medio de la sentencia del 5 de julio de 2016, estableció que: «Cuando el juez aplica la norma tal como esta ha sido comúnmente interpretada en la doctrina y precedentes, la norma reproduce los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tenderá a discriminar a la mujer, puesto que ni su género ni el contexto en el cual la mujer necesita de la norma han sido tenidos en consideración al elaborar los requisitos. La indiferencia, minimización y/o rechazo de los antecedentes e indicadores de violencia de género obrantes en el caso originan asimismo responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones asumidas mediante la normativa internacional de derechos humanos. El enfrentamiento entre una mujer y un hombre requiere la utilización de la perspectiva de género para su equitativa interpretación y aplicación». Herrera H., Serrano M. F y Gorra D. G. (2021). Legítima defensa y violencia de género en situaciones no confrontacionales. Un estudio de la doctrina y la jurisprudencia argentina. *Cadernos de Derecho Actual* (16), 24.

la impunidad y la exclusión por medio de estereotipos tendientes a culpabilizar o victimizar a las mujeres por la propia agresión (OEA, 2018). En la opinión de la autora, lo antes expresado provoca una serie de dificultades probatorias asociadas al testimonio de las víctimas y sobrevivientes.

En primer lugar, se ha considerado insuficiente la declaración de las víctimas de VBG para determinar la existencia de una agresión ilegítima cuando no existen testigos, desestimándose la apreciación de la eximente¹⁰, con lo que no se tiene en cuenta que los hechos ocurren mayormente en el ámbito doméstico privado. En la misma línea, se les resta veracidad a los testimonios por inconsistencias en las declaraciones, obviando que estas pueden ser resultantes de un evento traumático¹¹. De igual forma, los cuestionamientos relativos a la gravedad de la violencia cuando las mujeres no han realizado denuncias previas o han permanecido en la relación sin buscar ayuda externa¹², demuestra el desconocimiento sobre las limitaciones que enfrentan las víctimas para acceder a recursos y servicios de justicia, así como de las relaciones de sujeción en las que se encuentran.

10 Supra. «Leiva, María Cecilia s/ Homicidio simple».

11 El fallo del Tribunal Oral de lo Penal de Antofagasta en la causa RIT n.º 35-2021 que estableció la culpabilidad de la acusada como autora de un homicidio frustrado estimó que no se podía apreciar la eximente de legítima defensa incompleta, pues para ello era necesario que la acusada confesara el delito y ella decía no saber cómo su expareja resultó herido con el cuchillo; por este motivo y por inconsistencias en las declaraciones tampoco consideró que debía apreciar como circunstancia atenuante de la responsabilidad la colaboración sustancial. La decisión no tuvo en cuenta que los eventos traumáticos experimentados como una amenaza inminente o alteración a la vida para las víctimas pueden llegar a modificar el funcionamiento del cerebro, por lo que resulta común que se afecte la información registrada en la memoria.

12 El Tribunal en lo Criminal n.º 1 de Quilmes en la sentencia concerniente a la Causa n.º 4586 (494/2013) determinó la culpabilidad de Reina Maraz por los delitos de homicidio y robo. En este caso no se dio valor al testimonio de la acusada víctima de violencia física y sexual y se dudó de la veracidad de su declaración al respecto por no existir una denuncia previa. En consecuencia, no se realizó un análisis de la teoría de la indefensión aprendida que permite explicar por qué las mujeres permanecen en una relación violenta sin tomar acciones para escapar del abuso, buscar apoyo o denunciar los hechos.

Di Corletto (2017) considera que deben seguirse ciertas directrices para la valoración de la prueba. En primer orden, para otorgarles valor a las declaraciones, se requiere partir de la diferencia de situaciones jurídicas al otorgar el testimonio. De igual forma, la coherencia interna de la declaración es un elemento de peso, empero debe evaluarse según las condiciones personales, capacidad expresiva y contexto individual. En el análisis de la declaración se incluyen las relaciones asimétricas de poder entre la víctima de VBG y su agresor. *A fortiori*, la valoración adecuada requiere que los órganos judiciales estén desprovistos de prejuicios y estereotipos.

El MESECVI sostiene que los estándares para la valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son herramientas útiles para integrar la perspectiva de género (2018). Los estándares adecuados a una variedad de casos relativos a violencia sexual, tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, y privación arbitraria de la libertad atienden tres argumentos fundamentales. El primero es que no se puede esperar que las víctimas siempre denuncien las agresiones o que nunca haya inconsistencias en su testimonio, se considera razonable que las víctimas se abstengan a denunciar por temor y que cuando declaren sobre los hechos pueden existir inconsistencias. El segundo es que no se puede esperar que siempre haya testigos o pruebas documentales; en ausencia de ellos, la declaración de la víctima constituye una prueba central sobre el hecho que debe tenerse en consideración. El tercero es que se debe emprender esfuerzos por recolectar evidencia médica; si bien se reconoce el rol central del testimonio de la víctima, se debe recabar la evidencia médica disponible, aunque su ausencia no resta veracidad a la declaración.

En resumen, se coincide respecto a la importancia de la perspectiva de género para optimizar la precisión del razonamiento

probatorio del juez para esta clase de casos, así como respecto a la reducción de las interferencias probatorias en la valoración de evidencias (Ezurmendia et al.). La integración en las prácticas judiciales de nuevos criterios que permiten a las mujeres acceder a una justicia de mayor calidad que atiende sus necesidades y condiciones particulares debiera constituir una meta en la región latinoamericana. El Derecho Penal puede funcionar como un mecanismo limitante de la brecha social que perpetúa las desigualdades entre mujeres y hombres.

4. PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA JUDICIAL CUBANO PARA LA APRECIACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CASOS DE VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO

En el último quinquenio se han producido modificaciones significativas en el ordenamiento jurídico cubano que tienen una trascendencia para la integración de la perspectiva de género¹³. La interpretación conforme a la dogmática penal humanista representa un interesante punto de partida en la apreciación de la legítima defensa en casos de violencia basada en género. La coherencia normativa interna remite necesariamente a la Constitución y al Derecho Internacional (Zaffaroni, 2016).

13 La aprobación mediante referéndum popular de la Constitución de 2019 generó cambios legislativos en cuanto al acceso a la justicia para las personas que viven en situación de violencia por motivos de género. El Decreto Presidencial 198 /2021, aprueba el «Programa Nacional para el adelanto de las Mujeres», que tiene entre sus objetivos dar seguimiento y enfrentar, de manera integrada y sistemática, las manifestaciones violentas o discriminatorias en todos los ámbitos de la sociedad. Posteriormente se aprobó por el Consejo de Ministros el Acuerdo 9231/2021 «Estrategia integral de prevención y atención a la violencia de género y en el escenario familiar» que establece una articulación inter e intrasectorial para lograr la efectividad en las intervenciones legales, sociales y médicas. Ley 143/2021 «Del Proceso Penal» incorpora medidas para evitar la revictimización durante el proceso en casos de VBG e intrafamiliar y el Código de las Familias regula en el Título II De la discriminación y la violencia familiar, que los asuntos de esta índole deben ser considerados de tutela urgente, y que los daños derivados de estas conductas lesivas conllevan una respuesta jurídica tanto en sede familiar como penal.

La Carta Magna Cubana, en su Título cuarto, regula los derechos, deberes y garantías constitucionales. El texto constitucional establece que la dignidad humana es el supervalor que sustenta el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, los tratados y las leyes en el artículo 40. En los artículos 42 y 43, se recoge el derecho a la igualdad y la no discriminación, a la par establece las obligaciones estatales de garantizar igualdad de oportunidades y posibilidades a hombres y mujeres, así como de proteger a las mujeres de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones y espacios mediante mecanismos institucionales y legales creados para tales efectos (Asamblea Nacional del Poder Popular [ANPP], 2019). La violencia familiar se reconoce lesiva de las personas, la familia y la sociedad, según establece el artículo 85, es sancionada por la ley (ANPP, 2019).

La Ley de leyes establece en su artículo 8 que se debe de adecuar el ordenamiento interno a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba. En materia de tratados internacionales, Cuba es signataria de la CEDAW, por lo que conforme a la letra del instrumento jurídico deben adoptarse medidas legislativas que prohíban toda discriminación contra la mujer. De igual modo los tribunales nacionales competentes deben garantizar la igualdad y no discriminación, (ONU, 1979).

El Derecho Penal para preservar la coherencia interna del sistema debe asumir una orientación constitucional o sustantiva que elabore los intereses dignos de tutela penal, a tenor de los valores, bienes y derechos constitucionales. En correspondencia, la Ley 151/2022 «Código Penal» presenta avances significativos en cuanto a la violencia basada en género e intrafamiliar. La norma en su Anexo de términos y expresiones consigna lo que se entenderá a los efectos de su aplicación como violencia de género y violencia intrafamiliar (ANPP, 2022):

Violencia de género: tipo de violencia muy particular, que tiene como base la cultura patriarcal que se asienta en la desigualdad de poder entre el hombre y la mujer. Como parte de ese dominio masculino, se ejerce la violencia como un mecanismo de control; la misma se sustenta en estereotipos sexistas, generadores de prejuicios que derivan en expresiones de discriminación por razón del sexo, el género, la orientación sexual o la identidad de género; puede ser física, psicológica, sexual, moral, simbólica, económica o patrimonial, e impacta negativamente en el disfrute de los derechos, las libertades y en el bienestar integral de las personas; se presenta en ámbitos familiares, laborales, escolares, políticos, culturales y en cualquier otro de la sociedad; y su expresión más generalizada, frecuente y significativa es la que ocurre contra las mujeres; y violencia familiar: es la que se produce en el seno de la familia, ya sea dentro o fuera del hogar; hace referencia a cualquier forma de abuso o maltrato que se da entre los miembros de una familia, e implica un desequilibrio de poder que se ejerce desde el más fuerte hacia el más débil, en las líneas fundamentales del género y la generación; constituyen expresiones de violencia familiar el maltrato físico, psíquico, moral, sexual, económico o patrimonial, ya sea por acción u omisión, directa o indirecta, en el que agresores y víctimas mantienen o mantuvieron relaciones de pareja, y la que se produce entre parientes, recibiendo igual tratamiento los hechos de esta naturaleza ocurridos entre personas con relaciones de convivencia.

Grosso modo, de la distinción entre ambas categorías se infiere que la primera es la más general, mientras que la segunda es más específica constituyendo una forma particular de violencia por razón de género que tiene lugar en el entorno familiar. Los términos enunciados se

emplean en las regulaciones de la parte general y especial del Código Penal. En cuanto a las instituciones de la parte general se establecen para estos casos las sanciones accesorias de privación «de la responsabilidad parental, remoción de la tutela y revocación del apoyo para personas en situación de discapacidad y la de prohibición de acercamiento a las víctimas, perjudicados u otras personas allegadas afectivamente» (artículos 43 y 58) (ANPP, 2022). La adecuación de la sanción en los delitos cometidos como resultado de la VBG o familiar representa también una novedad al establecer las reglas que deben atenderse para determinar el tipo de sanción y su cuantía (artículo 75), así como la regulación de las obligaciones que puede instituir el tribunal a la persona sancionada mediante sentencia (artículo 76). La comisión de hechos delictivos que tienen como móvil la VBG o familiar es regulada como circunstancia agravante de la responsabilidad penal.

En la parte especial del Código se establecen figuras agravadas cuando las conductas se realizan motivadas por la VBG o intrafamiliar, o como consecuencia de tales manifestaciones. *Verbigratia*, en los delitos contra la vida como es el caso del asesinato y las lesiones; en aquellos que lesionan los derechos individuales como las amenazas, la coacción, la violación de domicilio y el registro ilegal; en los ilícitos contra la indemnidad sexual como la agresión sexual y ultraje sexual y en los delitos contra los derechos patrimoniales como el de hurto, daños, extorsión o estafa. *Ad sensum*, los requisitos de procedibilidad que se establecen para algunos delitos pueden contribuir a disminuir la impunidad. *Exempli gratia*, en los «actos contra la intimidad personal y familiar, la propia imagen y voz, identidad de otra persona y sus datos», cuando sean consecuencia de la violencia de género o la violencia familiar, se amplía la legitimación de los sujetos. Siempre que la voluntad de la persona legitimada se encuentre sujeta al poder ilegítimo ejercido por su agresor, la querrela pueden promoverla el cónyuge o

pareja de hecho, pariente o persona allegada afectivamente. Además, cuando existe esa subordinación ilegítima al victimario en el caso de los ilícitos referidos, los de calumnia e injuria y las manifestaciones de violencia presenten una repercusión pública, cualquier persona está facultada para denunciar.

En resumen, la ley sustantiva confiere un carácter antijurídico a las agresiones a las víctimas de VBG e intrafamiliar. La norma, lo cual no tenía precedentes, llega a considerar una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal la ejecución del hecho como consecuencia de haber sido objeto, de modo continuo y persistente de VBG o intrafamiliar, proveniente de la víctima del delito. Si bien es remarcable al avance de las nuevas regulaciones jurídicas, la integración de la perspectiva de género en los casos de legítima defensa requiere de una comprensión *lato sensu*. La interpretación, *strictu sensu*, de la eximente de legítima defensa no conduce para tener en cuenta las diferencias entre mujeres y hombres. Es necesario que los requisitos que establece el Código Penal para la eximente sean analizados desde un enfoque sensible al género. Al respecto, la propia norma jurídica establece que en materia penal «son de aplicación los principios que dimanan de la Constitución y los prescritos en los tratados internacionales en vigor en el país» (artículo 1), (ANPP, 2022).

Las decisiones judiciales respecto al tema que nos ocupa deben atenerse al principio constitucional de igualdad y no discriminación y a la garantía de no discriminación en el ámbito judicial que es establece en la CEDAW. Es evidente que nos encontramos ante un cambio de paradigma respecto a la interpretación tradicional y la que se realiza en perspectiva de género. En líneas generales, los resultados pueden ser muy favorables si se aprovechan las oportunidades que se presenta con la Ley n.º 140/ 2021 «De los tribunales de justicia», de forma que las nuevas regulaciones establecen la posibilidad de crear nuevas salas o

secciones dentro de estas¹⁴ y con ello se elevaría la calidad de la justicia mediante la especialización, así como las oportunidades de formación permanente de jueces y juezas¹⁵ en nuevos contenidos. Los relativos a la aplicación de la perspectiva de género en la actividad judicial, especialmente en los aspectos concernientes a la valoración de la prueba y los estándares internacionales sobre el tema, resultan esenciales para la superación. La especialización en las diversas formas y manifestaciones de violencia se complementan con los anteriores y favorecen los principios de la función judicial. Las nociones fundamentales de Psicología Jurídica debieran incluirse también en la preparación, con vistas a elevar la percepción respecto a las interferencias de los sesgos en la toma de decisiones judiciales.

La gestión del conocimiento por parte de los órganos de justicia puede apoyarse en las investigaciones desarrolladas en las universidades del país y las prácticas de las Casas de Atención a la Mujer y la Familia en el acompañamiento de las víctimas. La propuesta permite lograr retroalimentación necesaria con los datos sociales. *Ergo*, la voluntad política de afrontar la VBG como un problema social ha quedado expresada tanto en las directrices del Programa Nacional para el Adelanto de la Mujer, como en la Estrategia integral de prevención y atención a la violencia de género y en el escenario familiar. Es vital reconocer también, pese a los avances, las limitaciones actuales y que se trabaje para lograr optimizar el acceso

14 En el texto de la ley confiere la facultad al Consejo de Gobierno del Tribunal Provincial Popular para solicitar al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular la creación nuevas salas o secciones (artículo 41d), y al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular para crear otras salas o secciones de estas, que conozcan asuntos en materias especializadas, cuando así se requiera (artículo 46.1).

15 En las normas se regulan los aspectos concernientes a la carrera judicial, los magistrados y jueces profesionales deben desarrollar estudios superiores, académicos y científicos, a fin de mantener e incrementar su nivel y desempeño profesional, así como la autopreparación y actualización para el ejercicio de sus funciones (artículo 56).

a la justicia, la ayuda económica y el acompañamiento psicológico y terapéutico que tribute al bienestar de las víctimas.

5. CONCLUSIONES

En las decisiones judiciales encontramos una fuente de creación del Derecho y transformación de las relaciones sociales, de ahí la importancia de que se contribuya desde la actividad judicial a abrir nuevos caminos. El estado actual de la violencia de género como un flagelo social no cambiará si repetimos los esquemas jurídicos tradicionales que reproducen la discriminación indirecta a las mujeres y no tienen en cuenta las diferencias de sexo u otras intersecciones diferenciales. Es necesario consecuentemente estimular el pensamiento lateral de los actores judiciales para evitar los sesgos en lo concerniente al acceso a la justicia de las víctimas.

La interpretación dogmática humanista como mecanismo de contención judicial del poder punitivo presenta nuevas posibilidades de actuación desde un enfoque sensible al género en los casos de legítima defensa de mujeres víctimas de VBG e intrafamiliar. En correspondencia, este enfoque es transversal a todo el proceso judicial, si bien el análisis de los requisitos y la valoración de la prueba constituyen aspectos centrales. La aplicación de la perspectiva de género en estos casos, de los que dan cuenta la jurisprudencia de la región, permiten proveer servicios esenciales de calidad a las féminas.

Las transformaciones legislativas que se han venido desarrollando en Cuba ofrecen un marco jurídico favorable para ubicarnos entre los países de la región que aplican la perspectiva de género al análisis de la eximente de legítima defensa. Resulta significativo que el nuevo Código Penal reconozca la indefensión aprendida o síndrome de la mujer maltratada como circunstancia atenuante de la responsabilidad

penal. Aun así, es clave entender que la integración de un enfoque sensible al género es mucho más amplia y encuentra basamentos en nuestra Carta Magna y el Derecho Internacional, a los que deben atenderse decisiones judiciales.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional del Poder Popular. (2019). Constitución de la República de Cuba. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 10 de abril de 2019, edición extraordinaria, año CXVII (5).
- Asamblea Nacional del Poder Popular (2021). Ley 140/2021 «De los Tribunales Populares». *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 7 de diciembre de 2021, edición ordinaria, año CXIX (137).
- Asamblea Nacional del Poder Popular (2022). Ley 152/2022 «Código Penal». *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, 1 de septiembre de 2022, edición ordinaria, año CXX (93).
- Avella, M. R. (2012). Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et vetera*, 21(65), 49-70. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6481679.pdf>
- Buompadre, J. E. (2022). Legítima defensa y violencia de género. *Revista Pensamiento Penal* (ISSN 1853-4554), (214). <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/doctrina89911.pdf>
- Castro, R. (2016). Violencia de género. *Conceptos clave en los estudios de género*, 1, 339-354. <https://debatefeminista.cieg.unam.mx/include/pdf/23violencia-de-genero>
- De La Rosa Rodríguez, P. I. y Sandoval Navarro, V. D. (2016). Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio.

Derecho Penal y Criminología, 37(141). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5961095.pdf>

- Del Río Ayala, A., Spina, M. P. y González Igartúa, M. N. (2016). El derecho a defenderse del femicidio: la legítima defensa en contextos de violencia doméstica. *Papeles: Revista del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, 6(17), 51-82. https://www.researchgate.net/publication/310666047_El_derecho_a_defenderse_del_femicidio_la_legitima_defensa_en_contextos_de_violencia_domestica
- Di Corleto, J. (2006). Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. *Revista de Derecho penal y procesal penal*, 1-17. https://www.academia.edu/15523740/Mujeres_que_matan_Leg%C3%ADtima_defensa_de_las_mujeres_golpeadas
- Di Corleto, J. (2017). Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género. Di Corleto, J. (comp.), *Género y justicia penal*, 409-433. https://www.academia.edu/download/60827663/Igualdad_y_diferencia_en_la_
- Ezurmendia, J., González, M. D. L. A. y Valenzuela, J. (2021). La defensa de género: Algunos problemas probatorios en materia de legítima defensa. *Política criminal*, 16(32), 875-897. <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/12/Vol16N32A14.pdf>
- Fariña, F., Arce, R. y Novo, M. (2002). Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. *Psicothema*, 39-46. <https://reunido.uniovi.es/index.php/PST/article/download/7936/7800>
- Jois, G. U. (2009). Stare decisis is cognitive error. *Brook. L. Rev.*, 75(63). <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=blr>

- Herrera H., Serrano M. F. y Gorra D. G. (2021). Legítima defensa y violencia de género en situaciones no confrontacionales. Un estudio de la doctrina y la jurisprudencia argentina. *Cadernos de Derecho Actual*, (16), 70-99. <https://philarchive.org/archive/HERLDY-3>
- Quiroz Pérez, R. (2007). *Manual de Derecho Penal*. (T 3). Editorial Félix Varela.
- Leonardi, M. C. y Scafati, E. (2019). Legítima defensa en casos de violencia de género. *Intercambios*, (18) <https://revistas.unlp.edu.ar/intercambios/article/download/8072/6992>
- Magliano, M. J. y Ferreccio, N. V. (2017). Interseccionalidades que condenan: gestos coloniales del sistema jurídico en Argentina. *Crítica Penal y Poder*, (13). <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19048>
- Moreno Vargas, J.A. (2021). *Representaciones sociales de la legítima defensa en el marco de la violencia de género desde profesionales de psicología jurídica y derecho penal*. [Tesis de grado, Universidad Antonio Nariño]. <http://repositorio.uan.edu.co/bitstream/123456789/2068/1/2020Jeimmyalexandramorenovargas.pdf>
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los Sesgos Cognitivos en las Decisiones Jurisdiccionales: El Factor Humano - Una Aproximación (The Influence of Cognitive Biases in the Judicial Decisions: The Human Factor-An Approach). *InDret*, 2. https://www.academia.edu/download/50309846/820_es_1.pdf
- Organización de los Estados Americanos. (OEA). (2018). Legítima defensa y violencia contra las mujeres. Washington D. C <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/RecomendacionLegitimaDefensa-ES.pdf>

- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/13.CONVENCION.BELEN%20DO%20PARA.pdf>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2019). *Manual para la Judicatura sobre respuestas eficaces de la Justicia Penal ante la violencia de género contra mujeres y niñas*. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_para_la_judicatura_sobre_respuestas_eficaces_de_la_justicia_penal_ante_la_VGMN_FINAL.pdf
- Organización de Naciones Unidas (ONU) (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286>
- Organización de Naciones Unidas (ONU) (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. https://www.oas.org/dil/esp/convencion_sobre_todas_las_formas_de_discriminacion_contra_la_mujer.pdf
- Organización de Naciones Unidas (ONU Mujeres) (2021). *Módulo 1. Descripción general e introducción. Paquete de servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren violencia. Elementos centrales y directrices relativas a la calidad de la atención*. <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Essential-Services-Package-es.pdf>
- Organización de Naciones Unidas (ONU Mujeres) (2021). *Informe Midiendo la pandemia de sombra. La violencia contra las mujeres durante el Covid-19*. <https://colombia.unwomen.org/es/biblioteca/publicaciones/2021/women-count-midiendo-la-pandemia-de-sombra>

- Organización de Naciones Unidas (ONU Mujeres) (2022). *Asesinato de mujeres y niñas por razones de género. Estimaciones de asesinatos mundiales de mujeres y niñas en el ámbito privado en 2021. Mejorar los datos para mejorar las respuestas*. https://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wpcontent/uploads/2021/02/DATAMATTER5_Femicidio_ESP.pdf
- Páez, A. (2021). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales (Cognitive Bias and the Rational Legitimacy of Judicial Decisions). *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, 187-222. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/d618a545-b57f-4ff0-bd06-3f9311af8026/content>
- Uribarri Lizcano, M. (2021). *Sesgos cognitivos en la toma de decisiones judiciales*. [Tesis de grado en Psicología, Universidad Pontificia Comillas]. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/50950/TFG-Uribarri%20Lizcano%2c%20Marta.pdf>
- Villegas, M. (2021). Mujeres homicidas de sus parejas en contexto de violencia intrafamiliar: Posibilidades de exención de responsabilidad penal en el derecho penal chileno. Antony, C. y Villegas, M. (eds.), *Criminología feminista*, 57-84. https://www.u-cursos.cl/derecho/2021/1/D125A0526/5/material_docente
- Walker Martínez, A. (2021). Violencia de género permanente y legítima defensa: Consideraciones a partir de la sentencia rol 648-2021 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. *Revista de Estudios de la Justicia*, (35), 143-160. <https://auroradechile.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/64502/69661>
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. EDIAR.

Zaffaroni, E. R. (2016). *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*. Instituto de Estudios Investigación Jurídica (INEJ) <http://up-rid2.up.ac.pa:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2091/derecho-penal-humano.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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, 113-139

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i6.740>

Exigibilidad, cumplimiento y justiciabilidad de los derechos sociales en México-2022

Enforceability, compliance and justiciability of social rights in
Mexico-2022

Aplicabilidade, conformidade e justiciabilidade dos direitos sociais
no México-2022

CINTHIA RAMÍREZ IZAZAGA

Universidad Autónoma de Guerrero

(México)

Contacto: 11276757@uagro.mx

<https://orcid.org/0000-0003-1738-850X>

RESUMEN

Los derechos sociales son indispensables para todo ser humano, estos derechos intervienen en las condiciones de vida de las personas y garantizan su dignidad; por ello, la ausencia de estos genera situaciones de vida adversas, que vulneran la dignidad humana. Para que los derechos sociales sean efectivos es necesario contar con la intervención eficaz del Estado, pues es este quien debe proporcionar las herramientas y condiciones óptimas para que todos disfruten de manera plena sus derechos sociales; no obstante, el Estado mexicano no siempre ha brindado la atención debida, lo que genera vulnerabilidad en la vida

de las personas. La importancia de los derechos sociales recae en que son indispensables para asegurar la dignidad humana, por lo cual el actuar del Estado es definitorio para asegurarlos. Por lo expresado en líneas anteriores, es importante analizar la situación de los derechos sociales en México, así como su exigibilidad, cumplimiento y justiciabilidad. Para realizar la presente investigación se empleó el método inductivo; por su finalidad, el trabajo expuesto es de tipo descriptivo, interpretativo y sociojurídico, empleándose las siguientes técnicas: recolección de datos estadísticos, legislación, consulta de libros, revistas y otros. Entre las principales conclusiones se encontró que el actuar del Estado mexicano no satisface de manera oportuna las necesidades sociales de la población.

Palabras clave: derechos sociales; exigibilidad; justiciabilidad; cumplimiento; garantizar.

Términos de indización: derechos sociales y económicos; justicia; aplicación de la ley. (Fuente: Tesouro Unesco)

ABSTRACT

Social rights are essential for every human being, these rights intervene in the living conditions of people and guarantee their dignity; therefore, their absence generates adverse life situations, violating human dignity. In order for social rights to be effective, it is necessary to have the effective intervention of the State, since it is the State that must provide the optimal tools and conditions for everyone to fully enjoy their social rights; however, the Mexican State has not always provided due attention, which generates vulnerability in people's lives. The importance of social rights lies in the fact that they are essential to ensure human dignity; therefore, the action of the State is defining to ensure them. As expressed in previous lines, it is important to analyze the situation of social rights in Mexico; as well as its enforceability,

compliance and justiciability. To carry out the present investigation, the inductive method was used, due to its purpose, the work presented is descriptive, interpretive and socio-legal; using the following techniques: collection of statistical data, legislation, books, magazines and others. Among the main conclusions, it was found that the actions of the Mexican State do not satisfy the social needs of the population in a timely manner.

Key words: social rights; enforceability; justiciability; compliance; guarantee.

Indexing terms: social and economic rights; justice; law enforcement. (Source: Unesco Thesaurus)

RESUMO

Os direitos sociais são indispensáveis para todo ser humano; esses direitos intervêm nas condições de vida das pessoas e garantem sua dignidade; portanto, a ausência desses direitos gera situações de vida adversas que violam a dignidade humana. Para que os direitos sociais sejam efetivos, é necessário contar com a intervenção efetiva do Estado, pois é ele quem deve fornecer as ferramentas e as condições ideais para que todos possam usufruir plenamente de seus direitos sociais; no entanto, o Estado mexicano nem sempre tem prestado a devida atenção, o que gera vulnerabilidade na vida das pessoas. A importância dos direitos sociais reside no fato de que eles são indispensáveis para garantir a dignidade humana, razão pela qual a atuação do Estado é essencial para assegurá-los. Em vista do exposto, é importante analisar a situação dos direitos sociais no México, bem como sua aplicabilidade, cumprimento e justiciabilidade. Para a realização desta pesquisa, foi utilizado o método indutivo; em razão de sua finalidade, o trabalho apresentado é descritivo, interpretativo e sociojurídico, utilizando as seguintes técnicas: coleta de dados estatísticos, legislação, consulta a

livros, periódicos e outros. Entre as principais conclusões, constatou-se que as ações do Estado mexicano não satisfazem as necessidades sociais da população em tempo hábil.

Palavras-chave: direitos sociais; exigibilidade; justiciabilidade; cumprimento; garantia.

Termos de indexação: direitos sociais e econômicos; justiça; aplicação da lei. (Fonte: Unesco Thesaurus)

Recibido: 03/02/2023

Revisado: 17/05/2023

Aceptado: 29/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos sociales tienen diversas definiciones, pero todas coinciden entre sí en considerarlos derechos vitales para asegurar una vida plena y digna. Rodríguez-Arana (2019) los denomina «aquellos derechos fundamentales de titularidad personal que afianzan la realización plena de las personas». Por ello, se necesita la intervención del Estado, quien debe ejercer acciones positivas para subsidiarlos y así brindar una vida digna para todos (p. 161).

Para Arango (2015), los derechos sociales son derechos subjetivos, los cuales de inicio se concibieron como derechos iusnaturalistas, pero actualmente dada sus características pueden entenderse como derechos legales, humanos, morales o inherentes; el autor considera que la concepción de los derechos sociales se determina de acuerdo con los casos aplicados, las interpretaciones jurídicas y doctrinarias, así como las decisiones políticas (p. 1683).

Es importante mencionar que a pesar de que los derechos sociales son fundamentales no siempre el hombre pudo gozar de ellos, pues la historia nos indica que para lograr el reconocimiento de estos derechos fueron necesarias diversas luchas sociales y revoluciones.

En México, el primer acercamiento con los derechos sociales que podemos considerar se da a partir de la Constitución de 1957, en donde a raíz de luchas campesinas se logra el reconocimiento constitucional del derecho a la educación, siendo este el primer derecho social reconocido en nuestra Carta Magna.

Posteriormente, con el triunfo de las luchas revolucionarias y la creación de la Constitución de 1917, se amplían los derechos sociales y el derecho a la educación se convierte en una obligación del Estado; además, se reconocen otros derechos sociales relativos a los derechos de los trabajadores, plasmados en el artículo 123 constitucional.

A partir de la creación de nuestra Ley Suprema vigente nuevos derechos sociales serían reconocidos por medio de diversas reformas a través de los años. En 1999 se reforma el artículo 4° incluyendo así el derecho a un medio ambiente sano; mediante reforma en 2011 se integra en el mismo artículo el derecho a la alimentación; el reconocimiento de los pueblos originarios se da mediante reforma del artículo 2° en el año 2001 (Cámara de Diputados, 2021).

Respecto al Estado y cumplimiento de los derechos sociales en la obra titulada: *Pobreza y derechos sociales en México*, se realiza un análisis alusivo al Estado de los derechos sociales y el nivel de interés que el Estado ha mostrado para llevar a cabo las acciones necesarias que faciliten y afiancen el cumplimiento de estos.

En materia educativa, se apunta que es una obligación reconocida en la Constitución, tratados internacionales y leyes generales; por ello, el Estado es el encargado de facilitar su acceso y proporcionar la infraestructura necesaria. A pesar de lo establecido por las leyes el

Estado no ha eliminado las barreras que limitan e impiden el acceso a la educación, pues el rezago educativo en México y las condiciones de aprendizaje demuestran la falta de actuar (Robles y Vera, 2018, pp. 171-217).

CONEVAL (2019) señala que, en el año 2010, la población sin rezago educativo era equivalente al 79.3 %, para 2018 aumentó a 83.1 %; pese a que el rezago educativo disminuyó los datos también indican que solo el 17.9 % de la población estudiantil de 6° de primaria obtuvieron resultados sobresalientes en lenguaje y comunicación, mientras que en matemáticas se registró una cifra de 23 % de alumnos con resultados satisfactorios durante 2018 (p. 11).

Esto confirma que aunque el rezago educativo disminuya el aprendizaje de los alumnos no es verdaderamente significativo y muy pocos obtienen resultados apropiados.

Acerca del acceso a los servicios de salud, CONEVAL (2019) considera que existen mucho por mejorar, debido a que la calidad, infraestructura y gratuidad del servicio es deficiente. En 2018, 83.8 % de la población no tenía carencia por acceso a los servicios de salud (p.12).

En cuanto al derecho humano al trabajo, siguen existiendo desigualdades entre hombres y mujeres en materia laboral; las más afectadas son las mujeres que se dedican a las labores del hogar no remuneradas, dado que al trabajo doméstico no se le da el valor que tiene, su participación en el campo laboral es inhibida. Otro sector que vive grandes desigualdades en relación con remuneraciones y jornadas laborales es el sector indígena (Pacheco, 2018, pp. 303-340).

Por lo tanto, el derecho a un trabajo digno resulta un derecho insatisfecho, pues hace falta que el Estado preste más atención y brinde mayor protección a los sectores más vulnerables. Recordemos que la

vulnerabilidad del derecho al trabajo repercute inevitablemente en la condición de vida de las personas.

En lo relativo al derecho a una vivienda digna, Guillermo Boils (2018) considera que es necesario tomar en cuenta varios aspectos de la vivienda para poder considerarla digna, entre los más relevantes están los siguientes: a) el tamaño de la vivienda; b) su ubicación; c) los materiales de construcción; y d) la antigüedad o deterioro que la vivienda pudiera tener (p. 403). A estos aspectos considero importante agregar un inciso más: e) el acceso a los servicios básicos.

Según los datos de CONEVAL (2019), durante 2018 un 88.9 % de la población no tenía carencias de calidad y espacio en las viviendas; no obstante, solo el 54.4 % de la población habita en viviendas que cuentan con baño funcional y el 80.2 % de la población tiene acceso a los servicios básicos en su vivienda (p. 15).

Lo anterior apunta que para poder considerar digna y decorosa una vivienda hay que tomar en cuenta diversos aspectos de esta. A pesar de que los datos indican que 88.9 % de la población cuenta con viviendas de calidad, CONEVAL destaca que es indispensable que el Estado garantice la disponibilidad de los servicios básicos, invertir más en infraestructura y cumplir con la accesibilidad y estándares mínimos de calidad.

En atención al derecho humano a la alimentación, de igual manera, se deben analizar varias cuestiones como el acceso, la utilización, el nivel de nutrición que estamos obteniendo y la calidad de estos. Los datos de CONEVAL (2019) arrojan que, durante 2018, 79.6 % de la población no tenía carencias por acceso a la alimentación; sin embargo, en el mismo año se registró que solo 21.1 % de la población consumía frutas y verduras diariamente, y solo el 27.5 % de la población de 20 años o más no tiene obesidad o sobrepeso (p. 14).

Para CONEVAL resulta importante que el Estado asegure el derecho humano a la alimentación; por tal motivo, considera que debe ser prioritario el ejercicio de este derecho. Ante esta situación es fundamental que el Estado implemente medidas que afiancen la accesibilidad económica para poder obtener alimentos y dietas de calidad para toda la población.

En lo tocante al derecho humano a un medio ambiente sano, el no garantizarlo puede repercutir en diversas cuestiones como la salud de las personas, agravar la pobreza, mala calidad de vida, vulnerar los derechos de la naturaleza, entre otros.

Es conveniente precisar que actualmente vivimos una crisis ambiental a nivel mundial. En México, el actual gobierno no respeta los espacios ecológicos protegidos, haciendo caso omiso a nuestra propia Constitución. Un ejemplo de ello es el caso que vivimos con la construcción del Tren Maya; dicha obra pública se contrapone a nuestro derecho a un medio ambiente sano y además violenta los derechos de la naturaleza.

Para lograr la construcción del Tren Maya se están llevando a cabo deforestaciones y se está destruyendo el hábitat de diversas especies animales; por estos motivos se han interpuesto diversos amparos, uno de los más conocidos es el 884/2022, pues gracias a este amparo se concedió la suspensión definitiva del tramo 5 del tren.

A pesar de lo mencionado, el Estado mexicano ha seguido con la construcción del proyecto, argumentando que dicha construcción es una obra de seguridad nacional; bajo este argumento buscan hacer caso omiso a las suspensiones otorgadas mediante el juicio de amparo y seguir con la construcción del Tren Maya, sin importar el impacto ambiental que tendrá dicha construcción.

El caso del Tren Maya es un claro ejemplo de la ineficacia del Estado mexicano para garantizar un medio ambiente sano y lo poco

que le interesa asegurar este derecho social, ya que el actual gobierno antepone sus intereses a nuestros derechos humanos. ¿Cómo podemos proteger nuestros derechos humanos ante un gobierno que no respeta el estado de derecho?

Para finalizar con este apartado, abordaremos la situación del derecho humano al agua en México. De acuerdo con CONEVAL (2019), en 2018, en México solo 53.6 % de la población contaba con suministro de agua diario dentro de su vivienda (p. 15). Es preciso mencionar que diversas zonas de México están viviendo crisis por falta de agua.

En el estado de Monterrey, la crisis se ha vivido de manera más alarmante, pues la falta de agua en las presas y la falta de lluvia ocasionó una situación nunca antes vista. El desabastecimiento de agua ocasionó el cierre de escuelas en estados como Baja California Norte, Tamaulipas y Monterrey por la dificultad de mantener condiciones sanitarias adecuadas.

Datos proporcionados por el INEGI (2019) y CONAGUA apuntan que en 13 estados de la República la disponibilidad de agua es media, con disponibilidad de agua alta se encuentran 9 estados y 10 estados tienen disponibilidad baja (párr. 1-2). Aunque la mayoría de los estados cuenta con disponibilidad de agua, constantemente hace falta en los hogares porque la deficiente infraestructura y administración ha generado que durante años se brinde un servicio de mala calidad.

Para mejorar el acceso al derecho humano al agua hace falta que el Estado mexicano realice una mayor inversión en infraestructura, así como la implementación de medidas y estrategias que afiancen el cuidado y mejor aprovechamiento del agua.

Por los datos analizados en el presente apartado, se puede concluir que el Estado mexicano no ha implementado acciones

eficaces para que las personas gocen de manera plena de sus derechos sociales. Aunado a lo anterior, no podemos dejar de mencionar que los estragos ocasionados a raíz de la llegada del COVID-19 afectaron diversos sectores, pero principalmente de salud, educativos y laborales.

2. ACTUALES RIESGOS SOCIALES

Los riesgos sociales son concebidos desde diferentes acepciones, dependiendo del análisis o perspectiva del autor; por tal motivo, no existe un concepto unánime, incluso lo más común es encontrar la definición de «riesgo social» por separado, es decir, la definición de «riesgo» y la definición de «social».

Carbonell (2014) considera que los riesgos sociales son aquellos que se presentan en nuestra sociedad actual y que no existían en la era premoderna o no eran tomados en cuenta por el ordenamiento jurídico por lo cual las personas estaban desprotegidas ante tales riesgos (p. 8).

Unir las palabras «riesgo» y «social» en una sola definición «riesgo social» evidencia la existencia de un peligro para la sociedad. Estos peligros sociales pueden tener diversa procedencia; por un lado, pueden ser externos (en estos casos, los riesgos se generan por fenómenos naturales externos al hombre) pero, por otro lado, la amenaza también puede ser interna (en cuyo caso los riesgos son creados por la misma sociedad) (Rivas, Iglesias, Conejo y Arias, 2019, p. 522).

Es evidente que el concepto de «riesgo social» es recreado por cada autor en base a su criterio personal, según sus propósitos o finalidades; no obstante, estas definiciones dejan en claro que los riesgos sociales implican dificultades para la sociedad, pues evitan el disfrute pleno de sus derechos.

Dada la finalidad de la investigación y de acuerdo con mi criterio, considero pertinente abordar los riesgos sociales de la siguiente manera: a) seguridad pública, b) economía y c) cambio climático.

a) Seguridad pública: En el noveno párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se puntualiza que la seguridad pública corresponde al Estado, federación, entidades federativas y municipios; por ende, el Estado en todos sus ámbitos de gobierno se debe encargar de salvaguardar la integridad, vida, patrimonio y libertad de las personas, procurando la paz social y el orden público; asimismo, el Estado tiene la obligación de investigar, perseguir, sancionar y prevenir los delitos.

A pesar de lo establecido en nuestra Ley Suprema, en México, el índice delictivo es muy alto; las estadísticas de delincuencia en el país correspondiente al mes de junio de 2022 apuntan a que la tasa de criminalidad de homicidio es de 25.4 %, bajando solo 0.2 % en relación al mes de junio de 2021; el secuestro reporta 0.5 % a nivel nacional (Valle, 2022, párr. 1).

Los números concernientes al delito de extorsión indican un 10.5 %; sobre robo de coche con violencia el índice nacional es de 28.1 % y el robo de autos sin violencia es 49.7 % (Valle, 2022, párr. 2-5). Las tasas de criminalidad son bastante altas; cabe resaltar que los índices delictivos son solo un aproximado por lo que las cifras reales son mayores, puesto que en muchas ocasiones no hay denuncias y, por ende, no existe un registro exacto de los casos.

El *Índice global de crimen organizado 2021* es un estudio en el que se incluyen a todos los Estados miembros de la ONU y mide la criminalidad a nivel nacional, regional y continental, así como la resiliencia de los Estados ante la criminalidad.

Los datos aportados por tal estudio expresan que México, en 2021, se registró un alto índice de criminalidad y una baja resiliencia por parte del Estado; aunado a esto, México aparece como el cuarto país con mayor puntuación de criminalidad a nivel mundial, obteniendo un puntaje de 7.56, solo por debajo de la República Democrática del Congo (7.75), Colombia (7.66) y Myanmar (7.59); la puntuación de criminalidad en México rebasa la puntuación obtenida por países como Irán (7.10), Afganistán (7.08) o Irak (7.05) (Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2021, pp. 38, 96).

Por medio de la *Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana Segundo Trimestre de 2022*, el INEGI (2022) dio a conocer que, en junio de 2022, el 67.4 % de la población mexicana de 18 años y más consideró que es inseguro vivir en su ciudad (p. 2); esta cifra es 0.8 % más alta que la registrada durante junio de 2021, lo que indica que la percepción de inseguridad en la población ha aumentado.

La encuesta también muestra datos de la expectativa de la población en cuanto a la seguridad pública. Apunta a que, en junio de 2022, un 34.6 % de la población consideraba que la inseguridad seguiría igual, mientras que el 63.1 % considera que empeorará la situación. En junio de 2021, la expectativa de que la inseguridad seguiría igual fue de 35 % y el 23.9 % opinaba que empeoraría (INEGI, 2022, p. 7).

Cabe mencionar que, a partir de los primeros días del mes de agosto de 2022, la ola de violencia se incrementó en el país, debido a que el crimen organizado realizó diversos actos violentos como incendiar automóviles, comercios o ejecuciones de civiles inocentes. Esta violencia se presentó principalmente en los estados de Baja California Norte, Chihuahua, Guadalajara, Guanajuato y Guerrero. Los actos violentos, además de sembrar temor en la sociedad, han generado el cierre de comercios y escuelas.

Todos los datos respecto a seguridad pública tanto nacionales como internacionales demuestran que la inseguridad en México es bastante alta y que las medidas adoptadas por el gobierno actual no son efectivas, pues el presidente bajo su discurso de «Abrazos, no balazos» ha creado una política fallida en materia de seguridad pública, lo que repercute en la vida de las personas, ya que se encuentran expuestas a constantes peligros, lo que limita el disfrute pleno de sus derechos humanos.

b) Economía: El factor económico es muy importante, porque define diversos aspectos de nuestra vida como la educación, salud o alimentación; por ello, es importante que se analice como un actual riesgo social, dada la crisis económica que se enfrenta a nivel mundial. En este caso, se examinan los estragos económicos desde tres ámbitos: 1) trabajo, 2) alimentación, 3) salud y 4) educación.

1) *Trabajo*: La llegada de la pandemia COVID-19 trajo consigo consecuencias desfavorables para algunos sectores como el económico, lo que afecta de forma inevitable las condiciones de vida de las personas. De acuerdo con el INEGI (2022), en junio de 2022, la tasa de población sin empleo fue de 3.3 % (p. 1).

Aunque la tasa de desempleo es baja hay que aclarar que los salarios no son suficientes para cubrir las necesidades básicas. CONEVAL (2022) señala que, a nivel nacional, durante el primer trimestre de 2022, el 38.8 % de la población tiene ingresos inferiores al valor monetario de la canasta alimentaria (pobreza laboral) (párr. 37).

Aunado a esto, en junio de 2022, se determinó que 55.8 % del total de la población que trabaja pertenece al sector laboral informal, lo que significa que son personas con trabajo poco estables o vulnerables, que no cuentan con seguridad social u otros servicios (como el sector agropecuario o los micronegocios) (INEGI, 2022, pp. 9-10).

Los datos dejan claro que a pesar de que la mayoría de la población cuenta con empleo, más de una cuarta parte obtiene ingresos inferiores a los necesarios para acceder a los servicios básicos y la gran mayoría de ellos tienen trabajos inestables; por lo tanto, no pueden tener una buena calidad de vida, puesto que las condiciones laborales y el salario determinan el tipo y las condiciones de vida de las personas.

2) *Alimentación*: Para todo ser humano, la alimentación es indispensable y un derecho reconocido en nuestro máximo ordenamiento; pero no basta solo con tener alimento, la dieta alimenticia debe ser variada, nutritiva y de calidad. Por ello, es fundamental contar con economía suficiente para tener una dieta balanceada.

Ante la actual inflación y la crisis laboral, han disminuido los ingresos económicos en muchos hogares mexicanos, lo que implica perjuicios en la calidad, nutrición y variabilidad de la alimentación.

De 2018 a 2020, aumentó en 5.1 millones de personas que tienen imposibilidades para adquirir la canasta alimentaria; en ese mismo periodo, el porcentaje de población con carencias para acceder a una alimentación nutritiva y de calidad aumentó de 22.2 % a 22.5 %; la seguridad alimentaria y dieta diversa en los hogares tuvo una disminución de 56.7 % a 54.8 %; además, la población con ingresos inferiores a la línea de pobreza extrema fue de 14.0 % en 2018 a 17.2 % en 2020, incrementando 3.2 % (INEGI, 2020, párr. 3-5).

Los datos indican que en México una parte considerable de la población no tiene acceso a una dieta balanceada por carencia económica, lo que puede acarrear diversos problemas de salud como desnutrición, anemia, obesidad, entre otros.

3) *Salud*: En México, desde el año 2004, entró en funcionamiento el Seguro Popular; por medio de este sistema, el Estado proporcionaba servicios de salud gratuita a la población que no contaba con ningún

tipo de seguridad social. En 2019, 42.1 % de la población mexicana se encontraba afiliada al Seguro Popular (CONEVAL, 2021b, p. 9).

Bajo el argumento de que el Seguro Popular no cumplía con las necesidades de las personas, pues su cobertura no cubría la atención de algunos padecimientos, el 29 noviembre de 2019 se publica en el Diario Oficial de la Federación un decreto por medio del cual se realizan diversas modificaciones en la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud, se elimina el Seguro Popular y se crea el Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI).

El INSABI comenzaría a operar a partir del 1 de enero de 2020; sin embargo, dicha decisión fue muy criticada, porque esto dejaría sin servicio de salud a gran parte de la población. Esta transición de los servicios de salud se da justamente a la llegada del COVID-19, lo que afectó considerablemente el rendimiento durante la pandemia.

Los registros muestran que en 2018 (cuando el Seguro Popular aún operaba) el 16.2 % de la población no estaba afiliada a ninguna institución de seguridad social, cifra que aumentó en 2020 a 28.2 %. Esto evidencia un retroceso en plena crisis de salud, pues se estima que de 2018 a 2020 la «población sin acceso a servicios de salud aumentó de 20.1 a 35.7 millones de personas» (CONEVAL, 2021b, p. 6).

Los estados con mayor carencia en servicios de salud son Oaxaca (20.7 %), Guerrero (19.7 %) y Chiapas (19.5 %); estos tres estados eran los más beneficiados con el Seguro Popular debido a que de su población 78 %, 76.1 % y 84.3 % estaban afiliados, respectivamente (CONEVAL, 2021a, p. 12).

La crisis en el sistema de salud se reflejó en la falta de planeación, capacitación, escasez de medicamentos y desorganización, por mencionar algunos hechos (Sánchez-Talanquer, González-Pier, Sepúlveda et al., 2021, pp. 96-97); a partir de 2018, se destinó 2.5 % del PIB para el gasto público en salud, este porcentaje se ha mantenido

hasta 2020. Es importante aclarar que, en 2016, el presupuesto destinado fue de 2.7 %, en 2014 de 2.8 % y en 2012 de 2.9% (Méndez, 2020); por ende, a pesar de la crisis no se destinaron fondos suficientes, quedando en regresión en comparación con los años en cuales no había pandemia.

México presentó una de las respuestas fiscales más pequeñas en materia de salud ante la crisis originada por el COVID-19. En una evaluación que incluyó 82 países, México ocupa el sexto lugar dentro de los países que destinaron un menor apoyo fiscal en respuesta a la pandemia; países como Ghana, Honduras o India destinaron mayor apoyo fiscal al servicio de salud durante la pandemia en relación con el apoyo del Estado mexicano (Sánchez-Talanquer et al., 2021, p. 100).

CEPAL asegura que la respuesta fiscal y de protección de México respecto a los servicios de salud es una de las más limitadas a nivel mundial, esto pese a contar con líneas de crédito flexibles y margen de acción (Sánchez-Talanquer et al., 2021, p. 101).

4) *Educación*: A raíz de la pandemia COVID-19, las dificultades para tener acceso a la educación se agravaron; sin embargo, el Estado implementó diversas medidas para tratar de hacer frente a la situación. A pesar de las estrategias implementadas, los estragos a causa de las clases a distancia se verán reflejados en el aprendizaje de los niños; se estima que el rezago educativo será equivalente a dos años de aprendizaje.

Los estados con mayor rezago educativo en 2020 son Chiapas (31.4 %), Guerrero (26.6 %), Oaxaca (26.3 %) y Michoacán (25.5 %); a nivel nacional se registra un 19.2 %. Con relación a los medios de conexión para acceder a las clases a distancia, los estados de Chiapas, Oaxaca y Guerrero son los que cuentan con mayor población sin acceso a la televisión, computador, celular o tablet e internet (CONEVAL, 2021b, p. 51).

Otro punto importante en el tema educativo son las clases dirigidas a las comunidades indígenas, las cuales se implementaron en su mayoría por medio de la radio, porque la mayoría de sus pobladores no cuentan con televisor o aparatos de conexión para acceder a clases en línea, incluso algunas comunidades no cuentan con electricidad; por estos motivos se optó por implementar clases radiofónicas, pero al analizar la disponibilidad de radio en estas comunidades se encontró que solo el 52.5 % de las viviendas cuentan con un receptor (CONEVAL, 2021a, p. 53). Lo anterior muestra que la educación sufre una crisis innegable y es fundamental que el Estado implemente medidas para garantizar de manera efectiva que todos tengan acceso a esta; pero no solo eso, sino que además la educación y el aprendizaje sean de calidad, porque aunque las clases radiofónicas son una buena iniciativa es conveniente cuestionarnos ¿qué tanto conocimiento puede adquirir un alumno mediante clases auditivas?

No olvidemos que los sectores más vulnerables y olvidados son los mayormente afectados, por ende, necesitan especial atención y protección.

c) Cambio climático: El Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC) menciona que dadas las características y localización geográfica México es uno de los países más expuestos ante los efectos del cambio climático (Gobierno de México, 2016, párr. 1). Por tal situación es crucial priorizar estrategias e inversión en materia ecológica para atenuar la situación a la que nos enfrentamos.

Las consecuencias derivadas del cambio climático pueden variar las temperaturas extremas, olas de calor, sequías, lluvias torrenciales, incendios forestales, etc.; todos estos fenómenos pueden tener diversos efectos en distintos sectores como en la producción de alimentos, la pérdida de flora y fauna, enfermedades en la población, entre otras.

Según el INECC, se identifican cuatro amenazas climáticas en México: a) el aumento de la temperatura, b) la disminución de la precipitación, c) el aumento de la precipitación y d) el aumento del nivel del mar (Terrazas, Vermonden, Montes et. al., 2019, p. 23). Hay que precisar que ha sido la actividad humana la que ha ocasionado el cambio climático.

A partir de las cuatro amenazas climáticas se derivan los problemas asociados:

Aumento del nivel del mar: intrusión salina y pérdida de espacio;

Aumento de la precipitación: incremento de deslizamientos, pérdida de suelos e incremento de inundaciones;

Disminución de la precipitación: disminución en la producción, aumento de enfermedades, salinización, incremento de fuegos forestales y disminución de la disponibilidad de agua;

Aumento de la temperatura: aumento de especies invasoras, cambio de zonas climáticas, aumento de enfermedades, disminución en rendimiento, aumento de plagas y disminución de la disponibilidad de agua (Terrazas et al., 2019, p. 25).

Desde 2012, en México, contamos con la Ley General en Cambio climático; a pesar de ello, y como vimos en líneas anteriores, el país enfrenta una crisis alarmante y el Estado opone sus intereses ante el interés, y bienestar social y ecológico; por lo tanto, es de gran importancia poner en práctica medidas de prevención, protección y adecuación a las circunstancias enfrentadas, porque de no ser así la legislación en la materia es solo «letra muerta».

Los actuales riesgos sociales aquí presentados son solo una muestra de lo desprotegida y vulnerable que se encuentra la sociedad

mexicana y del poco interés por parte del Estado para hacer frente a estos riesgos. Es necesario el actuar del Estado para que adecúe la normatividad a la realidad vivida, invierta, promueva, compense y mitigue las situaciones, procurando así el bienestar de los derechos sociales.

3. EL PAPEL DEL ESTADO

Debe ser el Estado el encargado de garantizar el bienestar social y la forma en que desempeñe su actuar será definitorio para determinar la calidad de vida de las personas. Los derechos sociales nacen de luchas sociales, de la necesidad de proteger a los más desprotegidos; la finalidad de los derechos sociales es reducir la brecha de las desigualdades.

Es difícil eliminar la desigualdad social; no obstante, el Estado debe proporcionar todas las herramientas necesarias para que las personas mejoren sus condiciones de vida, lo que afianza la dignidad y el goce pleno de sus derechos.

Carpizo (2021) considera que los derechos sociales persiguen la libertad, igualdad y dignidad humana de las personas, mismas que son parte de una comunidad; algo que es difícil de conseguir sobre todo para los sectores más débiles socialmente. De ahí la importancia de la intervención del Estado para ayudar a la sociedad a superar los impedimentos culturales, sociales y económicos, pues de no ser así los sectores más vulnerables difícilmente tendrán educación, vivienda, alimentación y protección adecuada (p. 7).

Por otro lado, Carbonell (2014), en síntesis, afirma que el Estado social se caracteriza por: a) un pacto social amplio entre el Estado, clase media urbana, trabajadores y empresarios; b) atiende las necesidades, primordialmente de educación, vivienda y salud; c) estabiliza las demandas por medio del consumo gubernamental;

d) procurar la paz social; y e) propicia la economía creciente, continua, equilibrada y sostenible (p. 24).

Tomando en cuenta lo establecido por Carbonell y los datos mencionados en líneas anteriores concernientes al estado de los derechos sociales en México, queda claro que el Estado mexicano no está cumpliendo con su tarea, debido a que no presta atención adecuada a los actuales riesgos sociales en el país.

4. METODOLOGÍA

Por medio del método inductivo se realizó el razonamiento partiendo de la observación de hechos particulares vividos en realidad social; de esta manera, se obtuvieron conclusiones de carácter general.

La presente investigación es de tipo sociojurídica, pues se analiza la realidad vivida por la sociedad y la transformación de esta por medio del derecho; aunado a esto, es aplicada porque crea conocimiento aplicable a los problemas directos enfrentados por la sociedad. El paradigma empleado es el interpretativo, ya que por medio de este se busca comprender a los grupos sociales y la interacción entre los mismos.

5. EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Todo derecho tiene la necesidad de contar con vías procesales que permitan hacerlos exigibles; dichos medios de defensa deben ser idóneos para garantizar la justiciabilidad. El caso concreto de los derechos sociales es tema de debate en cuanto a su exigibilidad, pues anteriormente se tenía la idea de que los derechos sociales estaban regulados por la política pública (las acciones que el gobierno implementara para atender las necesidades sociales).

Sin embargo, esto ha cambiado y hoy en día la exigencia procesal de los derechos sociales es una realidad; no obstante, diversos juristas coinciden en que su justiciabilidad suele resultar un tanto difícil, dada las características de los derechos sociales y los mecanismos procesales con los que se cuenta actualmente.

Carbonell (2014) opina que deben de existir vías alternas a los procesos de los tribunales para hacer exigibles los derechos sociales; por ende, cree que es importante implementar procedimientos judiciales que subsanen su inexistencia (p. 2).

6. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En México, la forma más práctica y efectiva para la justiciabilizar los derechos sociales es el juicio de amparo.

El juicio de amparo puede ser indirecto (procede contra leyes actos u omisiones que vulneren derechos humanos) o directo (procede contra sentencias definitivas y cualquier resolución que ponga fin al juicio). Es un medio de control constitucional fundamentado en los artículos 103 y 107 de la Ley Suprema.

Maclú (2021) puntualiza que la inclusión del interés legítimo en el juicio de amparo generó un cambio paradigmático y fue un parteaguas para justiciabilizar los derechos sociales en México. A partir de la reforma del 6 de junio de 2011, se incluye en el artículo 107 de la Constitución mexicana el interés legítimo individual o colectivo en el juicio de amparo.

7. EL JUICIO DE AMPARO

México cuenta con antecedentes de amparos por medio de los cuales se ha exigido a los gobiernos el abastecimiento de diversos recursos como agua potable, medicinas, drenaje, por mencionar algunos. A raíz

del COVID-19, se presentaron amparos para obtener la vacuna para menores de edad, y algunos para exigir energía eléctrica y poder acceder a las clases a distancia.

Hay que recordar que, debido a la relatividad de las sentencias, el amparo solo protege a aquellos que lo han solicitado; por tal motivo, podríamos considerar que la justiciabilidad de los derechos sociales mediante el juicio de amparo tiene sus restricciones que se contraponen a los principios de los derechos sociales.

García Contreras menciona que para que los derechos sociales puedan ser eficaces mediante el juicio de amparo es fundamental que los juzgadores se familiaricen más con los derechos sociales, sus problemáticas y exigibilidad para que el juzgador actúe con mayor responsabilidad. Además, considera que es importante analizar el funcionamiento de algunas figuras del juicio de amparo y ampliar la visión de las mismas en beneficio a los derechos humanos (García, 2022, párr. 24).

Rodríguez Bribiesca considera que la tesis de la relatividad de las sentencias debería ser eliminada, puesto que esto significaría un avance en favor de los derechos humanos de los gobernados (Rodríguez, 2021, párr. 8).

El juicio de amparo se ha convertido en el recurso más idóneo para la justiciabilidad de los derechos sociales; a pesar de ello, los juristas concuerdan en que algunos de sus principios deben ser adaptados a los principios de los derechos sociales y de esta manera facilitar los procedimientos jurídicos y garantizar la exigibilidad de los mismos.

8. CONCLUSIONES

Los derechos sociales son parte fundamental para el pleno desarrollo de todo ser humano, pues estos están íntimamente ligados a la dignidad de

las personas; al no ser garantizados, se deja en estado de desprotección y vulnerabilidad al individuo.

El Estado tiene la obligación de proporcionar a la sociedad los mecanismos y herramientas necesarias para que los derechos sociales puedan disfrutarse de manera plena, procurando así el bienestar y dignidad de todos y todas. Sin embargo, el destino de los recursos no se distribuye de manera coherente con las necesidades sociales. Además, los derechos de la naturaleza son violentados por el propio Estado mexicano; esto deja en evidencia la falta de interés en la protección y procuración del bienestar y pleno desarrollo de la sociedad.

En México, existen muchas carencias al ser un país de contrastes, las riquezas son concentradas por una minoría de la población, mientras que más de la mitad de las personas viven en situación de pobreza. Por ello, es importante que el Estado mexicano impulse fuentes de empleo e invierta en materia educativa, puesto que la educación ayuda a generar mejores condiciones de vida. Cuando la sociedad cuenta con educación, los índices de violencia disminuyen.

La violencia en el país es alarmante; al ser considerado México el cuarto país con mayores índices de criminalidad, se evidencia la falta de acción por parte del Estado y que las estrategias implementadas no resultaron efectivas. Por todo ello, es sumamente importante implementar una nueva estrategia en materia de seguridad para brindar protección a todas las personas.

Los mecanismos para la protección de los derechos sociales deben adaptarse a la finalidad de estos; al ser el amparo el mecanismo más idóneo, resulta importante adaptar los principios que rigen dicho procedimiento para que en materia de derechos sociales se brinde una protección genérica, debido a que esa es la finalidad que persiguen los derechos sociales. Inclusive, sería de gran avance en materia de

justiciabilidad de los derechos sociales la creación de un mecanismo exclusivo para la defensa y protección de estos, el cual facilite a las personas hacer exigibles estos derechos y que además cuente con todos los principios y directrices que rigen a los derechos sociales.

REFERENCIAS

- Arango, R. (2015). Derechos Sociales. En Fabra, J. y Rodríguez, V. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (1.ª ed., vol. 2, capítulo 47). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>
- Boils, G. (2018). Vivienda, pobreza y derechos sociales. En Hernández, G., Aparicio, R. y Mancini, F. *Pobreza y Derechos Sociales en México* (1.ª ed., pp. 403-435). Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social; UNAM; Instituto de Investigaciones Sociales.
- Cámara de Diputados. (2021). *Reformas Constitucionales por Artículo*. México: 28 de mayo de 2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm
- Carbonell, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. (2014). *Los Derechos Sociales y su Justiciabilidad Directa* (1.ª ed.). Flores.
- Carpizo, J. (2012). El estado de los derechos de la justicia social. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (14), 3-32. doi: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2012.14>
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) (2019). *Sistema de Información de Derechos Sociales (SIDS)*. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. México: 10 de diciembre de 2021. <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/SIDS/Presentaci%C3%B3n%20SIDS.pdf>

- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) (2021a). *De la emergencia a la recuperación de la pandemia por la COVID-19: la política social frente a desastres*. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. México: 7 de enero de 2022. https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Paginas/Politica_social_frente_desastres.aspx
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) (2021b). *Nota técnica sobre la carencia por acceso a los servicios de salud, 2018-2020*. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. México: 5 de agosto de 2021. https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2018_2020/Notas_pobreza_2020/Nota_tecnica_sobre_la_carencia_por_acceso_a_los_servicios_de_salud_2018_2020.pdf
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) (2022). *Medición de la Pobreza*. Información Referente a la Pobreza Laboral al Primer Trimestre de 2022. México: 13 de junio de 2022. https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/ITLP-IS_pobreza_laboral.aspx
- García Contreras, J. (2022). Los derechos sociales en el juicio de amparo. *Hechos y Derechos* (71). https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/17219/17679?utm_source=pocket_mylist
- Global Initiative Against Transnational Organized Crime. (2021). *Índice Global de Crimen Organizado 2021*. Estados Unidos: GI-TOC. <https://ocindex.net/assets/downloads/global-ocindex-report-spanish.pdf>
- Gobierno de México (2016). *Vulnerabilidad actual*. Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático. México: 25 de junio de 2022. <https://www.gob.mx/inecc/acciones-y-programas/vulnerabilidad-al-cambio-climatico-actual>

- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2019). *Cuéntame de México; Agua*. México: 19 de enero de 2022. <https://cuentame.inegi.org.mx/territorio/agua/dispon.aspx?tema=T>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2020). *Medición de la Pobreza*. Resultados de pobreza en México 2020 a nivel nacional y por entidades federativas. México: 25 de enero de 2022. https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_2020.aspx
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2022). *Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana Segundo Trimestre de 2022*. Comunicado de prensa 366/22. México: 19 de julio de 2022. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/ensu/ensu2022_07.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2022). *Indicadores de Ocupación y Empleo*. Comunicado de Prensa n.º 379/22. México: 28 de julio de 2022. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/enoen/enoen2022_07.pdf
- Maclú, L. (2021, 22 de junio). *La justiciabilidad de los DESCA*. [Videoconferencia] Miguel Carbonell. <https://www.youtube.com/watch?v=vhgwBfXORRM>
- Pacheco, E. (2018). Trabajo y pobreza multidimensional. En Hernández, G, Aparicio, R. y Mancini, F. (comp.), *Pobreza y Derechos Sociales en México* (1.ª ed., pp. 303-347). Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social; UNAM; Instituto de Investigaciones Sociales.
- Rivas, A., Iglesias, A., Conejo, N. M. y Arias, J. L. (abril de 2019). Necesidad de conceptualizar el «riesgo social» en el Sistema Educativo. *Revista Prisma Social*, 2(25), 519-536. <https://revistaprismasocial.es/article/view/2991>

- Robles, H. V. y Vera, A. (2018). Incumplimiento del derecho humano a una educación obligatoria de calidad: medición actual y posibilidades de mejora. En Hernández, G, Aparicio, R. y Mancini, F. *Pobreza y Derechos Sociales en México* (1.^a ed., pp. 171-221). Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social; UNAM; Instituto de Investigaciones Sociales.
- Rodríguez, A. (2021). Relatividad de la sentencia en el juicio de amparo en México: un problema a eliminar. *Hechos y Derechos* (66). https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/16472/17144?utm_source=pocket_mylist
- Rodríguez-Arana, J. (2019). Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales. En Márquez, D., *Derecho Administrativo* (1.^a ed., p. 178). El Colegio Nacional: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez-Talanquer, M., González-Pier, E., Sepúlveda, J., Abascal-Miguel, L., Fieldhouse, J., Del Río, C. y Gallalee, S. (2021). *La respuesta de México al Covid-19: Estudio de caso*. Institute for Global Health Sciences.
- Terrazas, D., Vermonden, A., Montes, R. T., Nava, Y. S., López, F., Gress, F., Rojas, M., Linares, M. A., Machorro J. y Enríquez, C. (2019). *Atlas Nacional de Vulnerabilidad al Cambio Climático* (1.^a ed.). INECC.
- Valle Jones, D. (2022). *Reporte de junio 2022 sobre delincuencia en México*. México: 11 de junio 2022: <https://elcri.men/>



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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, 141-174

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i6.735>

Tendencias en los sistemas de justicia juvenil en el Perú – 2010-2022¹

Tendencies in juvenile justice systems
in Peru – 2010-2022

Tendências dos sistemas de justiça juvenil
no Peru – 2010-2022

BRUNO VAN DER MAAT

OPA-Niños Libres

(Lima, Perú)

Contacto: brunovdm@yahoo.com

<https://orcid.org/0000-0003-3680-4257>

RESUMEN

Este artículo busca analizar la evolución en los tres sistemas de justicia juvenil en el Perú en el periodo que se extiende del año 2010 al año 2022. Se estudian las tendencias y las características en los tres sistemas. A su vez se investigan las interrelaciones entre los tres sistemas para presentar una hipótesis general que intenta exponer las razones de

1 Una versión preliminar de esta investigación fue presentada en la semana de Justicia Juvenil (Lima, octubre 2022) y en el IX Encuentro Internacional de los Poderes Judiciales de Perú e Iberoamérica (Tarapoto, noviembre 2022). Una versión final será presentada en la IXth CURE Conference – Nairobi (Kenya, mayo 2023).

la evolución descrita. Se concluye que la implementación de sistemas de justicia juvenil «alternativos» más abiertos no ha logrado disminuir la cantidad de jóvenes en el sistema cerrado. Más bien, su creación ha llevado a atraer a más jóvenes en el sistema de justicia juvenil.

Palabras clave: justicia juvenil; Perú; justicia restaurativa.

Términos de indización: justicia; adolescencia; teoría legal. (Fuente: Tesouro Unesco)

ABSTRACT

This investigation presents the evolution in the three juvenile justice systems that exist in Peru, from 2010 to 2022. The tendencies and characteristics of each system will be examined. As the inter-relationships between the three systems will be analyzed, a general hypothesis will be presented in order to explain the causes of the described tendencies. It will be highlighted that the implementation of «alternative» juvenile justice systems has not resulted in a decrease of juveniles in the closed system, on the contrary, more juveniles have been drained into the three juvenile justice systems.

Key words: Juvenile Justice; Peru; Restorative Justice.

Indexing terms: justice; adolescence; legal theory. (Source: Unesco Thesaurus)

RESUMO

Este artigo procura analisar a evolução dos três sistemas de justiça juvenil no Peru no período de 2010 a 2022. Ele estuda as tendências e as características dos três sistemas. Por sua vez, as inter-relações entre os três sistemas são investigadas a fim de apresentar uma hipótese geral que tenta explicar as razões da evolução descrita. Conclui-se

que a implementação de sistemas de justiça juvenil «alternativos» mais abertos não conseguiu diminuir o número de jovens no sistema fechado. Pelo contrário, sua criação levou a atrair mais jovens para o sistema de justiça juvenil.

Palavras-chave: justiça juvenil; Peru; justiça restaurativa; justiça restaurativa.

Termos de indexação: justiça; adolescência; teoria jurídica. (Fonte: Unesco Thesaurus)

Recibido: 27/01/2023

Revisado: 11/05/2023

Aceptado: 16/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

En la opinión pública, informada por los medios de comunicación social no especializados, se tiene la impresión de que el país está plagado de jóvenes delincuentes, cada vez más avezados y más jóvenes. La respuesta más escuchada frente a esta situación es el aumento de las penas y la reducción de la edad penal para adolescentes. Los responsables políticos siguen esa misma opinión, dado que estas dos respuestas parecen políticamente rentables.

Sin embargo, otras respuestas son no solo posibles, sino son incluso implementadas en el país. No solamente contamos con un sistema de respuesta «dura», que lleva a encerrar jóvenes en conflicto con la ley (JCL), sino que también se viene implementando un Servicio de Orientación al Adolescente (SOA) que trata a los JCL en una modalidad abierta, que no implica encierro. Además, desde

hace más de una década, se viene experimentando con un sistema no judicializado, basado en una concepción de la justicia como proceso de restauración.

Este artículo busca analizar las tendencias en estos tres sistemas de justicia juvenil en el Perú en esta última década. El periodo analizado se extiende del año 2010 al año 2022, tomando en cuenta que en los dos años 2020-2021 se tuvo la particularidad de la pandemia del Covid-19, que afectó la vida social (confinamiento, suspensión de ciertos viajes, limitación de movilidad, etc.). Estas limitaciones hacen que las condiciones sociales vividas en estos años no sean comparables con las condiciones de los años anteriores.

Se presentará la evolución de la atención en los tres sistemas de justicia juvenil, junto con un breve análisis de sus características respectivas. A su vez se tratará de investigar las interrelaciones entre los tres sistemas para presentar una hipótesis general que intentará exponer las razones de la evolución descrita.

Pero antes de iniciar estos análisis, se tratará brevemente un problema metodológico referido a la obtención de datos estadísticos referidos al tema de la justicia juvenil en el Perú.

2. ALGUNAS ANOTACIONES PREVIAS SOBRE LOS PROBLEMAS ESTADÍSTICOS REFERIDOS A LA JUSTICIA JUVENIL EN EL PERÚ

0. Preámbulo

Antes de presentar algunos resultados de la presente investigación, es preciso indicar las limitaciones de esta, resultando de un problema serio en la recopilación de datos estadísticos. En el Perú, no existe un sistema unificado de recojo de datos estadísticos referidos a la situación

de la justicia juvenil. Esta situación dificulta y limita seriamente la posibilidad de investigar y analizar la problemática correspondiente. Presentamos, a continuación, algunos de los problemas más álgidos.

1. Disponibilidad

Muchas estadísticas no están disponibles. Se ha podido acceder a algunas tablas solo luego de haber solicitado los datos a autoridades o funcionarios de las instituciones. Los datos no siempre están disponibles en el formato requerido. Por ejemplo, hay boletines estadísticos que indican el stock del momento, pero obtener el flujo anual usualmente no está previsto. Por otro lado, hay casos en que no hay datos disponibles, sobre todo cuando la responsabilidad institucional pasa de una entidad a otra. Ello resulta en vacíos en las líneas históricas continuas.

2. Accesibilidad

El acceso a los datos no siempre está garantizado. Hay instituciones que dejan de publicar datos después de un cierto lapso. Si uno no los encontró y bajó del internet en su momento, puede ser que desaparezcan para siempre. Además, el acceso muchas veces se vuelve complicado, porque no siempre queda claro cuál es la referencia de la página web donde se exponen.

3. Diversidad en la definición de conceptos

Ocurre que una institución en una línea histórica cambia, en el transcurso del tiempo, la definición del ítem presentado o la modalidad de recojo del dato, lo que afecta la coherencia del dato en el tiempo. Este hecho imposibilita la comparación longitudinal. Por ejemplo, cuando la cantidad de jóvenes detenidos baja en más del 50 % en tres años consecutivos, es probable que el modo de definir

el ítem haya cambiado²; pero, al no indicarse el cambio realizado, el dato se vuelve inútil.

Además, las diferentes instituciones usan conceptos distintos cuando registran sus datos³. Por ejemplo, el INEI usa grupos etarios distintos de la PNP o del Poder Judicial. En este caso de diferencias en los límites etarios en los grupos de edad, se puede recurrir a simulaciones, pero ello resta eficiencia a los resultados obtenidos.

Asimismo, las categorías de tipificación de delitos de la PNP no corresponden con las del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia. En consecuencia, no se puede utilizar los datos de una institución para compararlos con los datos de otra.

4. Incoherencia de datos

No siempre se especifica la fecha del recojo del dato publicado. Se puede indicar el año, pero no se sabe a qué mes corresponde. Ello provoca que a veces se tiene dos datos distintos para un mismo año, incluso de la misma institución. Por otro lado, a veces se confunde a qué tipo de dato se refiere, por ejemplo, se confunde flujo con stock. Se indica que una cifra se refiere al conjunto de jóvenes atendidos en un año, pero comparando con los datos de stock, aparece que el supuesto dato anual de flujo en realidad es el dato de stock de diciembre del año indicado. Otro problema se origina cuando el dato del flujo anual es inferior al dato máximo de stock. Eso indica que el dato del flujo anual

-
- 2 Esta dificultad tampoco es nueva. Se detectó ya hace tiempo. Véase, por ejemplo: «Los datos de la PNP que registran los casos de adolescentes infractores muestran una evolución poco consistente de datos. En momentos las cifras caen drásticamente y en otros momentos aumentan. Tales tendencias pueden entenderse al conocer las limitaciones de la data que registra la PNP». (Secretaría Nacional de la Juventud, 2013, p. 138).
 - 3 Este problema ya lo denunció la Defensoría del Pueblo hace más de una década. «Con relación a las estadísticas que maneja el sector judicial sobre las características jurídicas del adolescente en conflicto con la ley penal (sentenciados, procesados, reincidentes, tipo de infracción, etc.), éstas no resultan confiables al no existir un Registro Nacional del Adolescente Infractor». (Defensoría del Pueblo, 2011, p. 96). Véase también: Defensoría del Pueblo, 2007, p. 156.

es falso, porque la cantidad total de jóvenes atendidos en un año no puede ser inferior a la cantidad de jóvenes que en un mes, dado de ese año, se haya registrado. Además, a veces las sumas no corresponden. Por ejemplo, hay una cifra que representa el total, pero la suma de los datos de cada rubro (por ejemplo, sexo, edad o tipo de delito) es inferior al total, probablemente porque hay un error en la suma o porque hay un rubro de «otros» que no ha sido considerado.

5. Intentos de coordinación

Ha habido varios intentos de coordinación entre las distintas entidades que se ocupan de combatir la delincuencia en el país: INEI, INPE, Minjus, Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, etc., incluso con apoyo de agencias de Naciones Unidas como UNODC o de otros países. Así se realizó la creación del Comité Estadístico Interinstitucional de la Criminalidad (CEIC) en 2013, y se realizaron varias reuniones posteriores con DataCrim. En la Semana de Justicia Juvenil (2022), organizada por el Pronacej, se anunció el cableado de los Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación, junto con las cárceles del país. Esta implementación permitiría el intercambio de información entre el Pronacej y el INPE. Constituye un paso importante, mas no suficiente, en la homogeneización de datos sobre ciudadanos privados de libertad.

Sin embargo, el resultado para un investigador del tema no es concluyente, ya que se sigue con datos incomparables y, por lo tanto, inútiles para la elaboración de series históricas de mediano plazo⁴.

4 La Defensoría anotaba, por ejemplo, en el año 2007: «No existe una articulación funcional entre los registros de información que dispone la administración penitenciaria (INPE) y la Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial para el intercambio y análisis de información sobre los antecedentes de infracciones y la comisión de delitos». (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 157). Cuatro años más tarde seguía constatando que: «En esa misma línea, no se cuenta con información estadística sobre la magnitud de las infracciones penales cometidas por adolescentes (número de infracciones, de denuncias, de procesos, de remisiones aplicadas). La Gerencia de Centros Juveniles solo cuenta con información relacionada a los adolescentes que cumplen medidas socioeducativas». (Defensoría del Pueblo, 2011, p. 96).

Si se quiere establecer una política de lucha contra la criminalidad y las infracciones –tanto de adultos como de jóvenes– la unificación de criterios de recojo de datos es una condición *sine qua non*.

6. Implicancias

Teniendo que lidiar con los problemas expuestos, se entiende que es difícil montar un cálculo exacto que refleje la situación o incluso la evolución del fenómeno de justicia juvenil en el país. Líneas históricas de mediano plazo son imposibles de establecer si faltan datos de un(os) año(s). Tampoco es posible realizar cálculos de índices con datos de varias instituciones, dado que sus ítems se refieren a conceptos distintos.

No es casual que el Comité de los Derechos del Niño haya llamado la atención al respecto. «(E)l Comité sigue preocupado por la falta de datos desagregados para todos los ámbitos que abarca la Convención. El Comité recomienda que el Estado Parte siga revisando y actualizando su sistema de reunión de datos a fin de incluir todos los ámbitos que abarca la Convención». (Comité de los Derechos del Niño, 2000, p. 14). Esta recomendación se reitera en las Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú que emitió el Comité en el año 2016, donde indicó:

el Comité recomienda al Estado parte que siga reforzando su sistema de reunión de datos, particularmente garantizando que los datos abarquen todos los ámbitos de la Convención y estén desglosados por edad, sexo, discapacidad, ubicación geográfica, origen étnico y situación socioeconómica a fin de facilitar el análisis de la situación de todos los niños (Comité de los Derechos del Niño 2016, n.º16).

En esta investigación se ha tratado de solucionar varios de estos problemas realizando simulaciones y estimaciones, pero queda claro

que los resultados terminan siendo muy aproximativos. Lo único que puede salvar este proceso es que por lo menos se logra indicar tendencias, por más que las cifras no siempre sean exactas. Es lo que se ha intentado en este estudio.

Asombra cómo las instituciones pueden planificar su actuar si no disponen de cifras fidedignas. Más aún ¿cómo se puede planificar, monitorear y evaluar una política de Estado con una base estadística tan opaca? ¿Cómo se puede elaborar un Plan Nacional en estas condiciones? Es urgente trabajar este tema a nivel interinstitucional.

3. ALGUNOS APUNTES DEMOGRÁFICOS

Cuando se mira los medios de comunicación social en el Perú (prensa escrita, televisión, redes sociales) da la impresión de que estamos rodeados de jóvenes delincuentes que cotidianamente atentan contra nuestra vida y nuestro patrimonio. Vale la pena mirar de cerca algunas cifras para evaluar si esta impresión es objetiva o solo un constructo producido por cierto segmento de la sociedad.

Se indicó lo complicado que resulta obtener cifras coherentes sobre las y los jóvenes en conflicto con la ley en el Perú. El INEI agrupa la población por segmentos que mezclan los jóvenes con otros grupos etarios (15 a 29 años), las estadísticas de la PNP toman el segmento 0-17 años, el Pronacej publica cifras de 14 a 21 años «o más» (*sic*).

La única pista que tenemos para calcular un segmento poblacional más relevante para nuestro estudio es a partir de las pirámides poblacionales del INEI que muestran datos por grupos de 5 años. El grupo que nos interesa estaría representado por el segmento 15-19 años. En este cálculo hay una omisión y un sobrante para la poblacional juvenil en conflicto con la ley que va de 14 a los 18 años: falta el grupo de 14 años y sobra el de 19 años. Ahora dado que el

grupo de JCL de 14 años es el más reducido, su exclusión no debería variar mucho los resultados finales. Además, el hecho de mantener el mismo límite en todo el periodo da cierta estabilidad en las tendencias calculadas⁵.

En la última década la población del Perú creció con una tasa de alrededor del 1.5 % por año (INEI-UNFPA, 2020, p. 11).

Si miramos el grupo etario de los 15-19 años dentro de la población total, el INEI estimó que viene disminuyendo en el tiempo en términos relativos. Entre 1950 y 2020, pasó a conformar de 10 % de la población total a 7.6 %.

Este fenómeno indica un constante envejecimiento de la población. El INEI indica que, consecuentemente, la edad mediana de la población aumenta constantemente a partir del año 1990. En 1950, la edad mediana a nivel nacional era 19.2 años; en 1970, bajó a 17.6 años; pero, en 1990, subió a 20 años para seguir subiendo: 25.4 años (2010), 30.6 años (2020) con una proyección para el 2030 de 33.8 años (INEI-UNFPA, 2020, p. 14).

Vamos a convivir entonces cada vez con relativamente menos jóvenes.

Si calculamos ahora la tasa de jóvenes en conflicto con la ley (JCL) sobre la población juvenil, podemos notar un crecimiento, ya que pasa de 201 por 100 000 jóvenes en 2010 a 395 por 100 000 jóvenes en 2019 (último año útil para una comparación coherente). Es decir que pasamos de 2 a 4 por mil jóvenes en contacto con la ley.

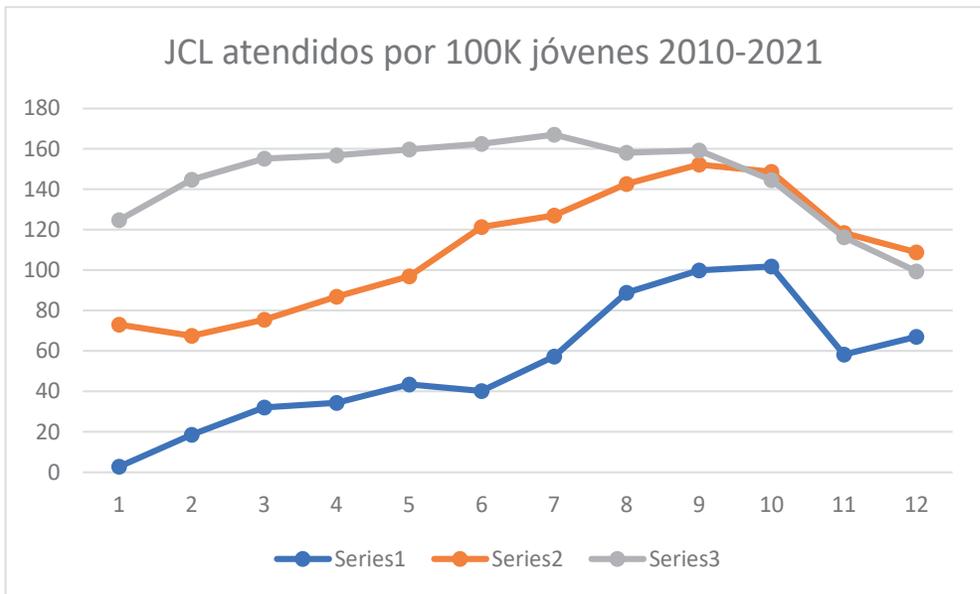
5 Para estimar el grupo de 15 a 19 años en el periodo que nos ocupa, partimos del porcentaje que representaba en la población total según las pirámides poblacionales del INEI (2020) y hemos aplicado este porcentaje a la evolución de la población peruana según los datos anuales que publica el Banco Mundial. Para verificar la solidez de nuestra estimación, hemos comparado nuestro resultado con un dato intermedio del INEI y presentado en un Informe del MINSA para 2022. Nuestra estimación arrojaba 2 551 791, la del Minsa 2 548 344, una diferencia de 3447, equivalente a 1.3 puntos porcentuales, por lo que nuestro cálculo poblacional resulta aceptable.

En términos absolutos estamos hablando de pasar de 5161 JCL en 2011 a 9819 JCL en 2019 sobre una población juvenil que pasa de 2 235 794 a 2 483 799 jóvenes. No olvidemos que los adultos en conflicto con la ley en 2019 se elevaban a 126 064 (INPE, 2019, p. 8), es decir, 16 veces más que los jóvenes. Estas cifras de la cantidad total de JCL (menos de 10 000 sobre una población total de más de 33 millones de habitantes) no justifica un pánico frente a cualquier joven que podamos encontrar en la calle.

Si miramos la tasa de JCL por sistema en el mismo periodo, resulta la siguiente figura:

Figura 1

Tasa por 100 000 de JCL por sistema de justicia juvenil 2010-2021



Fuente: Elaboración propia. Series 1: Justicia Juvenil Restaurativa; Series 2: sistema abierto; Series 3: sistema cerrado.

En conclusión: la tendencia poblacional del grupo de jóvenes de 15 a 19 años es de decrecimiento relativo frente al conjunto de la población que está viviendo un proceso de envejecimiento continuo.

En términos absolutos, los 9819 JCL representaron en 2019 el 0.4 % de la población juvenil y el 0.03 % de la población total (es decir, 3 por cada diez mil habitantes), que no parece estar en condiciones de poner «en jaque» al país, como algunos medios opinan.

4. ANÁLISIS DE ESTADÍSTICAS

Con el fin de evaluar la evolución de los JCL en cada uno de los tres sistemas de justicia juvenil, presentaremos brevemente qué estadísticas hemos logrado utilizar.

1. Denuncias

Es muy común escuchar que la delincuencia está aumentando en el país. Ese discurso se aplica también, sin mayor criterio, a la situación de la delincuencia juvenil. En este caso es preciso diferenciar la percepción de los datos registrados.

- a. El problema se debe –otra vez– a que las estadísticas son difíciles de encontrar o incongruentes entre sí. Así, por ejemplo, las denuncias de infractores juveniles, según los datos proporcionados por la PNP para el periodo 2010-2021, no representan ni el 25 % de los jóvenes denunciados según los datos del Ministerio Público. Otro problema es el que se suscita cuando se cambia el criterio de recojo de datos: la cantidad de jóvenes retenidos por la PNP sorprendentemente bajó de 12 464 en 2015 a 4927 en 2018, y sigue la tendencia a la baja (PNP, 2015-2021). La única explicación razonable se debe a que haya cambiado el criterio de recojo de datos. Pero los informes estadísticos no presentan la metodología usada, así que eso les resta utilidad para el análisis. Por la inexplicable incongruencia detectada, dejaremos de lado las estadísticas de infractores juveniles,

proporcionados por la PNP, y solo utilizaremos los datos de población juvenil denunciada, recogidos y publicados por el Ministerio Público.

- b. No obstante, incluso teniendo una línea histórica coherente de datos estadísticos, surge el problema de la interpretación. Cuando se realizan comparaciones, mucho depende del año base que uno escoge. Veamos este punto con el siguiente ejemplo.

Tabla 1

Total de denuncias por infracción a la ley penal de jóvenes

2010	19 264
2011	13 465
2012	15 707
2013	14 052
2014	14 733
2015	13 557
2016	15 303
2017	17 305
2018	19 896
2019	22 997
2020	13 020
2021	17 751

Fuente: Registro Informático Fiscal del Ministerio Público 2010-2021. Ministerio Público - Línea de Acción Justicia Juvenil Restaurativa (2022)

Si tomamos como referencia las cifras que publica el Ministerio Público y asumimos el año 2011 como año base de comparación, vemos un aumento entre 2011 y 2021, de 13 465 a 17 751 casos, equivalente a un 32 %. El año con mayor cantidad de denuncias en ese periodo fue 2019, en el que se registraron 22 997 denuncias (71 % más que en el 2011). Pero si tomamos como referencia base el año

2010, encontramos la cifra de 19 264 denuncias. Con esta base, las denuncias entre 2010 y 2019 solo subieron 19 %, un poco más que el crecimiento poblacional. Y si comparamos el año 2010 con el 2021, incluso hay una baja en la cantidad de denuncias del 8 %. Este último fenómeno se explica probablemente por el contexto del Covid que limitó de alguna forma el contacto social. Entonces, utilizando las mismas cifras oficiales, se puede indicar que hubo –según los años escogidos– un incremento del 32 %, o del 19 % o, incluso, una disminución del 8 %. No hay ninguna manipulación, porque todos los datos son correctos, solo que cambiando el año base y el año final se puede mostrar una imagen completamente distinta.

Entonces, más que comparar porcentajes, nos parece necesario tratar de detectar tendencias e intentar explicar los fenómenos. El espacio restringido del presente artículo limitará este intento.

A partir de las cifras presentadas es difícil encontrar una tendencia general en el periodo, dado el alza y baja entre cada año. Sí se puede ver una evidente tendencia a la baja del 2010 al 2015, que se invierte luego en un crecimiento acelerado hasta el 2019. Las cifras del 2020 y del 2021 no son representativas, dado que corresponden con el periodo de restricciones sociales debidas a las políticas anti-Covid. El discurso del incremento de la violencia juvenil recién estaría refrendado por estas estadísticas a partir del año 2017. Sin embargo, aun así, hace falta analizar las causas de este incremento. Se tratará este tema en los siguientes párrafos.

2. Los tres sistemas

- a. Antes de 1902, en el Perú no había una institución especializada para acoger a «jóvenes infractores». Los jóvenes en conflicto con la ley eran enviados mayormente

a las cárceles de adultos⁶. Con la creación de la Escuela Correccional de Surco se inicia la construcción del primer centro cerrado para jóvenes. En las décadas siguientes se inaugurarán los 9 otros centros en el país, todos para varones, salvo el Santa Margarita que es exclusivo para las jóvenes en conflicto con la ley. Todos esos centros eran cerrados, es decir que acogían a los y las jóvenes con medida socioeducativa con privación de libertad, aunque valga la salvedad que en varios centros se empezó a manejar también un sistema abierto, bajo la responsabilidad del personal del centro cerrado. Actualmente, el Pronacej cuenta con 9 Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación en el país, de los cuales solo uno acoge a mujeres. También tiene un pabellón en el establecimiento penal de Ancón II, dedicado a JCL.

- b. Con el fin de descongestionar los centros cerrados hacinados se amplió la asistencia en medio abierto. En 1965 se abrió el Centro de Libertad Vigilada. Como ya se indicó, hay que reconocer que también en los centros cerrados había un servicio que se ocupaba del medio abierto. En 1992 se pasa a abrir el primer SOA (Servicio de Orientación al Adolescente) en el Rímac⁷. En el año 2013, se abren dos SOA más (Tumbes y Huaura), seguidos al año siguiente por Cañete, Iquitos e Ica. En el año 2015, se abren 7 SOA más, y así sucesivamente hasta llegar en la actualidad a 25 SOA dispersados en todo el país. La idea original detrás de la creación de los SOA no solo era descongestionar los centros cerrados hacinados, sino también ofrecer un tipo de tratamiento para casos que podían

6 Para una sucinta historia de las instituciones que acogían a los jóvenes en conflicto con la ley, me permito referir a Van der Maat (2007, pp. 148-190).

7 https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/Centros+Juveniles/s_centros_juveniles_nuevo/as_centros_juveniles/as_medio_abierto/as_soa_rimac/as_historia/

prescindir de un internamiento en centro cerrado, atendiendo a jóvenes en conflicto con la ley en un establecimiento más cercano a su casa. Esta descentralización ayudaba además al involucramiento de la familia en el proceso de reeducación. Estos centros ofrecen también la ventaja de que no solo acogen a varones sino también a mujeres. Podemos resumir entonces los argumentos para aumentar los SOA: descongestionar, desinstitucionalizar y descentralizar.

- c. En los inicios del presente siglo, la ONG suiza «Terre des Hommes» con apoyo de la Asociación «Encuentros» inicia la promoción de un sistema de justicia juvenil basado en la restauración. Este sistema de justicia restaurativa evita la judicialización de los casos que se le presentan, mayormente mediante el instrumento legal de la remisión fiscal. Luego de varios años de experimentos en coordinación con el Ministerio Público, este último asume la gestión del programa de Justicia Juvenil Restaurativa en el 2010, contando con más de 15 centros y ampliando anualmente su cobertura. Este sistema permite que las y los jóvenes en conflicto con la ley no ingresen al sistema judicial, y eviten, de esa forma, no solo antecedentes penales, sino el trauma de la institucionalización y de la estigmatización⁸.

En resumen, constatamos que en el Perú existen tres sistemas que responden cada uno –a su manera– a los problemas que ciertos jóvenes pudieran tener con la justicia penal juvenil: un sistema cerrado donde son privados de libertad; un sistema abierto donde se presentan regularmente para tratamiento y seguimiento; y un sistema que se podría llamar «alternativo», en el sentido que no resulta en una medida

8 Sobre el impacto negativo del contacto con la ley para jóvenes, véase, por ejemplo: Bicky Nelson (2016), Boyce et al. (2019) y Godslandy Sonuga-Barke (2020) con el estudio de *The Lancet*, así como el estudio publicado por Naciones Unidas: Nowak (2019).

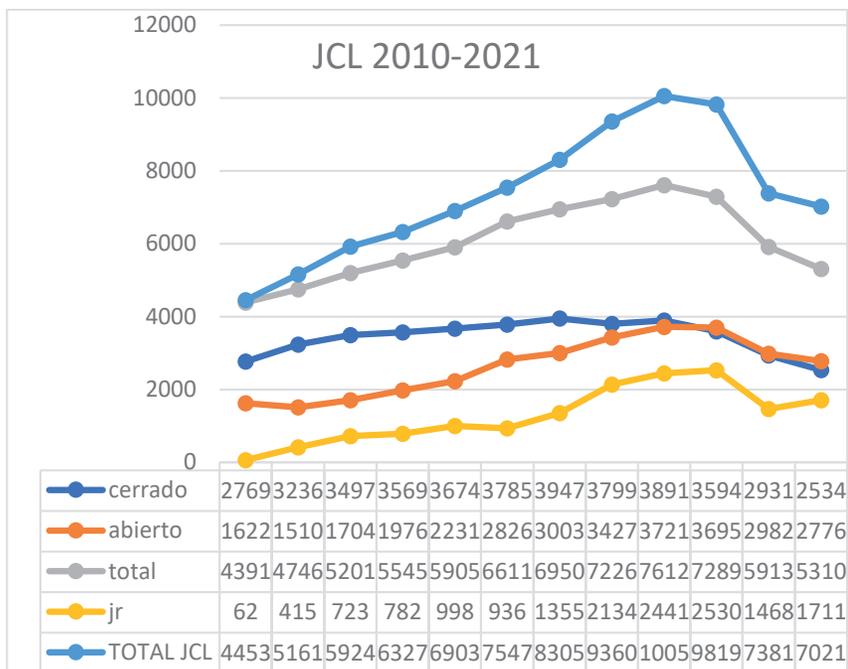
socioeducativa sentenciada por un juez, sino donde un equipo técnico asume el caso y el seguimiento, bajo supervisión de un(a) fiscal. Los tres sistemas tienen su propia lógica e instancias rectoras: los sistemas cerrado y abierto dependen del Programa Nacional de Centros Juveniles (perteneciente ahora al Ministerio de Justicia, después de haber pasado por 7 otras instancias tutelares desde su creación en 1902). Por otro lado, el sistema de justicia juvenil restaurativa depende del Ministerio Público, a través de un Programa especializado que asume esta «línea de acción».

3. Evolución en cada sistema

En la siguiente figura se muestra la cantidad de jóvenes en conflicto con la ley que cada sistema ha atendido en los últimos 12 años.

Figura 2

Cantidad de JCL atendidos en cada sistema 2010-2021



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la Gerencia de Centros juveniles del Poder Judicial, el Pronacej del Ministerio de Justicia y la línea de acción Justicia Juvenil Restaurativa del Ministerio Público.

Podemos comentar brevemente las cifras presentadas. Dejando de lado los años 2020 y 2021 que no son representativos en la línea de las tendencias por las circunstancias excepcionales provocadas por la pandemia del Covid-19, se puede ver una evidente tendencia al incremento constante en los tres sistemas. Si solo consideramos los 10 años que van del año 2010 al año 2019, se nota un incremento de jóvenes atendidos en altísimos porcentajes. En esos 10 años, el sistema cerrado incrementó su atención en 30 %, el sistema abierto en 128 % y el sistema restaurativo en 3981 %. En total, entre los tres sistemas, en el 2019 habían atendido 121 % más jóvenes que en el año 2010.

Ahora bien, es preciso analizar estas cifras para no caer en un catastrofismo populista que deduciría de estos datos que la delincuencia juvenil ha más que duplicado en 10 años.

El incremento en la atención en el sistema abierto responde a la continua apertura de los SOA. A más Servicios de Orientación del Adolescente disponibles, mayor es la capacidad de atención. De la misma forma se explica el incremento de jóvenes acogidos en el sistema de justicia juvenil restaurativa. La paulatina apertura de este servicio en los distritos fiscales del país ha posibilitado el incremento en la atención brindada a jóvenes en conflicto con la ley.

Cruzando algunos datos, se puede observar también que la variación en la cantidad de jóvenes atendidos (en los tres sistemas) no guarda relación con la cantidad de denuncias recibidas por el Ministerio Público (véase tabla 1). Unos ejemplos: en los años 2011, 2013, 2015 se nota una evidente baja en la cantidad de denuncias; pero en los mismos años la cantidad de jóvenes atendidos se incrementa tanto en el sistema cerrado como en el abierto (salvo el año 2011 donde la cifra baja para el sistema abierto, pero en una proporción mucho menor que la del descenso de las denuncias).

Esta constatación indica que la cantidad de denuncias en el Ministerio Público no es un indicador fiable para mostrar la gravedad de las infracciones juveniles. En los 10 años analizados, no parece haber una correlación entre la cantidad de denuncias en el Ministerio Público y la cantidad de jóvenes atendidos en los tres sistemas de justicia juvenil.

4. Características por sistema

Tabla 2

Jóvenes en conflicto con la ley atendidos/as – por año y por sistema 2010-2021

Año	Sistema cerrado	Sistema abierto	Total PJ/ Pronacej	Sistema justicia restaurativa - MP	TOTAL
2010	2769	1622	4391	62	4453
2011	3236	1510	4746	415	5161
2012	3497	1704	5201	723	5924
2013	3569	1976	5545	782	6327
2014	3674	2231	5905	998	6903
2015	3785	2826	6611	936	7547
2016	3947	3003	6950	1355	8305
2017	3799	3427	7226	2134	9360
2018	3891	3721	7612	2441	10 053
2019	3594	3695	7289	2530	9819
2020	2856	2982	5838	1468	7306
2021	2534	2776	5310	1711	7021
2022	2308	2114	4422	s.d.	

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la Gerencia de Centros juveniles del Poder Judicial, el Pronacej del Ministerio de Justicia y la línea de acción Justicia Juvenil Restaurativa del Ministerio Público.

a. Edad y sexo

Si vemos las especificidades de cada sistema en este periodo a partir de los datos disponibles, constatamos que la edad promedio de los JCL en el sistema abierto se eleva muy ligeramente de 18.10 a 18.76 años, mientras la edad promedio en el sistema cerrado es levemente inferior y se mantiene por debajo de los 18 años en el periodo de esta investigación.

Los cambios en la distribución por sexo no son muy relevantes. La proporción de mujeres en el sistema cerrado se mantiene en promedio en 5 %, considerando que solo hay un establecimiento cerrado que recibe a las jóvenes a nivel nacional; mientras que en los SOA la proporción sube de 0.95 % a 9 % en los últimos años, sencillamente porque se abrieron más SOA. Esta tendencia es importante en la explicación de la evolución, como veremos más adelante. En el sistema de justicia juvenil restaurativa, la proporción de mujeres sube constantemente de 18 % (en 2016) a 24 % (en 2019), probablemente por el aumento en la apertura de sedes fiscales donde se abre el programa correspondiente.

b. Tipo de infracciones

Para el tipo de infracciones, solo disponemos de cifras de los últimos 5 años. La mayoría de las proporciones se mantiene estable, salvo algunas excepciones. En el sistema abierto, sube la proporción de violación sexual (a mayores y menores) que pasa de 9.9 % de todos los casos en el SOA (en 2018) a 15.2 % (junio 2022) y los casos de robo que pasan de 0.6 % a 3.2 % en el mismo periodo. Mientras tanto los casos de homicidio se reducen a la mitad, los de hurto agravado y de robo agravado se reducen considerablemente, aunque siguen siendo las infracciones de mayor ocurrencia (14.8 % y 20.8 %, respectivamente).

En el sistema cerrado, los mismos rubros de hurto y robo agravado se reducen (el primero incluso en 40 %), pero suben los casos

de violación sexual de menores (se duplican de 7.5 a 14.5 %), así como los homicidios (tanto simple como calificado) que pasan de 6 % a 8.7 %. Se nota entonces un aumento en la proporción de violación sexual en los dos sistemas (cerrado y abierto), de robo (en el sistema abierto) y de homicidios en el sistema cerrado.

Sin embargo, se trata de proporciones. Si analizamos las cifras absolutas, el total de JCL en ambos sistemas por robo agravado ha bajado. Esto se explica fácilmente por el contexto de las restricciones impuestas por la pandemia. También, explica el aumento en términos porcentuales y absolutos en las infracciones por violación en el sistema abierto. En el sistema cerrado (donde terminan supuestamente los casos más graves), la cantidad por violación en términos absolutos bajó del 2018 al 2021.

En síntesis, se demuestra otra vez la dificultad de distinguir tendencias, en estos casos por la corta duración del periodo (2018 - junio, 2022) y, por otro lado, por un contexto cambiante (restricciones por pandemia).

Desafortunadamente, para el sistema de Justicia Juvenil Restaurativa no se utiliza la misma tabla de distribución de infracciones, lo que hace más complicada la comparación con el sistema judicializado (Poder Judicial, luego Minjus-Pronacej). Sin embargo, en el periodo sobre el cual se tiene detalle de las infracciones en el sistema de justicia juvenil restaurativa, se nota una baja considerable de infracciones contra el patrimonio (baja de 73 % a 57 %, aunque sube en cantidad absoluta de 804 a 1366); también, disminuye la proporción de casos contra la seguridad pública, aunque aumenta la cantidad de casos (de 87 a 119, pasando por un alza de 159 en 2017). Los casos que aumentan fuertemente del 2016 al 2019 son las infracciones contra la vida, el cuerpo y la salud (se quintuplican de 109 a 504), así como los delitos contra la administración pública

que se triplican de 18 a 61 casos), y las faltas (infracciones al código penal) que pasan de 31 a 211 casos, triplicándose proporcionalmente de 3 a 9 %. En el caso del sistema de justicia juvenil restaurativa del Ministerio Público, es preciso tomar en cuenta que el aumento de cifras absolutas se debe también al incremento de sedes fiscales donde funciona esta línea de acción.

En resumen, la infracción más común en el sistema cerrado es el robo agravado (45 %), así como en el sistema abierto (21 %), aunque allí la distribución de infracciones es mucho más dispersa. En el sistema de justicia juvenil restaurativa, la proporción mayor de casos es contra el patrimonio (57 %). Por lo tanto, se puede afirmar que las infracciones que cometen los JCL se encuentran mayormente en el rubro del patrimonio. Sin embargo, según las cifras analizadas del periodo prepandemia, estos rubros no han aumentado en términos absolutos.

5. Evolución entre sistemas

Hemos mencionado el incremento porcentual de JCL atendidos en cada sistema en la última década. Recordemos que entre los años más representativos del 2010 al 2019 (excluyendo los dos años con pandemia), el sistema cerrado aumentó su atención en 30 %, el sistema abierto en 128 % y el sistema restaurativo en 3981 %. En total, los tres sistemas atendieron 121 % más jóvenes en 10 años.

Observemos ahora la relación entre los tres sistemas.

Dentro del sistema que llamaremos «tradicional», es decir, el que depende ahora del Minjus a través del Pronacej, se evidencia una evolución de transferencia del sistema cerrado al sistema abierto.

Tabla 3

Porcentaje de JCL atendidos en el sistema cerrado y abierto sobre el total 2010-2021

	% cerrado PJ-Pronacej	% abierto PJ-Pronacej
2010	63.06	36.94
2011	68.18	31.82
2012	67.24	32.76
2013	64.36	35.64
2014	62.22	37.78
2015	57.25	42.75
2016	56.79	43.21
2017	52.57	47.43
2018	51.12	48.88
2019	49.31	50.69
2020	48.92	51.08
2021	47.72	52.28

Fuente: Elaboración propia

Si en el 2010, la mayoría de JCL en el sistema del entonces Poder Judicial (Gerencia de Centros Juveniles) se encontraba en el sistema cerrado (63 %); diez años más tarde, en el 2019, la mayoría (51 %) se encuentra en el sistema abierto. La transferencia proporcional del sistema cerrado al sistema abierto ha mantenido un flujo constante. Es probable que la apertura de más centros abiertos (SOA) ha vuelto posible esta evolución.

Si se mira el total de JCL en el ámbito cerrado sobre el total de JCL atendidos en el país (sistema cerrado, abierto y restaurativo), la evolución es aún más clara. La proporción de JCL en el sistema cerrado sobre el total de los tres sistemas se redujo del 62 % en el 2010

al 37 % en el 2019. En otras palabras, si en el 2010 casi los dos tercios de JCL terminaban atendidos en el sistema cerrado, en el 2019 solo lo era algo más que un tercio. Una evolución impresionante.

Sin embargo, es probable que la medida de internamiento siga siendo una medida que no es la última ratio, como pide la reglamentación nacional e internacional. En un informe del 2010, se mencionaba que:

A pesar de que la tendencia de aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad ha crecido, es aún insuficiente, pues la Internación sigue siendo la MSE más aplicada. En el Perú hace falta mayor soporte para la aplicación de medidas abiertas, la oferta es insuficiente (Poder Judicial, 2010, p. 48).

Si calculamos la proporción de JCL atendidos en el sistema restaurativo sobre el total, evidenciamos que este grupo pasó del 1 % en el 2010 al 26 % en el 2019.

El aumento de la proporción de JCL atendidos en ambos sistemas abiertos (SOA y sistema restaurativo) guarda relación con el paulatino incremento de centros de acogida de estos dos sistemas a nivel nacional.

Sin embargo, los datos relativos ocultan un fenómeno grave. Si bien la proporción de JCL atendidos en ambos medios abiertos se ha incrementado hasta alcanzar prácticamente dos tercios del total, también hay que constatar que, en términos absolutos, la cantidad de JCL enviados al sistema cerrado se ha incrementado en los 10 años que abarca este estudio de 2769 a 3594. Además, si bien la capacidad de albergue de los centros cerrados (CJDR) se ha incrementado de 1473 (en 2015) a 1665 (en 2020), la atención mensual en medio cerrado nunca ha bajado de 2000 JCL (a excepción de los meses de pandemia),

lo que indica la persistencia del fenómeno de sobrepoblación y hasta de hacinamiento.⁹

Causa atención que la inauguración de los dos sistemas abiertos no haya resultado en la disminución de los JCL en el sistema cerrado, a pesar de que era uno de los objetivos de su instauración. Ello nos lleva a preguntarnos por las implicancias más profundas de estas tendencias.

6. Algunas hipótesis de explicación

A partir de las cifras presentadas, se puede concluir que hay un incremento considerable en la cantidad de JCL atendidos en los tres sistemas en los diez años del 2010 al 2019. Si bien se ha visto un incremento hacia la atención en los dos sistemas abiertos, en términos absolutos, no ha bajado la atención en los centros cerrados. Una interpretación rápida de este fenómeno entendería este incremento como un aumento de la criminalidad juvenil. La conclusión inmediata, a partir de las cifras mostradas, es que la delincuencia juvenil se ha duplicado en una década. Es la conclusión más popular. Pero tal vez esta respuesta fácil y más evidente no resulta tan verídica.

Como hemos visto, la tasa de atención de JCL no se relaciona a la cantidad de denuncias registradas. Entonces, habría que buscar otro indicador. Una hipótesis diferente sería que el incremento de JCL atendidos en la última década responde a una causa más bien institucional. Nos explicamos a continuación.

Es notable que la instauración de sistemas «alternativos» a la privación de libertad, como el sistema abierto (inicialmente enunciado como sistema de libertad vigilada, que luego pasó a formar parte del servicio de orientación al adolescente - SOA) bajo auspicios del Poder

9 No es el lugar aquí para entrar en el tema del hacinamiento. Me permito referir a otro estudio sobre el tema. Véase: Van der Maat, Bruno (2020) y Van der Maat (2023, pp. 9-77).

Judicial, y luego la experiencia de Justicia Juvenil Restaurativa (bajo la dirección del Ministerio Público) nunca llevaron a una disminución de las atenciones en el sistema cerrado.

En efecto, si bien estos dos sistemas alternativos tenían –entre otros objetivos– el desahogamiento del sistema cerrado que sufría un hacinamiento crónico y estructural, el sistema cerrado ha mantenido –e incluso aumentado– su atención a JCL. Paradójicamente, la instauración y el aumento de los SOA nunca ha llevado a una disminución de los JCL atendidos en el sistema cerrado; al contrario, el sistema cerrado ha seguido aumentando su atención. De la misma forma, la instauración de un sistema alternativo de justicia restaurativa no ha logrado disminuir las atenciones en el sistema cerrado ni en el sistema abierto.

Esta situación hace pensar en un comentario de Michel Foucault, cuando –en una conferencia dada el 15 de marzo de 1976 en la Universidad de Montreal sobre «medidas alternativas al encarcelamiento»– indicó que no tenía sentido hablar de medidas alternativas a la cárcel. Estas medidas (como la supresión de ciertos derechos, la libertad vigilada, el arresto domiciliario, etc.), decía Foucault, no son alternativas a la prisión, sino más bien prolongaciones de esta. Son formas de repetición, de difusión, de extensión de la prisión y no formas que la reemplazarían (Foucault, 2021, pp. 20-21).

De la misma forma se podría plantear que la creación de sistemas alternativos en nuestra justicia juvenil (como el sistema abierto o el sistema restaurativo) no son sino extensiones del sistema penal juvenil. Ninguno de los dos sistemas «alternativos» ha logrado el propósito de disminuir la cantidad de JCL reclusos en el sistema cerrado. Se cumple, más bien analógicamente, el antiguo adagio de la justicia penal: «cárcel construida, cárcel llena»¹⁰.

10 El Manual de UNODC recuerda un antiguo adagio sobre las cárceles: «As has been emphasized by many commentators: 'where there are prisons, they will be filled'» [Como varios comentaristas han dicho: «allí donde hay una cárcel, esta se llenará»]. (UNODC, 2013b, p. 162).

Cada vez son más los y las JCL que son absorbidos por el sistema penal juvenil, que sea cerrado, abierto o restaurativo. Cada vez son más los jóvenes que terminan incluidos en el sistema penal¹¹. Tal vez, para ser honestos, habría que reconocer que el sistema restaurativo no introduce a los JCL al ámbito jurisdiccional, sino que los mantiene, de alguna forma, apartado del Poder Judicial, mas no del sistema de justicia.

Sabiendo la influencia nefasta que el temprano contacto de los y las jóvenes con la justicia tiene en su vida posterior¹², es imprescindible reducir este contacto para la mayor cantidad de jóvenes.

Ello implica pensar no tanto en alternativas a la pena, sino en alternativas a la resolución de conflictos. En este sentido, la propuesta de Justicia Juvenil Restaurativa puede resultar en una pista fructífera¹³, pero no es la única.

Que esta opción de buscar alternativas a la resolución de conflictos implique una revolución en nuestro pensamiento tradicional sobre la justicia no tiene duda. La judicialización de la resolución de los conflictos es una tradición medieval occidental, como lo ha demostrado Foucault hace mucho tiempo (Foucault, 1978). Cambiar esa tradición, sin embargo, no implica crear una novedad, sino tal vez volver a descubrir sistemas milenarios de justicia subsidiaria, como el babilónico o el hitita del segundo milenio ante de nuestra era¹⁴.

11 Hace una década el sociólogo del derecho Laurent Mucchielli indicaba que la delincuencia juvenil en Francia se resumía en tres palabras: criminalización, judicialización y gettoización, refiriéndose al aumento de infracciones sancionables, la mayor recuperación judicial de los casos, y la delincuencia de exclusión. La instauración de alternativas a la pena no resultó en una disminución de otras penas, sino solo de archivos del caso. (Mucchielli, 2014, pp. 53-61).

12 Véase, por ejemplo, Bick y Nelson (2016); Boyce et al. (2020); Motz et al. (2019); Nowak (2019).

13 Véase Lima et al. (2020).

14 Me permito referir a Van der Maat (2015b).

5. CONCLUSIONES

Para concluir quisiéramos recordar algunos puntos.

Ante todo, parece indispensable y urgente establecer un sistema de recojo de datos referidos a la justicia juvenil en el país de manera coherente e interinstitucional. No se puede seguir con sistemas estadísticos aislados y basados sobre conceptos incompatibles. Es preciso poder contar con un sistema global, interinstitucional y coherente si se quiere pensar en una reflexión y planificación de una política de seguridad ciudadana desde una perspectiva de la justicia juvenil. Se realizaron los primeros pasos hace más de una década, es tiempo de retomar esos esfuerzos por el bien de los jóvenes y de la sociedad entera.

Es preciso tomar en cuenta la relativa baja de la población juvenil en el conjunto de la población peruana que está en un proceso inexorable de envejecimiento. Cada vez más el peso del grupo de 14-18 años va a disminuir en la población total.

Se ha visto un incremento de JCL atendidos en los tres sistemas de justicia juvenil en el país. Sin embargo, la creación de sistemas más abiertos no ha resultado en la disminución de JCL con medida socioeducativa de privación de libertad. Una evaluación de este fenómeno se impone. Dado el efecto nocivo del encierro e, incluso, del mero contacto con el sistema de justicia, sobre el futuro de la vida de las y los jóvenes, es deseable una evaluación crítica de los resultados que ha arrojado hasta la fecha el sistema cerrado, tanto en cuanto a su costo económico como psicológico, social y de oportunidad.

Es menester promover sistemas de resolución de conflictos que no involucren un paso por el sistema de justicia. La modalidad de justicia juvenil restaurativa parece la mejor pista –aunque seguramente no es la única– para disminuir el número de JCL, cuyos casos son

judicializados con el estigma y el trauma resultante de esta experiencia. Ello implica un esfuerzo del conjunto de todos los actores involucrados en las políticas de acompañamiento de los jóvenes en nuestra sociedad. A su vez, ello implicará un cambio radical en la mentalidad de los responsables, modificando su opción penalizadora en una visión reparadora. Se ha iniciado, aunque sea tímidamente, este nuevo camino. Hacemos votos para que se refuerce la marcha.

REFERENCIAS

- Aguirre, C. (2019). *Donde se amansan los guapos. Las cárceles de Lima 1850-1935*. Fondo Editorial Universidad del Pacífico.
- Banco Mundial (2022). Población total. Data. <http://datos.bancomundial.org/indicadores/sp.pop.totl?end=2021&locations=PE&start=1960&view=chart> 05.07.2022
- Bick, J. y Nelson, Ch. A. (2016). Early Adverse Experiences and the Developing Brain, *Neuropsychopharmacology Reviews*, 41(1), 177-196, doi:10.1038/npp.2015.252
- Boyce, N., Godsland, J. y Sonuga-Barke, E. (2020). Institutionalisation and deinstitutionalisation of children: the Executive Summary from a Lancet Group Commission, *Lancet Child Adolesc Health*. 4(8), 562-563, doi: [https://doi.org/10.1016/S2352-4642\(20\)30089-4](https://doi.org/10.1016/S2352-4642(20)30089-4); [https://doi.org/10.1016/S2352-4642\(20\)30060-2](https://doi.org/10.1016/S2352-4642(20)30060-2); y [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(19\)30399-2](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(19)30399-2).
- Comité de los Derechos del Niño (2016) Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú. Naciones Unidas. CRC/C/PER/CO/4-5 del 2 de marzo 2016.
- Comité de los Derechos del Niño (2000). Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité de los

Derechos del Niño: Perú. Naciones Unidas. CRC/C/15/Add.120 22 de febrero de 2000.

Comité Estadístico Interinstitucional de la criminalidad (2013). *Plan de Trabajo 2013-2014*. CEIC, (1). <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/12/PLAN-DE-TRABAJO-CEIC-05-12-2013ok.pdf>

Defensoría del Pueblo (2007) La situación de los adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad. Lima: Defensoría del Pueblo – Serie Informes Defensoriales – Informe n.º123.

Defensoría del Pueblo (2011). Las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al Estado peruano: un balance de su cumplimiento. Lima: Defensoría del Pueblo – Serie Informes Defensoriales – Informe n.º15.

Defensoría del Pueblo (2011). Las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al Estado peruano: un balance de su cumplimiento. Lima: Defensoría del Pueblo - Serie Informes Defensoriales - Informe n.º 15. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Documento-Defensorial-15.pdf>

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2021). *Niñas, niños y adolescentes en el Perú. Análisis de su situación al 2020. Resumen Ejecutivo*. UNICEF.

Foucault, M. (1995-1978). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.

Foucault, M. (2020). «Alternatives» à la prison. Une entrevue avec Jean-Paul Brodeur. Paris: Éditions divergences / Université de Montréal.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2019). Sistema integrado de estadísticas de la criminalidad y seguridad ciudadana. (diapositivas). <https://www.congreso.gob.pe/Docs/>

DGP/GestionInformacionEstadistica/files/sistema-integrado-de-estad%C3%8Dsticas-de-la-criminalidad-y-seguridad-ciudadana.pdf

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) – Poder Judicial del Perú (2016). *Perú: Primer censo nacional de población juvenil en los centros de diagnóstico y rehabilitación 2016*. INEI. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/censos/cejuv2016/Informe_Final_Juveniles.pdf

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) – Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) (2020). *Estado de la población peruana 2020*. INEI. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1743/Libro.pdf

Jean, A. (2021). *Les algorithmes font-ils la loi?* Éditions de l'Observatoire.

Lima, A. H. M., França, S., Gomes, R. (2020). Modelos de prestação jurisdiccional: a superação do paradigma da punitividade – uma leitura da Justiça Restaurativa a partir de Michel Foucault. *Multitemas*, 25(59), 73-98.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2013a). *La Justicia juvenil en el Perú*. UNODC.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2013b). *Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons*. UNODC.

Poder Judicial (2010). Información estadística de los centros juveniles del año 2009. Lima: Poder Judicial - Gerencia de Centros Juveniles.

Poder Judicial del Perú (2015). Producción y generación de estadísticas de la criminalidad – retos y perspectivas. (diapositivas).

- Poder Judicial (s.d.). *Centros juveniles, historia*. https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/Centros+Juveniles/s_centros_juveniles_nuevo/as_centros_juveniles/as_conocenos/as_historia/
- Poder Judicial (2016). Estadística 1997-2015. Gerencia de Centros Juveniles.
- Policía Nacional del Perú (2021). *Anuario Estadístico (2015-2021)*. www.policia.gob.pe/estadisticas.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013). Informe del registro de información de las unidades estadísticas del Comité Estadístico Interinstitucional de la criminalidad. Documento de trabajo n.º 02.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015-2021). *Anuario estadístico policial*. Policía Nacional del Perú.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016). ¿Cómo son los adolescentes infractores en el Perú? MINJUS-Consejo Nacional de Política Criminal-INDAGA-Observatorio Nacional de Política Criminal.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). *Adolescentes infractores en el Perú*. MINJUS-Consejo Nacional de Política Criminal-INDAGA-Observatorio Nacional de Política Criminal.
- Ministerio Público. Línea de Acción Justicia Juvenil Restaurativa. 05.07.2022 Datos proporcionados por Jesús William Yupanqui.
- Motz, R. T., Barnes, J.C., Caspi, A., Arseneault, L., Cullen, F. T., Houts, R., Wertz, J. y Moffitt, T.E. (2019). Does contact with the justice system deter or promote future delinquency? Results from a longitudinal study of British adolescent twins. *Criminology*, 9. doi: 10.1111/1745-9125.12236.

- Mucchielli, L. (2014). L'évolution de la délinquance des mineurs en France depuis les années 1970. En Mucchielli, L. (Dir.), *La délinquance des jeunes* (pp. 45-62). La documentation française.
- Nowak, M. (2019). United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty. <https://digitallibrary.un.org/record/3813850?ln=en>
- Programa Nacional de Centros Juveniles (PRONACEJ) (2018-2022) Boletín Estadístico. Pronacej – UAPISE http://transparencia.gob.pe/personal/pte_transparencia_personal_genera.aspx?id_entidad=18835&in_anno_consulta=2022&ch_mes_consulta=02&ch_tipo_regimen=0&vc_dni_funcionario=&vc_nombre_funcionario=&ch_tipo_descarga=1
- Secretaría Nacional de la Juventud – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013). *Criminalidad y violencia juvenil en el Perú*. Secretaría Nacional de la Juventud.
- Tello Gilardi, J. y Calderón Puertas, C. (Comp.). (2020). *Mediación y Justicia Juvenil restaurativa*. Poder Judicial.
- Van der Maat, B. (2007). *100 años de tratamiento de jóvenes en conflicto con la ley en Arequipa (Perú)*. 2 tomos. ICCPPC-Observatorio de Prisiones Arequipa.
- Van der Maat, B. (2015a). Fundamentos del paradigma de la Justicia Restaurativa. En *Agua que labra la Piedra. Hacia un camino restaurativo para la justicia juvenil boliviana* (pp. 125-152). Progetto Mondo Mlal, Ministerio de Justicia.
- Van der Maat, B. (2015b) *Ancient Practices for a New Justice*. UCSM.
- Van der Maat, B. (2018). Pensando en una Justicia Intercultural. *Páginas*, (250), pp. 42-50.
- Van der Maat, B. (2019). El derecho a ser escuchado (CDN art. 12) y los modelos de justicia juvenil. En Tello Gilardi, J. y Calderón

Puertas, C. (comp). *Protección y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del niño* (pp. 141-174). Poder Judicial del Perú - Fondo Editorial.

Van der Maat, B. (2020, noviembre). *Indicadores de Hacinamiento Carcelario y Estándares nuevos para el Perú*. Presentado en el IX Congreso Peruano de Derechos Humanos - Lima.

Van der Maat, B. (2023). *Essays on Prison and Justice*. OPA-Niños Libres.

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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, 175-203

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i6.702>

Dime quién eres y te diré qué mereces. La construcción social del sujeto de derecho de mujeres de clase alta y baja a partir del trabajo de sus abogados

Tell me who you are and I'll tell you what you deserve. The social
construction of the subject of law of high- and low-class women
based on the work of their lawyers

Diga-me quem você é e eu lhe direi o que você merece.
A construção social do sujeito de direito das mulheres de classe
alta e baixa por meio do trabalho de seus advogados

WILSON HERNÁNDEZ

GRADE - Grupo de Análisis para el Desarrollo
(Lima, Perú)

Escuela de Altos Estudios de Ciencias Sociales
(París, Francia)

Contacto: whernandez@grade.org.pe

<https://orcid.org/0000-0002-1280-5709>

RESUMEN

Los procesos judiciales de pensión de alimentos son comúnmente reducidos a lo económico, asumiendo que la constitución en sujeto de derecho es automática e independiente de lo extrajurídico. En este artículo, partimos de que dicha construcción está afectada por

estereotipos de género y clase. Nos centramos en cómo los abogados construyen socialmente el sujeto de derecho de mujeres demandantes de pensión de alimentos de clase baja y alta en Lima, Perú, a partir del análisis de expedientes judiciales y entrevistas a jueces, juezas y fiscales. En el trabajo de los abogados, las mujeres pobres son retratadas como resignadas, difuminándolas como sujetos de derecho. Aunque también resignadas, las mujeres de clase alta son resistentes, pues buscan subsistencia y calidad de vida con la pensión. Más allá de automatismos, ser sujeto de derecho es también una construcción social que, alimentada de estereotipos de género y clase, entra en conflicto con su concepción formal.

Palabras clave: abogados; clase social; mujeres; pensión de alimentos.

Términos de indización: profesión jurídica; clase social; mujer; derecho a la alimentación. (Fuente: Tesouro Unesco)

ABSTRACT

Judicial processes for alimony are commonly reduced to the economic, assuming that the constitution as a subject of law is automatic and independent of the extra-legal. In this article, we assume that this construction is affected by gender and class stereotypes. To analyze it, we focus on how lawyers socially construct the legal subject of low- and upper-class women claimants for alimony in Lima, Peru, based on analysis of judicial files and interviews with judges and prosecutors. In the work of lawyers, poor women are portrayed as resigned, blurring them as subjects of law. Although also resigned, upper-class women are resistant as they seek subsistence and quality of life with their pension. Beyond automatism, being a subject of law is also a social construction that, fed by gender and class stereotypes, conflicts with its formal conception.

Key words: lawyers; social class; women; child support.

Indexing terms: legal profession; social class; women; right to food.
(Source: Unesco Thesaurus)

RESUMO

Os processos judiciais de pensão alimentícia são comumente reduzidos ao aspecto econômico, assumindo que a constituição do sujeito de direitos é automática e independente do extrajurídico. Neste artigo, assumimos que essa construção é afetada por estereótipos de gênero e classe. Concentramo-nos em como os advogados constroem socialmente o sujeito jurídico das mulheres de classe baixa e alta que reclamam pensão alimentícia em Lima, Peru, com base na análise de arquivos judiciais e em entrevistas com juízes, desembargadores e promotores. No trabalho dos advogados, as mulheres pobres são retratadas como resignadas, o que as torna indistintas como sujeitos de direitos. Embora também resignadas, as mulheres de classe alta são resistentes, pois buscam subsistência e qualidade de vida com suas aposentadorias. Além dos automatismos, ser sujeito de direito é também uma construção social que, alimentada por estereótipos de gênero e classe, entra em conflito com sua concepção formal.

Palavras-chave: advogados; classe social; mulheres; pensão alimentícia; pensões alimentícias.

Termos de indexação: profissão jurídica; classe social; mulheres; direito à alimentação. (Fonte: Unesco Thesaurus)

Recibido: 06/02/2023

Revisado: 09/05/2023

Aceptado: 22/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: El autor declara no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, uno de los procesos judiciales más frecuentes es el de pensión de alimentos. Se estima que un 57 % de la carga procesal en materia de familia está relacionada a algún proceso relacionado (solicitud de pensión, aumento, disminución, prorrateo, etc.) (Development Impact Evaluation, 2020). Aun cuando son importantes en volumen e implican necesidades de justicia de una proporción importante de personas, los procesos judiciales de pensión de alimentos han recibido poca atención académica. En su composición, la mayoría de las demandantes son mujeres (95 %), de escasa educación (80 % tenía como máximo educación secundaria) y reciben una pensión equivalente a menos de 120 dólares mensuales (Defensoría del Pueblo, 2018).

Las reglas para que juezas y jueces determinen el monto de la pensión son simples, pero no están libres de complejidades mayores. Simplificando la figura, de un lado, una persona debe demostrar necesidades y, del otro, la otra persona debe demostrar capacidad de pago. Ese es el espíritu de las regulaciones en el Código Civil. No obstante, tres estudios recientes para el caso peruano identifican la existencia de sesgos extrajurídicos en la determinación de la pensión y en el trabajo de juezas y jueces. Asmat y Kossuth (2021) muestran que las juezas fijan pensiones más bajas. Desde un ángulo diferente, Hernández (2015) estudia un conjunto de expedientes judiciales de pensión de alimentos y halla que el sentido común y los estereotipos de género y clase –muchas veces entrelazados– son criterios mucho más presentes que los jurídicos al momento de que jueces y juezas determinen la pensión en sus sentencias. Finalmente, Ramírez (2019) realiza un análisis crítico y aterriza en la necesidad de superar el enfoque civilista para recurrir a «las construcciones socio-culturales de género sobre mujeres y hombres con las que el Derecho interactúa y se refuerza» (p. 181). En conjunto, estos estudios sugieren que, más allá

de lo jurídico y legal, existen reglas no escritas que afectan la pensión de alimentos y, en general, la condición de sujeto de derecho como una figura universal y automática. Más allá de estos artículos, no ha habido mayor desarrollo sobre cómo se construye esa figura del sujeto de derecho.

A fin de cubrir ese vacío, el objetivo del artículo es entender el proceso de construcción social de las demandantes como sujeto de derecho a través del trabajo de sus abogados. Geográficamente, nos concentramos en el distrito judicial de Lima, Perú. La hipótesis es que la asignación de la noción del sujeto de derecho no es neutra y depende de cómo los abogados perciben a las mujeres que demandan una pensión, y cómo actúan en concordancia con ello movilizándolo un conjunto de estereotipos de género y de clase.

¿Cómo definir el concepto de sujeto de derecho? Más allá de las concepciones formalistas que presumen una constitución automática del individuo en sujeto de derecho, planteamos una mirada más sociológica que define al sujeto de derecho como el resultado de la movilización individual del Derecho como herramienta de legitimación de sí mismo en lo social (Principio de respeto) y de las modalidades de dar contenido a las relaciones entre los individuos (Araujo, 2009).

Para probar nuestra hipótesis, contrastamos cómo se construyen como sujetos de derecho a dos grupos opuestos: demandantes de clase baja y clase alta. Este trabajo se basa en el análisis de expedientes judiciales de una muestra no representativa de casos interpuestos en distintos distritos de Lima, además de entrevistas a juezas, jueces y abogados¹. No pretendemos generalizar los resultados, pero sí llamar

1 Todos fueron abogados hombres. No se pudo entablar contacto con abogadas que defiendan estos casos, algo que futuros trabajos deberán cubrir para contrastar el trabajo de ellas con el de sus pares hombres al defender casos de pensión de alimentos.

la atención sobre la concurrencia de ciertas formas de representar al sujeto de derecho que se forman en lo social y no en lo formal.

En este artículo hacemos referencia a clase social, en lugar de nivel socioeconómico. Aunque a menudo se utilizan indistintamente, es importante comprender sus diferencias.

La clase social se refiere a la posición relativa de una persona en la estructura social, basada en factores como su ocupación, educación, ingresos, estilo de vida y acceso a recursos. Las clases sociales generalmente se dividen en categorías como baja, media y alta, y se basan en relaciones de poder, prestigio y estatus social. Por otro lado, el nivel socioeconómico se refiere a la posición económica de una persona en términos de ingresos, riqueza y educación. El nivel socioeconómico se basa principalmente en factores económicos y se utiliza para medir la posición económica de una persona dentro de una sociedad determinada.

La diferencia clave entre ambos conceptos radica en su alcance. Mientras que el nivel socioeconómico se centra principalmente en los aspectos económicos, la clase social abarca no solo los aspectos económicos, sino también el estatus social, el prestigio y las relaciones de poder. Todos estos aspectos son recursos que pueden ser aprovechados en el marco de un proceso judicial y que, al mismo tiempo, pueden ser objeto de evaluación por parte de un tercero con miras a tratar en forma diferente a personas de otra clase social.

No descartamos el concepto de nivel socioeconómico. Solo se remarca que usar clase social como eje de estructura de análisis es más pertinente para esta investigación, ya que la clase social es más relevante para analizar las desigualdades sociales y las dinámicas de poder en una sociedad como la peruana.

2. HACIA LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL SUJETO DE DERECHO: GÉNERO Y CLASE ENTRELAZADOS

Czapanskiy (1990), por ejemplo, señala que los sesgos de género en los procesos judiciales provienen de tres fuentes: la conducta durante el mismo proceso, la interpretación del material probatorio y la interpretación legal durante el caso.

El trabajo de los abogados en la administración de justicia ha sido poco analizado en el Perú. Lo poco que existe no aborda temas de pensión de alimentos ni desde el enfoque de género (Pásara, 2005, 2019). Al margen de ello, se rescata del trabajo de Pásara que abogados en Lima de clase alta están más preparados, cobran honorarios más altos y guardan asimetrías de información con sus clientes, lo que dificulta la comprensión del proceso de parte de estos. Aun cuando en ambas clases se les requiere con similar frecuencia, las prácticas de estos profesionales difieren según la clase del cliente (Pásara, 2019).

Sin embargo, este abordaje no desarrolla explícitamente la capacidad de los abogados de trasladar, explícitamente o no, sus estereotipos de clase y género a las demandas, escritos, argumentaciones y estilo de defensa. Sobre el tema, Hernández (2011) analizó un grupo de demandas de pensión de alimentos en Cajamarca y Abancay, y halló que las mujeres demandantes eran representadas en las demandas como personas con roles tradicionales de género y en una frecuente situación de dependencia económica, mientras que en las contestaciones se recurría a descalificar la figura materna de la mujer (menciones al consumo de alcohol, al libertinaje sexual, a la desatención de los hijos, etc.).

En un sentido amplio, según Hammergren (2005), es la sabiduría convencional (de juezas, jueces y abogados) la que orienta no solo el contenido de las reformas en el sistema de justicia sino incluso la lógica de quienes las critican. En forma similar, Castillo (2007) critica que las mujeres hayan tenido poca representación en iniciativas de reforma

de amplia convocatoria como la Comisión Especial de Reforma de la Administración de Justicia (CERIAJUS). Esto explicaría el limitado enfoque de género del Plan de reforma de esta comisión. En un sentido más restringido al proceso judicial, Hernández (2015) ha identificado que un sentido común alimentado por estereotipos de género gobierna buena parte del accionar de juezas y jueces de familia que tramitan casos de pensión de alimentos, empujados por la presión de su carga procesal y por la ausencia de parámetros técnicos para la fijación de las pensiones. Lejos de tachar al sentido común, lo que esto sugiere es que se convierte en problema cuando trae consigo estereotipos que justifican ciertas lógicas productoras de desigualdades.

Parte de las limitaciones en el acceso a la justicia yacen en los estereotipos que socialmente les asignamos a una mujer que busca justicia frente a la de un hombre que hace lo mismo. El estudio de Bhansali (2005) sobre los usuarios del sistema de justicia es un claro ejemplo de ello en tanto sugiere una limitación de la mujer y de su problemática a ciertas áreas. Bhansali concluye que existen diferentes razones en hombres y mujeres para acceder a la justicia. Mientras que los primeros utilizan los juzgados para litigios como contratos, crédito o, en general, asuntos comerciales, las mujeres lo hacen para solucionar conflictos vinculados al cuidado de los hijos y la tenencia, a la violencia doméstica, al divorcio y la pensión de alimentos. Más allá de que porcentualmente existan más mujeres u hombres en ciertos procesos judiciales, esa imagen contribuye a construir una justicia binaria a partir del género, en la que los hombres litigan en asuntos donde el poder está en juego y las mujeres, en forma homogenizante, en asuntos del hogar y la familia. Bajo esta lógica, sin mayor análisis de relaciones de poder, se arriba a una lógica simplista de dominación en la cual no existen más que superdominados y superdominantes (Bereni, 2008).

Adicionalmente, es útil remarcar la limitación de hablar de «la mujer» en lugar de estudiar a «las mujeres». Lo segundo reconoce diversidad y asienta lógicas de análisis interseccionales que dan espacio para el estudio de la influencia de la clase social. El riesgo está en propiciar un sentido aditivo de características interseccionales (Bowleg, 2006). De ahí que el enfoque interseccional sea más útil para el análisis de la construcción social de las mujeres, en plural, como sujetos de derecho. Es decir, en lugar de analizar las relaciones de género de forma independiente de las otras relaciones de poder –la dominación económica, la edad, la opción sexual, etc.–, se debe pasar a un análisis que privilegie «[...] la simultaneidad o la intrincación de las formas de dominación de origen étnico, de grupo social y de sexo» (Bereni, 2008, p. 192) para restituir la experiencia de las mujeres en su integralidad. Mediante esta vía, además, es posible superar determinismos de clase centrados en, por ejemplo, la simple oposición justicia de pobres y justicia de ricos, y nos lleva a comprender que cada mujer está expuesta a distintas vulnerabilidades en función de su género y clase.

Así, género y grupo social forman un grupo consubstancial –no acumulativo– que permite aprehender la interrelación entre el individuo y los sistemas de dominación y, en consecuencia, la lógica de las desigualdades. En términos de Gorelyck (2005), la interseccionalidad permite encuadrar y darles sentido a las interacciones, los procesos que crean las diferencias y la conexión entre estos.

3. METODOLOGÍA

El artículo busca analizar cómo los abogados construyen socialmente la imagen de sus representadas en casos de pensión de alimentos. Para abordar este objetivo, se recurrió a una muestra no representativa de expedientes judiciales interpuestos en el distrito judicial de Lima, además de 20 entrevistas a jueces, juezas y abogados que trabajan en esta

misma circunscripción. Al momento del recojo de esta información, el distrito judicial de Lima estaba compuesto por 74 juzgados de paz letrados para una población de 4.6 millones de habitantes. Las entrevistas abordaron temas como barreras de acceso, perfiles de demandantes y demandados, contenido de las pretensiones, aspectos procesales de estos casos, rol de abogados, entre otros. Las respuestas fueron transcritas y codificadas temáticamente en base a dos niveles de temas en base a su similitud y diferencia intertemática. Algunos extractos de entrevistas fueron codificados en más de un tema, cuando fue pertinente. Algunos ejemplos de temas emergentes fueron: monto, violencia, representaciones de demandantes o demandados, recursos económicos, género, clase social, necesidades, argumentos jurídicos.

Teniendo en cuenta las facilidades de acceso a expedientes judiciales y contactos clave, se identificó un conjunto de juzgados que podían contar con expedientes sea de mujeres de clase baja o alta. Se sistematizó información de expedientes de juzgados de paz letrados de Cercado de Lima, Lince-San Isidro, Surco-San Borja y Barranco-Chorrillos. Adicionalmente, se revisaron los expedientes de pensión de alimentos que llegaron a la clínica jurídica de una universidad privada (Pontificia Universidad Católica del Perú) y fueron asesorados en la vía judicial. En total, se analizaron 35 expedientes, 23 correspondientes a demandantes de clase baja y 12 a demandantes de clase alta. Cada expediente fue seleccionado en función a dos criterios: el año de la sentencia (2008 o 2009) y la existencia de una decisión que reconoce la pensión sea para los niños, la demandante o para ambos. Cuando estos criterios se cumplían, se pasó a verificar si el caso podía ser catalogado como de clase baja (nivel socioeconómico D/E) o alta (A/B), lo que fue aproximado como clase baja y alta, respectivamente. Para definir mejor a ambos grupos, se recurrió a la caracterización socioeconómica que realiza Instituto Apoyo Opinión y Mercado (2010), además de otras variables comunes a cada grupo como el tipo de trabajo, distrito

de residencia, patrimonio, apellidos o nacionalidad. La segunda fuente incluyó entrevistas a siete abogados y trece jueces y juezas (diez de paz letrados y tres de familia). Todo el recojo de información se realizó entre los meses de agosto y octubre del 2010.

Finalmente, es importante comentar la utilidad de un trabajo de campo realizado no recientemente. Debido a que el análisis no se centra en la lógica jurídica, que puede haber variado en el tiempo para cierto subgrupo de casos, sino en cómo se aprehenden las características y estereotipos de las demandantes de parte de los abogados, su utilidad y relevancia es aún pertinente. Además, debido a que usamos una muestra no representativa de expedientes judiciales, se optó por no desarrollar un análisis estadístico para describir a estos casos a fin de evitar el riesgo de producir información no generalizable.

4. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL SUJETO DE DERECHO A TRAVÉS DE LOS ABOGADOS

Los abogados tienen un rol clave en cómo se construye socialmente el sujeto de derecho. Las demandas y los escritos del proceso son relatos contados en primera persona, como si fuera la misma demandante quien se dirigiera al juez (salvo, por supuesto, por la parte de los fundamentos jurídicos). Tal construcción tiene un objetivo preciso: la producción –implícita o no, intencional o no– de un *ethos* estratégico previo a las demandantes. ¿Por qué? Porque la reputación tiene un efecto de anticipación sobre los otros (Rosanvallon, 2006) y puede dotar efectividad y legitimidad al pedido de pensión.

En esa línea, en esta sección se analiza el trabajo de los abogados en los procesos de pensión de alimentos de mujeres de clase baja y alta a partir de tres ejes: lo que una es, lo que se reclama y lo que se busca mostrar. El resumen de este resultado se presenta en la tabla 1.

Tabla 1

La construcción social de las demandantes de clase baja y alta

Ejes de análisis	Mujeres de clase baja	Mujeres de clase alta
Lo que una es	Víctima y resignada en la precariedad	Resignada y resistente en la inestabilidad
Lo que se reclama	Subsistencia	Calidad de vida
Lo que se busca mostrar	Difuminar a la demandante	Exaltar a la demandante
Pensión promedio	532 soles	9575 soles
Duración promedio (primera instancia)	7 meses	11 meses

Fuente: Revisión de expedientes judiciales. Elaboración propia

4.1. Demandante pobre, resignada y precaria, en busca de subsistencia

En general, la imagen de las demandantes pobres de pensión de alimentos en los expedientes estudiados es bastante homogénea, aunque bajo excepciones.

Se las retrata como mujeres pobres resignadas y en condición de precariedad que, con un mínimo de sostén, recurren a la justicia para buscar lo que no pudieron encontrar por medios personales a fin de cubrir las necesidades de su hijo o hija. Para ellas, la demanda no representa tanto el resultado de una activación de derechos. Más que nada, resulta ser la única o última alternativa posible para buscar darle solución a su problema.

De la lectura de los expedientes y de las entrevistas a juezas, jueces y abogados, queda clara la intención de construir una imagen de mujer solitaria que puede hacer poco contra las injusticias producidas por el abandono moral y económico del demandado. Ella es mostrada como una heroína, pero al mismo tiempo como una víctima resignada en busca de subsistencia.

4.1.1. Lo que una es: víctima resignada en la precariedad

La demandante promedio, ama de casa, tiene 33 años y vive en una situación económica precaria. Ante la falta de oportunidades y de recursos, las demandantes pobres son mostradas en las demandas como un sujeto pasivo frente a las adversidades de la vida: ellas son lo que su medio les permite ser y lo que la sociedad les permite llegar a ser. Con un solo niño (86 % de los casos), trabajan en el sector de servicios (peluquera, lavadora, secretaria, etc.) y se ayudan económicamente de parientes y amigos.

La precariedad no está ligada exclusivamente a su situación laboral, sino también el efecto de la ruptura de la relación sentimental con el demandado, tal como se relata en el siguiente extracto.

[...] que, con la finalidad de poder mantenerme en la Capital con mi hijo es que actualmente estoy residiendo en casa de un familiar y laborando en trabajos eventuales, ganando en promedio una suma de S/. 500.00 nuevos soles, suma que no resulta suficiente para afrontar aquello que se entiende como alimentos [...] (Demanda, juzgado de paz letrado de Lince-San Isidro).

Lo vivido en la relación sentimental entre las partes del proceso de pensión de alimentos es una siguiente fuente de la precariedad. El abandono del hogar luego del embarazo, la violencia de pareja o la fórmula «incompatibilidad de caracteres» son menciones recurrentes aun si solamente se presentan a la mitad de las demandas analizadas.

En nuestro matrimonio, he soportado durante muchos años maltratos físicos y psicológicos, lo cual, si bien no es materia del presente proceso, dejo constancia de ello. La Deponente, siempre

se ha dedicado a los quehaceres del hogar y al cuidado de nuestros hijos (Demanda, juzgado de paz letrado de Lince-San Isidro).

De hecho, el trabajo del abogado en la elaboración de la demanda simplifica la historia de vida de su cliente. Por su parte, el hombre es siempre presentado en forma opuesta: fuera del campo de la precariedad. Comúnmente, se menciona que él tiene un buen trabajo y que es propietario de un vehículo que le generaría ingresos. En menos casos, se le sindicaba como violento. La falta de atención económica al hijo sería la consecuencia de su desinterés e indolencia: es una mala persona y, con menor frecuencia, un mal padre.

Cabe precisar que nunca he convivido con el demandado debido principalmente a que siempre se ha caracterizado por ser una persona irresponsable y con debilidad hacia la bebida y los pagos de casinos (tragamonedas, ruleta, cartas, etc.). Eso ha provocado que el demandado gaste su dinero en esos vicios y no cumpla con sus obligaciones de padre (Demanda, juzgado de paz letrado de Chorrillos).

4.1.2. Lo que reclama: la subsistencia

Para la demandante pobre, el sentido de justicia que busca la pensión tiene un objetivo claro: la subsistencia. Dos razones fundamentan esta idea: la presentación de las necesidades de los hijos y la precariedad económica de la demandante.

Desde su nacimiento hasta la fecha no la ha acudido en forma regular en sus alimentos, medicinas, ropas y ahora que es necesario su educación me veo precisada a acudir a su despacho para que fije una pensión superior a los S/. 600 nuevos soles (Demanda, juzgado de paz letrado de Lince-San Isidro).

Esta mujer, resignada y precaria, es raramente destinataria de la pensión reclamada, pues en su mayoría (91 %) se solicita para los hijos e hijas. En promedio, el monto de pensión demandado en los expedientes analizados es de 572 soles y la pensión mínima de 200 soles.

Dado que los hijos e hijas son el centro de las preocupaciones, la solicitud de pensión recoge necesidades evidentes de educación, salud y alimentación. Pero lo que importa es que evocan un estado de necesidad para salir de la precariedad, pues sin la pensión el alimentista corre riesgo, tal como lo expresa la siguiente demanda.

[...] el próximo año ingresará a estudiar educación primaria, por lo que aumentará el presupuesto para su educación (útiles, uniformes, etc.), lo que como madre soltera me es bastante difícil sustentar, como comprenderá señor Magistrado (Demanda, juzgado de paz letrado Lince-San Isidro).

La demandante es presentada como una víctima o heroína resignada. Los juzgados, como figura representante de la justicia «real», remplazan acá a la justicia divina que, en el ámbito de las representaciones sociales de las mujeres de clase baja, aparece como la única opción de sostén de las madres solteras. Evidentemente, la justicia desde el Poder Judicial no aporta ayuda espiritual, y abre un campo de posible resignación donde el caso será resuelto por un juez, una figura todopoderosa sobre la que los abogados solo pueden influir a través de su trabajo.

4.1.3. Lo que se busca mostrar: Difuminar a la demandante

Desde el momento en que el litigio es llevado y reducido a su dimensión financiera (una mujer que necesita una determinada cantidad como pensión y un hombre que puede solventarlo o no), aparece una segunda simplificación: todo lo que no está ligado directamente a las

necesidades y a la noción de subsistencia no es evocado habida cuenta de su débil contribución a la estrategia del abogado.

Tal simplificación crea un vacío de información que es acrecentado por la corta extensión de las demandas de las mujeres pobres (dos a tres páginas) y por el uso extendido de estereotipos en estos documentos. Todo es enmarcado en una lógica económica donde la falta de dinero es la clave de los problemas y donde su solución representa el núcleo del reclamo ante el juzgado.

La fijación sobre lo económico comporta una operación clara: la mujer pobre es escindida en dos. De un lado, está la demandante visible, cuya problemática se limita a la subsistencia de sus hijos. Del otro lado, está la mujer olvidada, disminuida en las demandas, alrededor de la cual se concentra la problemática social: la violencia de pareja, poco evocada en las demandas, no es puesta en relación con la dominación sufrida por la mujer en la relación; el trabajo de la mujer en el hogar, olvidado como contribución de la mujer al hogar, no se recoge como opción sino como obligación; la posibilidad de demandar una pensión para la propia demandante, opción legalmente válida bajo ciertos supuestos, es poco recurrida; etc.

Paradójicamente, aun cuando la imagen de la mujer se vea disminuida en las demandas analizadas, ello no impide a sus abogados reclamar los derechos de sus clientes. Lo que sucede es que la demandante no es borrada sino difuminada. Sus derechos no son negados, pero una parte de estos son puestos en un estado de olvido e indiferencia.

4.1.4. Lo que pone en riesgo la imagen: Confrontaciones de baja intensidad

Dentro de la construcción social del sujeto de derecho, la confrontación se convierte en una herramienta que pone en riesgo la imagen que cada parte busca construir de sí misma y del otro. En las clases bajas,

la confrontación es poco común, pues la mayoría de los demandados no contestan la demanda (57 %) ni refutan cada argumento de la demandante.

La limitada confrontación que existe en este grupo toma formas diversas. Casi siempre sin pruebas, algunos exageran los hechos, desacreditan o desmienten. Las provocaciones o los ataques no son directos. Se les da forma de un relato bastante creíble y detallado que hace alusión a temas de importancia para el proceso, como la capacidad del demandado para solventar la pensión, el recorte de la suma que este le pagaba a ella antes del proceso judicial, los problemas de pareja cuando ambas partes aún estaban juntas, etc.

La confrontación en el proceso judicial toma un sentido bidireccional recién cuando el demandado contesta la demanda. Cada afirmación de la demandante va a ser refutada, especialmente si se trata de un asunto que concierne a lo económico. Cuando, por ejemplo, en la demanda se mencionó que el demandado ganaba determinada cantidad, en la contestación ese dato será desmentido. Si se le atribuye la propiedad de bienes al demandado, él lo negará. Frente al monto de pensión requerida como petitorio, el demandado señalará que se trata de una exageración.

Señor Juez, quiero expresar mi extrañeza en cuanto al actuar por la demandada, pues pretende hacerme ver como un padre irresponsable, hecho que no se asemeja a la realidad, en el sentido, que desde la etapa del embarazo siempre me he preocupado por el bienestar de mi hija como el de la demandada (Contestación, juzgado de paz letrado de Lince-San Isidro).

Es falso [...] que tenga un trabajo remunerado como profesor, así como es falso que este percibiendo ingresos económicos por agricultura y ganadería por trabajar con su

padre pues [...] es estudiante [...] de Historia (Contestación, juzgado de paz letrado de Lince-San Isidro).

Cierto o no, la confrontación parece espontánea, pero dura poco. La demandante no responde a los descargos ni a las nuevas afirmaciones del demandado incluso si estas dañan su imagen o son, a todas luces, provocadoras. Responder, obligatoriamente a través de un abogado, cuesta y eso es algo que la demandante pobre no se puede permitir.

Es bastante difícil determinar con precisión la situación financiera real de las partes. Es probable que tanto la demandante como el demandado exageren o mientan sobre su situación económica y que en ello los abogados tengan buena parte de la responsabilidad. De un lado, los abogados entrevistados reconocieron que, como parte de las estrategias de litigio, se sobreestima el monto de pensión solicitado. Del otro lado, es inevitable que algunos demandados intenten ocultar sus verdaderos ingresos y exageren su grado de pobreza y las dificultades económicas que enfrentan.

4.2. Demandante rica, resignada y resistente, en busca de calidad de vida

La demandante de clase alta es resignada, pero al mismo tiempo resistente. El recurso a la justicia, tal como lo es también para las mujeres pobres, está motivado por la inestabilidad causada por el alejamiento de la expareja. Pero en la clase alta, se le da un sentido distinto íntimamente vinculado a la posición social de las demandantes: preservar la calidad de vida de los hijos e hijas, y alejarse del riesgo de la movilidad social hacia abajo.

4.2.1. Lo que una es: resignada y resistente en la incertidumbre

Las demandantes ricas tienen en promedio 39 años. En su mayoría, son amas de casa con uno (58 %) o dos hijos (42 %). No trabajan, aspecto

que es comúnmente señalado en las demandas como una exigencia del hombre al momento de iniciar la vida en pareja. Las infidelidades del hombre son frecuentemente evocadas al igual que la reacción de estas mujeres: aguantarlas por la unión familiar.

Al igual que las demandantes de clase baja, la imagen de la demandante de clase alta es tradicional en los roles de género. No obstante, existen grandes diferencias. La mujer rica no cede ante las consecuencias del abandono económico del hombre. Por el contrario, ella resiste, denuncia y accede a la justicia.

El que una mujer de clase acomodada recurra a un juzgado se debe también a que, luego de la separación, esta sale del marco de estabilidad que le proporcionaba la posición social de su expareja. De ahí que con la demanda judicial se busque paliar tales riesgos y dificultades tratando de conservar el ritmo de vida anterior, insertarse en el mercado de trabajo para cubrir los menores recursos, verse obligada a mudarse a un espacio más pequeño, etc.

Las necesidades de mis hijas son diversas, siendo que ambas duermen en un mismo cuarto, el cual es bastante pequeño, duermen en un camarote que fue adquirido por los abuelos maternos, solamente tienen un closet pequeño que no alcanza para mis dos hijas, no cuentan con escritorio, librero donde colocar sus libros y cuadernos (Demanda, juzgado de paz letrado de Surco-San Borja).

En las demandas, luego de las referencias a la incertitud de la situación de la mujer, se describe al hombre ubicándolo en una posición opuesta a la de ella y muy centrada en lo económico. Se describe su puesto de trabajo (alto ejecutivo o empresario), sus ingresos (altos salarios, más primas, propiedades o fuentes de ingreso adicionales) y

su estilo de vida (viajes, membresía de clubes, gastos suntuosos, etc.), para señalar su holgada posición económica.

[El demandado] se da la gran vida, es una persona que le gusta ostentar lo que tiene, gastar el dinero en cosas banales e innecesarias sin tener en cuenta que la prioridad son sus hijos, que necesitan de su apoyo moral y económico (Demanda, juzgado de paz letrado de Surco-San Borja).

En otras palabras, lo que denuncian las demandas es que los demandados, a diferencia de quien demanda, mantienen su nivel de vida aun cuando disminuyan o dejen de pasar dinero por la manutención de los hijos o de la mujer. Por esta razón, la crítica se dirige a cuestionar la responsabilidad parental y el abandono económico de la familia.

4.2.2. Lo que se reclama: la calidad de vida

La noción de necesidades, movilizada por la mujer de clase alta, se forma a partir de lo que ella es y consume, y de lo que su medio social determina como estándar de vida. Bajo esta concepción, la noción de necesidades va más allá de lo que se podría considerar como las necesidades básicas tradicionales de los hijos e hijas (educación, salud, alimentación, etc.), para incluir otras necesidades, como desarrollo infantil temprano, actividades académicas complementarias, actividades deportivas y de ocio, y actividades dirigidas a conservar el estilo de vida.

[...] mi hijo tiene el derecho a acudir a un CENTRO DE EDUCACIÓN EN ESTIMULACIÓN TEMPRANA y posteriormente a un COLEGIO de igual nivel académico y prestigio del cual gozan sus hermanos [...] (Apelación de la demandante, juzgado de paz letrado de Lince-San Isidro).

En el contexto de una familia de clase alta, la traducción de estas necesidades se materializa en la solicitud de una pensión elevada. En promedio, las pensiones demandadas por estas mujeres equivalió a 9575 soles (aproximadamente 2500 dólares). En la mitad de los casos, la pensión se solicitó como monto fijo y en el resto como proporción de los ingresos del demandado (descuento directo), ya que ellos suelen tener trabajos formales.

En estos casos, el énfasis en el perjuicio creado por la inestabilidad económica, producto de la ruptura de la relación y del menor sostén económico del demandado, está puesto sobre el hijo o hija. Es por ello que, en dos terceras partes de los casos identificados, la pensión es solicitada únicamente para estos.

En suma, la disminución del nivel de vida es tan importante en la clase alta porque se percibe tanto como una insuficiencia de recursos económicos como un riesgo de movilidad social hacia abajo en la escala económica y de pérdida de prestigio.

4.2.3. Lo que se busca mostrar: Exaltar a la mujer

La mayor parte de las demandantes de clase alta tuvieron únicamente un abogado durante todo el proceso. En general, la participación de estos suele ser bastante activa a lo largo del proceso. Siguen el caso y presentan una serie de recursos, alegatos y escritos (58 % demanda una pensión anticipada, 75 % participa en la audiencia). Pero su dinámica contribuye a recargar el proceso y el trabajo del juez y, en consecuencia, dilata del caso. La duración promedio de un proceso es de 11 meses (primera instancia) para este grupo de demandantes y 7 meses en el caso de las demandantes pobres.

Existe una segunda diferencia entre los abogados de mujeres pobres y ricas. Mientras que los abogados de las mujeres pobres las difuminan en sus escritos, los abogados de las mujeres ricas optan por lo opuesto: las exaltan. Les dan un espacio central a la mujer y a la

descripción de los problemas que tuvo con el demandado durante la relación e incluso durante el mismo proceso judicial, muchas veces asumiendo roles tradicionales de género. Es más, es esta una de las principales razones por la cual las demandas superan las veinte o treinta páginas frente a las dos o tres en los casos de demandantes pobres.

Lo peor de una relación es si una de las partes piensa que se casa para dominar a la otra y porque se miente o se cree «superior», manipulando o imponiendo sus «reglas», la consecuencia será que la relación jamás se desarrollará; esto fue lo que justamente el demandado hizo con nuestra relación una vez que volvió a ser contratado: pretender imponer sus reglas, manipularme, mandarme, desatender a nuestros hijos y hacer una vida por su lado (Demanda, juzgado de paz letrado de Surco-San Borja).

Según los magistrados entrevistados, la estrategia de otorgar un sitio central a la mujer en las demandas no está justificada en una mejor defensa. Para ellos, es solo una forma para que los abogados justifiquen sus elevados honorarios. Creemos que esto solo explica en parte la estrategia de litigio y, sobre todo, sirve para evitar dos trampas del proceso: la reducción de la demanda a un asunto económico y la imputación rápida del estereotipo de mujer aprovechadora que pesa potencialmente sobre su cliente de clase alta.

4.2.4. Lo que pone en riesgo la imagen: Confrontarse al demandado

La intensidad de la confrontación, a través de los escritos de una parte y de la otra, es mucho más fuerte en la clase alta, lo que influencia en cómo se va construyendo socialmente a la mujer rica como sujeto de derecho. El capital económico y el capital simbólico devienen centrales. Cada parte desmiente lo que la otra acaba de afirmar, sea que se trate de una cuestión de ingresos, de bienes, de gastos legítimos o de prestigio.

En la clase alta, la confrontación se inicia previa al proceso judicial. Se inicia con las cartas notariales que, en tono conciliatorio o informativo y poco adversarial, giran alrededor de temas sentimentales y financieros concernientes al cuidado de los hijos en común.

En el proceso judicial, el mal padre no es solo el que no da dinero para sus hijos e hijas, sino aquel que, a pesar de su nivel de vida, desperdicia el dinero sin criterio. Es común que esta conducta sea imputada en las demandas y en los alegatos a eventos colaterales o conductas específicas que, con aparente resentimiento de parte de la demandante, buscan a cuestionar la responsabilidad del demandado: amor loco, problemas mentales, insensibilidad, etc.

El hecho que usted haya perdido la cabeza o esté muy enamorado de la jovencita con la que tiene una relación extramatrimonial no le da derecho a desatender económicamente a mí que aún soy su cónyuge (Alegato de la demandante, juzgado de paz letrado de Surco-San Borja).

Desde el lado del demandado, los actos de confrontación retoman elementos de imagen, poder y dinero. El monto de pensión es calificado rápidamente como excesivo para, a continuación, cuestionar la conservación del nivel de vida, base de las reclamaciones de la demandante. En consecuencia, si la mujer reclama una pensión sobrevaluada, sea para ella misma o para sus hijos, su demanda tiende a ser calificada de desnaturalizada y su imagen deviene deslegitimada.

La *ratio legis* de la pensión alimentaria es solventar gastos indispensables del alimentista en condiciones de subsistencia normales. No existe, por tanto, obligación legal de solventar gastos superfluos, innecesarios, inadecuados, excesivos o ajenos a las necesidades básicas. En consecuencia, la pensión alimentaria

[...] tampoco es una suerte de mecanismo de enriquecimiento ni del alimentista ni de sus familiares (en este caso la madre) (Contestación, juzgado de paz letrado de Lince-San Isidro).

Sobre la pretensión de la actora de hacerse cargo con un pago mensual de 10 mil nuevos soles debo mencionar que es absurda y desproporcionada, ya que, bajo ningún contexto real, en nuestro país, se puede concebir que una niña saludable y dentro de un marco de desarrollo físico, psicológico y emocional NORMAL pueda requerir para su manutención la desproporcionada cantidad pretendida por la actora mensualmente. Si ahora que nuestra niña tiene dos años y nueve meses la demandante solicita una pensión de alimentos de DIEZ MIL NUEVOS SOLES ¿Cuánto pretenderá la demandante solicitar cuando nuestra hija cumpla 14 o 15 años? Me asusta la sola idea de pensarlo (Alegato del demandado, juzgado de paz letrado de Lince-San Isidro).

En suma, los alegatos, numerosos y de muchas páginas, presentados por los abogados de ambas partes en las clases altas simbolizan cómo el poder, presente en esta clase social, sirve para prolongar y complicar el proceso judicial. Estas prácticas terminan siendo una estrategia más dentro del proceso judicial que busca evitar estereotipo y alimenta otros, afectando el *ethos* estratégico de la demandante e incidencia en que ser sujeto de derecho no es una situación dada, sino que se va construyendo o deformando con cada escrito.

5. CONCLUSIONES

En este trabajo, abordamos cómo el sujeto de derecho termina siendo una construcción social íntimamente relacionada al género y la clase social. En nuestro caso, lo hicimos centrándonos en las mujeres de

clase baja y alta que demandan una pensión de alimentos en el marco de un proceso judicial.

Dentro del trabajo de los abogados, la constitución de una persona como sujeto derecho es asumida como un proceso automático. Si bien ello es teóricamente correcto y, por tanto, todas las mujeres son consideradas como sujetos de derecho, la atribución de derechos efectivos está influenciada por el grupo social al que pertenecen las mujeres (y seguramente también por otros factores acá no analizados, como el origen étnico, la orientación sexual, etc.). Esta atribución de derechos, a pesar de su reconocimiento formal, es moldeada en lo cotidiano por el trabajo de los abogados. Tal modelación viene no solo de su competencia profesional sino especialmente de los estereotipos de género que estos actores tienen sobre las mujeres y hombres que representan.

El punto de partida fue distinguir demandantes de clase baja y alta. La producción del sujeto de derecho difiere claramente según la clase social de la que proviene la demandante. En esa producción, el rol de los abogados es esencial. La intervención de los abogados trae como consecuencia la transformación, la intensificación, el ocultamiento y la disminución de las mujeres como sujetos de derecho. De esta forma, el alcance del ejercicio del derecho es limitado a lo que, para los abogados, es una mujer o a cómo desean mostrar a la mujer. Así, los abogados ejercen el derecho en función a lo que su cliente es según cómo el género y la clase social las definen.

Desde la sociedad, las mujeres de clase baja en búsqueda de pensión son representadas como personas resignadas y víctimas, cuya virtud es reconfigurarse como madres. La sociedad las mira en forma condenatoria por lo que el abandono es esperable. En esa misma ruta, los abogados de las mujeres pobres que demandan una pensión las retratan como víctimas resignadas en la precariedad,

que reclaman subsistencia. Para ello, difuminan a la propia mujer y ponen delante a los hijos e hijas como el vehículo del derecho. Ellas son difuminadas.

En el caso de las mujeres de clase alta que necesitan o buscan una pensión, también las retratan como resignadas y resistentes en un contexto de inestabilidad económica. Pero, más bien, lejos de la subsistencia vista en las clases bajas, la sociedad ubica las necesidades de las mujeres de clase alta bajo el afán de mantener calidad de vida. Para ello, sus abogados reclaman directamente por este concepto y exaltan las características necesarias de sus clientes a fin de conseguirlo, mientras que difuminan otras que juegan con el estereotipo de aprovechadora. En el balance, su sujeto de derecho es construido socialmente subordinando los intereses de los hijos e hijas, pues se adelanta la imagen de la demandante para desvirtuar sus necesidades.

Ser sujeto de derecho es sobre todo una construcción social. Parafraseando a Charaudeau y Maingueneau (2002), las imágenes de las demandantes de clase baja y alta que son movilizadas por sus abogados, que finalmente devienen en su construcción como sujeto de derecho, son el resultado de la adaptación (consolidación, rectificación, ocultamiento, borramiento, etc.) de las características de las mujeres en función de la imagen previa que el auditorio (juezas y jueces) pueda tener de ellas o, por lo menos, de la idea que los juezas y jueces tienen sobre la manera en que los abogados y las demandantes los perciben a ellos como decisores. No hay consciencia de sí mismo sin consciencia de la existencia del otro y es justamente en la diferencia donde se construye el sujeto (Rosanvallon, 2006).

Las implicancias de los resultados de este artículo apuntan a dos aspectos importantes. Primero, la formación de los y las juezas debe incluir la identificación de cómo los sesgos de género y clase son expresados en la sociedad y en su trabajo, para luego poder brindarles

herramientas para frenar su posible influencia, como otros trabajos lo han hallado (Asmat y Kossuth, 2021; Hernández, 2015). Segundo, es clave especificar y ampliar la relevancia de todo lo que escapa estrictamente a las necesidades financieras, a fin de incorporar en la fijación de la pensión aspectos como la distribución de los roles de género, la violencia de pareja, entre otros aspectos. Avances de este tipo permitirán que el sujeto de derecho sea menos permeable a su deformación por estereotipos de clase y género.

REFERENCIAS

- Araujo, K. (2009). El ordinario trabajo moral del individuo. En Araujo, K. *¿Se acata pero no se cumple? Estudios sobre las normas en América Latina*. LOM Ediciones.
- Asmat, R. y Kossuth, L. (2021). Gender Differences in Judicial Decisions under Incomplete Information: Evidence from Child Support Cases.
- Bereni, L., Chauvin, S., Jaunait, A. y Revillard, A. (2008). *Introduction aux Gender studies. Manuel des études sur le genre*. De Boeck.
- Bhansali, L. (2005). Hacia la integración de género en la justicia: Impacto de la evaluación de género en el diseño de proyectos. *En Breve* (76), 1-4.
- Bowleg, L. (2008). When Black + Lesbian + Woman ≠ Black Lesbian Woman: The methodological challenges of qualitative and quantitative intersectionality research. *Sex roles*, (59), 312-325.
- Castillo, E. (2007). Agenda de género y reforma judicial: ¿Cuánto se ha avanzado a favor de las mujeres? En DEMUS (ed.), *Para una justicia diferente. Temas para la reforma judicial desde y para las mujeres*. DEMUS, 131-152.

- Charaudeau, P., y Maingueneau, M. (2002). *Dictionnaire d'analyse du discours*. Seuil.
- Czapanskiy, K. (1990). Gender bias in the Courts: Social change strategies. *Georgetown Journal of Legal Ethics*. https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1304&context=fac_pubs
- Defensoría del Pueblo (2018). *El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/DEFENSORIA-ALIMENTOS-JMD-27-07-18-2.pdf>
- Dubet, F. (2009). *Le travail des sociétés*. Seuil.
- Development Impact Evaluation (2020). *Results from mapping family conflicts in the Judicial Power*. World Bank, Internal report.
- Fuller, N. (2001). *No uno sino muchos rostros: Identidad masculina en el Perú*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gorelyck, S. (2005). Contradictions of feminist methodology. *Gender and society*, 5. Citado por Poiret, C. (2005). Articuler les rapports de sexe, de race et interethniques. Quelques enseignements du débat nord-américain, *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 21(1).
- Hammergren, L. (2005). Usos de la investigación empírica para el reenfoque de las reformas judiciales: lecciones desde cinco países. *América Latina Hoy*, (39) 15-45.
- Hernández, W. (2011). *¿Cuánto le cuesta la justicia a las mujeres? Costos económicos y no económicos del acceso a la justicia en procesos de alimentos y de violación sexual en Apurímac (Andahuaylas y Chincheros) y Cajamarca (Chota y San Marcos)*. PROJUR.

- Hernández, W. (2015). Derecho Versus Sentido Común y Estereotipos: El Tratamiento de los Procesos Judiciales de Pensión de Alimentos de Mujeres de Clase Alta y Baja en Perú. *Ortuz Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, 7(1), 29-58.
- Ipsos Apoyo Opinión y Mercado (2010). *Niveles socioeconómicos de la Gran Lima 2010*. Instituto Apoyo.
- Pásara, L. (2005). *Los abogados de Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar*. Justicia Viva.
- Pásara, L. (2019). *Tres claves de la justicia en el Perú. Jueces, justicia y poder en el Perú. La enseñanza del Derecho. Los abogados en la administración de Justicia*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramírez, B. (2019). Género, alimentos y derechos: revisión del estado de la cuestión y análisis crítico. *Ius et Veritas*, (59), 180-206.
- Rennes, J. (2007). *Le mérite et la nature. Une controverse républicaine: l'accès des femmes aux professions de prestige 1880-1940*. Fayard.
- Rosanvallon, P. (2006). *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*. Seuil.



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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, 205-223

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i6.744>

Análisis y propuestas al sistema de apoyo y salvaguardias de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad

Analysis and proposals for the system of support and safeguards for
people with disabilities who cannot manifest their will

Análise e propostas para o sistema de suporte e proteção para
pessoas com deficiência que não podem expressar sua vontade

AVEGHAI MIRELLA ESPINAL QUIÑONES

Corte Suprema de Justicia de la República
(Lima, Perú)

Contacto: aespinalq@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0005-4845-9480>

CARMEN ESPERANZA NALVARTE ESTRADA

Corte Superior de Justicia de Tacna
(Tacna, Perú)

Contacto: cnalvarte@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0006-9195-6703>

JOSÉ CARLOS ROMÁN MAMANI

Órgano de Control Institucional del
Instituto Nacional de Ciencias Neurológicas
(Perú)

Contacto: josecarlosromanmamani@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0007-6737-5113>

RESUMEN

El decreto Legislativo n.º 1384 «Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones», publicado el 4 de septiembre del 2018, trajo consigo un fuerte impacto en el sistema de capacidad regulado por el Código Civil peruano, modificó, derogó e incorporó una serie de artículos en nuestra legislación, produciéndose así la más grande y trascendental reforma del código civil del 1984. Todo ello con la finalidad de tener un nuevo sistema de capacidad. Sin embargo, en opinión de los autores, dicha reforma no ha sido correctamente adaptada a nuestra legislación, considerándose que se está dejando en desamparo a las personas que no tienen discernimiento por otorgarles un atributo tan especial que es la plena capacidad de ejercicio, lo cual no acontecía antes de la reforma del Código Civil; por ello, se presentan propuestas y posibles soluciones a tan importante situación, a fin de que se proporcione la más apropiada protección a todas las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad.

Palabras clave: Capacidad jurídica; apoyos y salvaguardas; discernimiento; discapacidad.

Términos de indización: capacidad; incapacidad; seguridad social.
(Fuente: Tesouro Unesco)

ABSTRACT

Legislative Decree n.º 1384 «Legislative Decree that recognizes and regulates the legal capacity of people with disabilities on equal terms» published on September 4, 2018 brought with it a strong impact on the capacity system regulated by the Peruvian Civil Code, it modified, repealed and incorporated a series of articles into our legislation, thus producing the largest and far-reaching reform of the 1984 civil code. all with the aim of having a new capacity system. However, in the

opinion of the authors, said reform has not been correctly adapted to our legislation, considering that people who do not have discernment are being left helpless, for granting them such a special attribute that is full exercise capacity, which did not happen before the reform of the Civil Code, for this reason proposals and possible solutions to such an important situation are presented, in order to provide the most appropriate protection to all people with disabilities who cannot express their will.

Key words: Legal capacity; supports and safeguards; discernment; disability.

Indexing terms: ability; disabilities; social security. (Source: Unesco Thesaurus)

RESUMO

O Decreto Legislativo n.º 1384 «Decreto Legislativo que reconhece e regula a capacidade jurídica das pessoas com deficiência em igualdade de condições», publicado em 4 de setembro de 2018, trouxe consigo um forte impacto sobre o sistema de capacidade regulado pelo Código Civil peruano, modificou, revogou e incorporou uma série de artigos em nossa legislação, produzindo assim a maior e mais transcendental reforma do código civil de 1984. Tudo isso com o objetivo de ter um novo sistema de capacidade. No entanto, na opinião dos autores, essa reforma não foi corretamente adaptada à nossa legislação, e considera-se que as pessoas que não têm discernimento estão sendo deixadas desamparadas ao se lhes conceder um atributo tão especial como a plena capacidade de exercício, o que não acontecia antes da reforma do Código Civil; portanto, são apresentadas propostas e possíveis soluções para uma situação tão importante, a fim de proporcionar a proteção mais adequada a todas as pessoas com deficiência que não podem expressar sua vontade.

Palavras-chave: Capacidade jurídica; apoios e garantias; discernimento; deficiência.

Termos de indexação: capacidade; incapacidade; seguridade social (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 10/02/2023

Revisado: 15/05/2023

Aceptado: 25/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: Los autores declaran no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

Desde un enfoque social y jurídico, se entiende que las personas que son susceptibles de ser vulneradas en los hechos simples o jurídicos en que estas puedan estar vinculadas a lo largo de su vida son los menores de 18 años, porque por la propia naturaleza de su corta edad no tienen un discernimiento correctamente formado; otro es el caso de los mayores de 18 años que no tienen discernimiento o si lo tuvieran, este es de manera temporal, ya sea por causas de discapacidad o por trastornos que estos puedan tener por diversas circunstancias a lo largo de su vida. Estos grupos de personas deben ser protegidas por el derecho, como se venía haciendo hasta antes de la reforma del nuevo sistema de capacidad.

Las instituciones jurídicas que protegen a estas personas están reguladas en el Libro III Derecho de Familia del Código Civil. Instituciones jurídicas tales como la «Patria Potestad» y la «Tutela» tienen por finalidad proteger a los menores de edad; la «Curatela» protegía a personas que eran mayores de edad, pero que se encontraban en supuestos en los que la persona tenía un trastorno, o discapacidad mental o sensorial; sin embargo, en la actualidad ya no se protege a

estas personas en su totalidad, debido al nuevo sistema de capacidad que tiene nuestra legislación como resultado de la reforma del Decreto legislativo n.º 1384. Se deja de lado la protección de los discapacitados sensoriales y mentales, a quienes el derecho hoy en día les reconoce plena capacidad de ejercicio, lo cual no está condicionado a la designación de un apoyo; por tanto, no es exigible para el reconocimiento y ejercicio de un derecho.

Si bien es cierto que lo que se busca con la reforma del Código Civil es incluir a «todas las personas con discapacidad» dentro de la sociedad y que puedan ejercer sus derechos por sí mismos en los actos civiles y actos de la vida diaria. Pero este objetivo no resulta ser del todo correcto, considerando que lo que se hizo sería una mala adaptación del nuevo sistema de capacidad a nuestra legislación. Existen personas con discapacidad que no merecen que se les prive el ejercicio de sus derechos, teniendo en cuenta que tienen discernimiento y que por falta de apoyo y/o ajustes razonables, no puedan manifestar su voluntad, y se les debía de designar un curador, quien actuaría en representación de esta por mandato legal, privando así el derecho a la autonomía privada que esta persona tiene para decidir sobre sus asuntos, sustituyéndose la voluntad de la persona con discapacidad por la voluntad del curador o el juez. Por el otro extremo, existen personas con discapacidad a quienes sí se les debería nombrar un curador, porque efectivamente se encuentran privados de discernimiento de manera permanente o temporal por lo que no podrán tener plena capacidad de ejercicio. En ese contexto es dable resaltar que no por el hecho de intentar incluirlos en la sociedad y evitar su discriminación, se les debería de dejar de lado la protección jurídica que estos merecen tener, ya que al otorgarles plena capacidad de ejercicio, los mismos podrían celebrar contratos y/o actos jurídicos; por consiguiente, al no tener discernimiento, estarían asumiendo obligaciones que resultarían perjudiciales para su esfera patrimonial, pues estos contratos serían

totalmente válidos, porque fueron celebrados por personas con plena capacidad de ejercicio, dejando así en desamparo a las personas con discapacidad que no pueden discernir. Es por ello por lo que, en este artículo, se responderá a la interrogante: ¿Por qué no toda persona con discapacidad debe tener plena capacidad de ejercicio? Se aclarará y propondrá aspectos fundamentales que se deben corregir para la correcta adaptación del nuevo sistema de capacidad en nuestra legislación por ser de trascendental importancia para la correcta integración de las instituciones jurídicas en el mundo del derecho.

ANÁLISIS Y PROPUESTAS A LA DESIGNACIÓN DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE NO PUEDEN MANIFESTAR SU VOLUNTAD

1. SISTEMA DE CAPACIDAD QUE REGÍA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil, antes de la incorporación del Decreto Legislativo n.º 1384, regulaba en sus artículos 3, 42, 43, 44, 45 y 46 la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio, la incapacidad absoluta y relativa, que en palabras del maestro Juan Espinoza «la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas y la capacidad de ejercicio es la aptitud para ponerlas en actuación» (Del Águila Llanos, 2013, p. 529), señala además que «la capacidad se expresa en dos estados: un estado estático que se manifiesta a través de la capacidad de goce. Y un estado dinámico que se manifiesta a través de la capacidad de ejercicio» (Espinoza, 2016, p. 471). Para Marcial Rubio, la capacidad de ejercicio es «la atribución de la persona de ejecutar por sí mismas los derechos a los que tienen capacidad de goce» (Rubio, 1992, p.78). Este atributo solo se confería a las personas mayores de 18 años que no se encontraban en los supuestos de incapacidad absoluta o relativa.

Es por ello que resulta importante definir la incapacidad y mencionar que personas se encontraban en estos supuestos para así tener una idea clara y sólida acerca de ¿qué personas tenían capacidad de ejercicio?, pues la incapacidad «es la carencia de aptitud para ejercer directamente derechos y obligaciones, en el derecho civil, existe la incapacidad absoluta: total inhabilitación; y la incapacidad relativa: inhabilitación solo en algunos derechos» (Chaname, 2014, p. 448) en los artículos 43 y 44 del Código Civil se señalaban los supuestos de incapacidad, que decían lo siguiente:

Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por ley, 2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, 3. Los sordomudos, los ciegosordos, los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.

Artículo 44.- Son relativamente incapaces: 1. Los mayores de 16 y menores de 18 años de edad, 2. Los retardados mentales, 3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, 4. Los pródigos, 5. Los que incurren en mala gestión, 6. Los ebrios habituales, 7. Los toxicómanos, 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Dentro de este orden de ideas, todas las personas que se encuentren en los supuestos del párrafo precedente tenían capacidad de goce, pero no la capacidad de ejercicio, por lo que se las consideraba como personas incapaces para el derecho, ya que no podían ejercer por sí mismos sus derechos civiles, y debían de contar con un representante legal, quien sustituía la voluntad de las personas incapaces para celebrar, concluir, modificar y extinguir relaciones jurídicas.

Es así, entonces, que anteriormente el derecho clasificaba en dichos ámbitos a las personas, tildándolas como personas que por

su condición podrían gozar de todos los derechos existentes al igual que todas las personas, mas no ejercer los mismos por estar limitados, es por ello que se les priva la capacidad de ejercicio y además para denominarlas se utiliza el término, que a opinión de los autores es peyorativo, nos referimos a «incapaz», término que por su naturaleza denigra a un gran grupo de personas, a las cuales no se les debería llamar de esta manera.

La representación legal es aquella conferida por el ordenamiento a determinadas personas que, por una posición familiar o por un cargo u oficio, actúan en nombre de otras que están incapacitadas o imposibilitadas para asumir derechos u obligaciones, o para ejecutarlos con su actuación directa (Lohmann, 1994). Dentro de las figuras de amparo del incapaz encontramos la patria potestad, dirigida al cuidado de la persona y del patrimonio del menor de edad por parte de sus progenitores; también existe la tutela, referida al cuidado del menor, cuyos padres no ejercen la patria potestad, aquí igualmente este amparo cubre la persona y bienes del incapaz; y por último, encontramos a la curatela, como figura de protección del mayor de edad incapaz, que no puede velar por sus intereses (Del Águila Llanos, 2013, p. 551). Es conforme al sentimiento de piedad y justicia social extender de manera especial la protección de las leyes a quienes, por su corta edad y desamparo, o por falta de aptitud moral, no pueden gobernarse por sí mismos ni manejar debidamente sus bienes (Brenes, 1982, p. 381). Se concluye que estas tres instituciones jurídicas que están reguladas en nuestro Código Civil tienen por finalidad proteger a estas personas quienes resultan siendo muy vulnerables en la sociedad.

2. EL NUEVO SISTEMA DE CAPACIDAD QUE RIGE EN EL CÓDIGO CIVIL

Este nuevo sistema de capacidad es incorporado a nuestra legislación influenciada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad, el cual fue ratificado por el Perú en el año 2007. En el artículo 12 de dicha convención, se señala que «todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, entre otras cosas para adoptar decisiones, heredar bienes o tener acceso a préstamos bancarios. En ciertas circunstancias, el Estado tiene la obligación de prestar apoyo y asistencia a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica». Finalmente, se logra la elaboración del Decreto legislativo n.º1384, el cual trae como consecuencias la modificación, derogación e incorporación de artículos en el Código Civil, teniendo en cuenta que antes regía el sistema de capacidad e incapacidad para convertirlo hoy en día en un sistema de capacidad; pero para dar este paso tan importante, el Código Civil del 1984 sufrió el más grande impacto de toda su historia, siendo que en septiembre de 2018 entró en vigencia el «Nuevo Sistema de Capacidad», el cual ya no hacía referencia a capacidad de goce, ejercicio ni a la incapacidad relativa, regulando en sus artículos 3, 42, 43 y 44 que «todas las personas tienen Capacidad Jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos», aclarando que la capacidad de ejercicio podría manifestarse de forma plena o restringida, como lo señala:

Artículo 42.- Toda persona mayor de 18 años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente los mayores de 14 años y menores de 18 años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad. **Artículo 43.-** Son absolutamente incapaces: los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. **Artículo 44.-** Tienen capacidad de

ejercicio restringida: 1. Los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, 4. Los pródigos, 5. Los que incurren en mala gestión, 6. Los ebrios habituales, 7. Los toxicómanos, 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil, 9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubieran designado un apoyo, con anterioridad.

En tal sentido, se desprende que «todas las personas mayores de 18 años tienen plena capacidad de ejercicio, incluyendo a las personas con discapacidad». Es por ello por lo que resulta importante conocer la definición y alcance de la persona con discapacidad para entender la dimensión de este atributo que gozan las personas. Según el artículo 2 de la Ley General de la Persona con Discapacidad, se entiende discapacitado a «aquella persona que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás». En ese orden de ideas, lo que el derecho busca es regular y tratar de la misma manera a las personas con discapacidad y a las personas que no tiene alguna de las deficiencias mencionadas líneas arriba, sin considerar que existen personas con discapacidad que tienen discernimiento y otros que no disciernen de manera permanente.

Ahora bien, para comprender esta afirmación es importante traer a colación la definición del discernimiento. Según el Diccionario de la Real Academia Española, «discernir» significa «distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas (las cosas)». Para Naymark y Adán Canadas, «el discernimiento es el entendimiento o capacidad de comprensión» (p.153). El jurista peruano Juan Espinoza Espinoza indica que «la distinción intrínseca que hace el hombre para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese “algo”

es bueno o malo» (p. 293). En efecto se entiende que las personas con discapacidades físicas y sensoriales pueden discernir si tienen apoyos y ajustes razonables para su comunicación y finalmente puedan tomar una decisión. Piénsese en el caso en el que una persona que es ciegosordo se comunica por medio del sistema Braille y toma una decisión; es evidente que esta persona solo se encontraba impedida de comunicarse, pero que gracias a este ajuste razonable y al apoyo logra interactuar y luego tomar una decisión. En el caso de los discapacitados mentales o intelectuales, es un tema que se debe de tocar con mucho cuidado, ya que para el Código Internacional de Enfermedades (CIE 10), elaborado por la Organización Mundial de la Salud, señala lo siguiente respecto a los discapacitados mentales:

El término «retraso mental» significa «un funcionamiento intelectual por debajo del promedio, que se presenta junto con deficiencias de adaptación y se manifiesta durante el período de desarrollo (antes de los 18 años)», los grados de retardo mental son:

F70 Retraso Mental leve: tienen un cociente intelectual (C.I.) de 50 a 69. Son pacientes que adquieren tarde el lenguaje, aunque son capaces de mantener una conversación y, por lo tanto, de expresarse en la vida cotidiana. Una gran parte llega a alcanzar una independencia para el cuidado de su persona (comer, lavarse, vestirse y controlar los esfínteres).

F71 Retraso Mental Moderado: tienen un cociente intelectual (C.I.) de 35 a 49. «Los pacientes con retraso mental moderado muestran una lentitud en el desarrollo de la comprensión y el uso del lenguaje, teniendo en esta área un dominio limitado. Tienen dificultad para su cuidado personal. Sus funciones motrices son pobres, y necesitan de una supervisión permanente. De adultos es difícil que desarrollen una vida social completamente independiente; sin embargo, muchos de ellos son físicamente activos, con total capacidad de movimientos. El

nivel de desarrollo del lenguaje varía, desde la capacidad para tomar parte en una conversación sencilla, hasta la adquisición de un lenguaje sólo para lo cotidiano. Existen pacientes que nunca aprenden a hacer uso del lenguaje y utilizan la gesticulación manual para compensar la carencia verbal. Son frecuentes el autismo, o trastornos del desarrollo, así como también la epilepsia, los déficits neurológicos y las alteraciones somáticas».

F72 Retraso Mental Grave: Tienen un cociente intelectual (C.I.) entre 20 y 34. El paciente con retraso mental grave presenta un cuadro clínico mucho más severo que el anterior; básicamente, su etiología es orgánica, asociada a otros trastornos con escaso o nulo nivel del desarrollo del lenguaje, necesitándose, generalmente, de una anamnesis indirecta. La gran mayoría de los pacientes presenta marcado déficit motor, o la presencia de otras carencias que dan evidencia clínica de un daño o anomalía del desarrollo del Sistema Nervioso Central.

F73 Retraso Mental Profundo: tienen un cociente intelectual (C.I.), que «es inferior a 20. Los pacientes de este grupo poseen muy limitada capacidad para cuidar sus necesidades básicas, y requieren ayuda y supervisión permanente. No muestran capacidad para comprender instrucciones o reconocerlas y actuar de acuerdo con ellas. Su comunicación no verbal es muy rudimentaria; muestran una movilidad muy restringida o totalmente inexistente, no controlan esfínteres. La etiología es generalmente orgánica. Suelen estar acompañados de trastornos somáticos y neurológicos graves que afectan la motricidad, así como de epilepsia o de alteraciones visuales y auditivas. Es frecuente el autismo atípico, sobre todo en aquellos que son capaces de caminar, así como la presencia de trastornos generalizados del desarrollo en sus formas más graves» (Majluf y Vásquez, 1998, p. 94).

En ese contexto, se puede afirmar que «no toda persona con discapacidad mental puede comunicarse de manera normal con el

exterior, además que no todos tienen discernimiento, y que solo las personas que tengan esta discapacidad en un grado leve como lo señala el CIE-10 podrían tener una comunicación y un discernimiento óptimo, siempre y cuando logran una exitosa terapia». Por esta razón es que el derecho no puede permitir que todas las personas con deficiencias mentales tengan plena capacidad de ejercicio, sabiendo que no todas estas personas podrán discernir al momento de celebrar actos jurídicos; por ejemplo, imaginemos el caso donde un discapacitado mental grave celebre un contrato de donación, en el que este se obliga a transferir al donatario un predio valorizado en S/. 100 000 000 soles, sin comprender cuál es el resultado o efecto que este contrato genera, viéndose así afectada su esfera patrimonial.

Analizando este supuesto es sumamente importante preguntarnos: ¿Es realmente justo que el derecho permita que este tipo de actos jurídicos celebrado por personas sin discernimiento sean válidos? «Según el censo del 2017, en el Perú existe 3 051 612 personas con discapacidad (10.4 % de la población total), de los más de tres millones de personas, con algún tipo de discapacidad, el 57 % son mujeres, el 48 % tienen discapacidad visual, 15.1 % tienen dificultad para moverse (discapacidad física), el 7.6 % tiene discapacidad auditiva (esta población generalmente el lenguaje de señas)», y el 4.2 % del total presenta dificultades para aprender o entender (discapacidad intelectual).

Así pues, sin duda alguna el derecho no puede considerar estos actos jurídicos válidos, aun cuando se tenga la institución del «Apoyo», definida en el Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP en su artículo 9, donde indica que el «apoyo es una forma de asistencia libremente elegida por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de actos que produzcan efectos jurídicos, en el marco de sus derechos. Puede recaer en una o más personas naturales, personas jurídicas sin fines de lucro o instituciones públicas», y en su artículo 10 señala las acciones

que podrían realizar, las cuales son «a) Facilitar la comunicación de la persona que cuenta con apoyo. b) Facilitar la comprensión de los actos que produzcan efectos jurídicos y sus consecuencias. c) Orientar a la persona que cuenta con apoyo, en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos. d) Facilitar la manifestación de voluntad de la persona que cuenta con apoyo». Si bien es cierto para aquellas personas con deficiencia física o sensorial resulta útil y razonable la designación de un apoyo, imaginemos el caso donde una persona que es sordomuda cuenta con un apoyo, quien conoce el lenguaje de señas y habla español, y esta persona natural designada como apoyo resulta ayudando a la comunicación del discapacitado sensorial; pero en el caso de los discapacitados mentales, quienes no pueden comunicarse y no tienen discernimiento para actuar, es totalmente absurdo e irracional que se les designe un apoyo, si lo que realmente necesitan es una persona que actúe en representación de esta, como era el caso de los curadores.

En ese contexto lo dicho nos permite plantearnos la siguiente interrogante: ¿Cuál es la finalidad de designar apoyo para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad, si en el fondo terminarán siendo apoyos con representación? Conforme al artículo 11° del D.S. n.º 016-2019 MIMP señala que «[...] el/la juez/a puede otorgar facultades de representación a los apoyos, en caso que, habiéndose realizado los esfuerzos reales, considerables y pertinentes, y prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, no se haya obtenido una manifestación de voluntad de la persona que recibirá el apoyo». Sin duda alguna lo que comenzó siendo «Apoyo» terminó convirtiéndose en un «Curador», motivo por el cual es pertinente indicar que para los discapacitados mentales que no tengan una comunicación con el exterior y no puedan discernir —o como decide denominar la misma norma en su artículo 2 inciso 8 «Persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad», siendo aquella

persona con discapacidad que a pesar de contar con las medidas de accesibilidad, utilizar ajustes razonables y realizar los esfuerzos reales, considerables o pertinentes, no logra establecer comunicación e interacción con su entorno— no se les debe reconocer plena capacidad de ejercicio y deberían estar regulados en los supuestos de incapacidad absoluta como estaba establecido antes de la reforma, algo que a la fecha se intentó adaptar, pero no se logró eficazmente, ya que nuestra legislación sigue tratando el supuesto de «incapacidad absoluta», la cual debería modificarse por los términos de «capacidad de ejercicio restringida absoluta», e indicar que se encuentran en este supuesto los menores de 16 años de edad y los discapacitados mentales que no puedan manifestar su voluntad. De esta manera, los actos jurídicos que puedan celebrar solo sean válidos si fueron celebrados por el representante legal (curador).

Dicho eso queda claro que el cambio e inserción del Decreto Legislativo n.º 1384 en nuestro ordenamiento jurídico trajo consigo buenas alternativas de regulación respecto de la capacidad de las personas; sin embargo, es menester no dejar de lado que, aunque se haya incorporado con la mejor intención, en la actualidad a las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad se les está poniendo en un peligro inminente, porque al no poder manifestar su voluntad no se puede conocer sus intenciones y por lo que por dicha atribución podrían estar siendo expuestas a peligros de personas que incluso siendo familiares cercanos busquen un mero aprovechamiento. A continuación, presentaremos las siguientes recomendaciones a fin de que sean valoradas y consideradas por el órgano impartidor de justicia, el mismo que, además, tutela los derechos de las personas en general.

2. RECOMENDACIONES

Primero. El Poder Judicial, como ente impartidor de justicia y responsable de amparo jurídico a los miembros de toda comunidad, tiene la gran responsabilidad de no dejar en desamparo a las personas con discapacidad, pero sobre todo a las personas que padezcan de algún tipo de discapacidad que les permita manifestar su voluntad o deseo de actuar. El Poder Judicial tiene la importante labor de evitar que terceros se aprovechen de estas personas. Por ello, se deberá tomar medidas preventivas al momento de otorgarles apoyos y salvaguardias a las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, de tal forma que se deberá advertir el grado de parentesco, tipo de relación y estado del discapacitado a fin de concederle tutela efectiva y segura.

Segundo. Corresponde al Poder Legislativo, en mérito a su labor de representantes de la patria, proponer la reinscripción de la curatela respecto de las personas que por su grado de discapacidad no tienen la posibilidad de manifestar sus intenciones o discernir sus intereses particulares, de tal forma que no se mantenga en desamparo o peligro los intereses particulares de toda persona que padezca de discapacidad que no le permita manifestar su voluntad.

Tercero. Todo órgano impartidor de tutela jurisdiccional efectiva, donde se pueda, acudirá a solicitar la designación de apoyos y salvaguardias; debe contar con ajustes razonables que logren la efectividad de lo solicitado. Corresponde al Poder Judicial o a las distintas notarias a nivel nacional, dotarse de ajustes razonables para todo tipo de persona con discapacidad para que, según sea el caso, no se deje en desamparo el requerimiento de dichas personas.

Cuarto. Todas las personas como seres pensantes y autogobernadores de sus intereses tienen el derecho y facultad de autorregular sus intereses como mejor les convenga. Ello debe suceder

siempre y cuando las personas tengan discernimiento y puedan manifestar su voluntad; de lo contrario, se recomienda que se mantenga la figura de la curatela con representación; de igual modo para los casos específicos en los que las personas que por su condición no puedan manifestar su voluntad puedan realizar actos jurídicos, en bien de su intención de desarrollarse plenamente en la vida y, lo más importante, sin desampararlos en busca de la igualdad.

3. CONCLUSIONES

En primer lugar, en la actualidad el Derecho ya no clasifica a las personas naturales en capaces e incapaces, sino más bien solo se habla de personas con capacidad, dejando al olvido los términos jurídicos que resultaban siendo peyorativos, despectivos para las personas. Hoy en día toda persona mayor de 18 años tiene plena capacidad de ejercicio; esto incluye a todas las personas con discapacidad, y este atributo no está condicionado a la designación de un apoyo. Por tanto, no es exigible para el reconocimiento y ejercicio de un derecho.

En segundo lugar, existen personas con discapacidad que tienen discernimiento y otros sin discernimiento, comprendiendo en el primer grupo a los discapacitados físicos, sensoriales y mentales que puedan manifestar su voluntad; y en el segundo grupo a los discapacitados mentales o intelectuales que no puedan manifestar su voluntad. Dicha clasificación es importante de resaltar por ser determinante para otorgarles apoyos, salvaguardias y facilitarles ajustes razonables.

En tercer lugar, la institución jurídica del apoyo resulta siendo útil y eficaz solo a las personas que tengan discernimiento, mientras que las que se encuentren privadas de discernimiento resulta absurdo e irracional el designar apoyo, ya que lo que realmente necesita esta persona, es la designación de un sujeto que actúe en representación de esta para que pueda celebrar, concluir y perfeccionar actos jurídicos; es

por ello que estas personas deben de contar con un curador, institución jurídica que regula y reconoce nuestro Código Civil.

En cuarto lugar, el nuevo sistema de capacidad resulta siendo un gran paso para la sociedad y para el derecho nacional; sin embargo, este debe ser adaptado de la mejor manera a nuestra legislación, sin olvidarnos de las personas más vulnerables como es el caso de las personas con discapacidad mental que no puedan comunicarse con el exterior y no tienen discernimiento, para que así la norma jurídica y las instituciones jurídicas sean eficaces y de utilidad para la sociedad en general.

Finalmente, en las últimas décadas, tras el desarrollo de la sociedad, se ha insertado la idea de igualdad entre todas las personas, pero dicha igualdad es necesaria cuando se trata de igualdad de derechos y oportunidades. No se debe olvidar las condiciones de las personas, pues si bien es necesario que el derecho tenga el deber de garantizar la igualdad de las personas para celebrar los actos jurídicos que más les convengan, sin embargo, existen personas que, por su condición, no pueden manifestar su voluntad o discernir al momento de tomar decisiones. Se trata de las personas con discapacidad que por su condición no pueden manifestar su voluntad. En estos casos, es necesario que la figura de los apoyos y salvaguardias no desampare a estas personas que no pueden manifestar su voluntad; por el contrario, basándonos en los fines del derecho, se tiene el deber de protección, por lo cual es necesaria la incorporación de una institución jurídica que proteja a las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad, permitiéndoles que celebren los actos jurídicos necesarios, pero sin arriesgar sus intereses al estar en una situación donde la persona por su condición no manifiesta su voluntad o está impedida de ejercerla.

REFERENCIAS

- Brenes, A. (1982). *Derecho de Familia Costarricense*. Juricentro.
- Cañadas, A. y Naymark, M. S. (1947). *Diccionario Jurídico «Forum»*.
Jurídica Argentina.
- Chaname, R. (2014). *Diccionario Jurídico moderno*. Grupo Editorial
Lex & Iuris.
- Del Águila Llanos, J. C. (2013). *Derecho de Familia*. Legales Ediciones.
- Espinoza, J. (2003). *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2016). *Derecho de las Personas: concebido y personas
naturales*. Grijley.
- Lohmann, G. (1994). *El Negocio Jurídico*. Grijley.
- Majluf, E. y Vásquez, F. (1998). Retardo Mental. En *Manual de
Psiquiatría*. SISBIB.
- Rubio, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial
de la Pontificia Universidad Católica 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. 5, n.º 6, enero-junio, 2023

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v5i6

La edición de este sexto número de la revista estuvo a cargo del Centro de Investigaciones Judiciales; la diagramación la realizó Ruth Espinoza Torrejón; la asistencia editorial, Jorge Angel Chávez Descalzi con el apoyo de William Homer Fernández Espinoza; la corrección de estilo, Nelly Córdova Núñez; 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 6

se terminó de producir digitalmente en junio de 2023 en la Unidad de Investigación y Fondo Editorial del Poder Judicial.

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA

Resocialización y reintegración social del adolescente infractor por internación en centro juvenil con desarraigo familiar

MANUEL OCAMPO MUÑOA Y ALEJANDRA ROVELO CRUZ

Estado del arte de la reparación integral del daño a las mujeres víctimas en México

ROSABEL MEDINA SARMIENTO

La legítima defensa en situaciones de violencia basada en género. Avances y perspectivas

CINTHIA RAMÍREZ IZAZAGA

Exigibilidad, cumplimiento y justiciabilidad de los derechos sociales en México-2022

BRUNO VAN DER MAAT

Tendencias en los sistemas de justicia juvenil en el Perú - 2010-2022

WILSON HERNÁNDEZ

Dime quién eres y te diré qué mereces. La construcción social del sujeto de derecho de mujeres de clase alta y baja a partir del trabajo de sus abogados

AVEGHAI ESPINAL QUIÑONES, CARMEN NALVARTE ESTRADA Y JOSÉ ROMÁN MAMANI

Análisis y propuestas al sistema de apoyos y salvaguardias de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE



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