

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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea) | DOI: 10.51197/lj.v6i8



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024
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

EDITOR

HUMBERTO LUIS CUNO CRUZ

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1406-8789>

E-mail: hcuno@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

COORDINACIÓN EDITORIAL

WILLIAM HOMER FERNÁNDEZ ESPINOZA

Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4296-0467>
E-mail: wfernandeze@pj.gob.pe

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4653-7922>
E-mail: jchavezd@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: marispagnolo@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 ÉLSA 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

CORRECCIÓN

NELLY CÓRDOVA NÚÑEZ
E-mail: nelly.cordova@pucp.edu.pe

DIAGRAMACIÓN

RUTH ESPINOZA TORREJÓN
E-mail: ruth_espin@hotmail.com

GESTIÓN ELECTRÓNICA

ERIK ALMONTE RUIZ
E-mail: revistas.pj.gob.pe@gmail.com

METABIBLIOTECA
E-mail: info@metabiblioteca.com

ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: 10.51197/lj.v6i8

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, 2.º piso, oficina 244
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

DOAJ
Latindex 2.0
Dimensions
SCilit
BASE
MIAR
LatinRev
World Cat
ROAD

LICENCIA



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

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



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA 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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: 10.51197/lj.v6i8

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI 13

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

MARTÍN EDUARDO ATO ALVARADO 21

La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Perú

SHERLY TANIA BUSTAMANTE MAITA Y EDWIN WILSON 57

VILLANUEVA ALTAMIRANO

Factores de vulnerabilidad en niños y adolescentes víctimas de violencia sexual

XIOMARA RIVERA ZAMORA 81

Cobro internacional de alimentos. Fortaleciendo los derechos de la niñez en Nicaragua

DIEGO ALONSO NORONHA VAL	125
El acceso a la justicia para personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA): análisis comparado y áreas de oportunidad para la consolidación de esta comunidad en el Perú	
YENIVA ISABEL LLEELLISH JUSCAMAYTA	189
Explorando el acceso a la justicia: perspectivas de las personas con discapacidad en el marco de las Reglas de Brasilia	
HÉCTOR MANUEL VILLALOBOS MENDOZA	219
La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la seguridad ciudadana. Una justicia sin rostro humano no es justicia	
JOEL EMERSON HUANCAPAZA HILASACA	279
El acceso a la justicia de los trabajadores cesados irregularmente en la década de 1990 y los beneficios resarcitorios en la actualidad	
JOSÉ LUIS FRETTIS	307
Discriminación por género: perversa connivencia social y política de hombres y mujeres	
MARÍA LUISA CHARAJA COATA	337
Reglas de Brasilia y justicia itinerante: el «despacho móvil» como buena práctica en el Distrito Judicial de Lima Sur	
MELANNIE SOILA ECHEVARRÍA ROJAS	363
La teoría de la discriminación positiva en materia tributaria para los migrantes y refugiados en el Perú: análisis jurídico de la condición de vulnerabilidad	



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.1006>

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 enorgullece en presentar el número 8 de su revista indizada *Llapanchikpaq: Justicia*, que aborda diversos temas de relevancia en el ámbito de la justicia social y legal. En esta edición, se profundiza en cuestiones fundamentales que afectan a los sectores más vulnerables de la sociedad peruana y latinoamericana, destacando prácticas innovadoras y análisis críticos sobre la implementación de derechos y acceso a la justicia.

El artículo de María Luisa Charaja Coata, jueza de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, examina la implementación de la justicia itinerante en Perú como una solución a las barreras que limitan el acceso a la justicia, especialmente para grupos vulnerables. Este programa busca llevar los servicios judiciales a comunidades distantes, ofreciendo orientación sobre derechos legales y facilitando la presentación de demandas, especialmente en los casos de alimentos y de violencia familiar. La Ley n.º 31968 refuerza la responsabilidad de los operadores judiciales para mejorar la eficiencia de la justicia itinerante.

El artículo de Yeniva Isabel Lleellish Juscamayta de la Universidad Nacional Federico Villareal aborda la necesidad urgente de asegurar un acceso equitativo a la justicia para personas con discapacidad (PCD), conforme a las Reglas de Brasilia. Destaca que este acceso no solo es un requisito legal, sino también un imperativo ético y social fundamental. Para lograrlo, enfatiza la importancia del lenguaje inclusivo y accesible, crucial para que las PCD, incluidas aquellas con discapacidad auditiva, puedan comprender y participar plenamente en los procesos judiciales. Subraya la necesidad de implementar medidas concretas como servicios de interpretación, materiales en formatos accesibles y otras adaptaciones para superar las barreras de comunicación.

Del mismo modo, el artículo de Martín Eduardo Ato Alvarado, magistrado de la Corte Suprema de la República, enfatiza que las personas con discapacidad tienen derechos equiparables a los de cualquier otra persona, incluyendo el acceso al empleo en condiciones de igualdad. Tanto entidades públicas como privadas deben realizar ajustes razonables para garantizar este principio de igualdad. El Estado peruano está obligado a proteger y promover los derechos laborales de las personas con discapacidad, respaldado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las Reglas de Brasilia.

El artículo de Diego Alonso Noronha Val de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos aborda el acceso a la justicia para personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA) en el Perú, destacando la complejidad del TEA y la necesidad de un enfoque multidisciplinario para su comprensión y tratamiento efectivo. Se critica la falta de una definición específica en las leyes peruanas, lo cual conduce a tratar el TEA principalmente como una discapacidad, afectando la adecuación de políticas públicas y disposiciones normativas a las necesidades reales de estas personas. Se resalta la escasez

de servicios de diagnóstico accesibles, la variabilidad de síntomas que dificultan el diagnóstico preciso, y los altos costos asociados al proceso, lo cual limita el acceso equitativo a la justicia y a los servicios de apoyo necesarios.

Por otro lado, el artículo de Joel Emerson Huancapaza Hilaraca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos aborda el acceso a la justicia de los trabajadores despedidos irregularmente en la década de 1990 en Perú. Destaca que estos despidos masivos fueron violaciones graves del derecho al trabajo y obstáculos persistentes para el acceso a la justicia, especialmente para los afectados de edad avanzada. Critica la ineficacia de las medidas administrativas del Ministerio de Trabajo, que ha llevado a los afectados a buscar remedio en el Poder Judicial. Identifica tres desafíos clave para la justicia laboral: la necesidad de acelerar los procesos judiciales debido al riesgo de irreparabilidad por la edad de los demandantes, proteger a los trabajadores registrados y coordinar acciones para garantizar la ejecución efectiva de los beneficios resarcitorios.

En el artículo de Sherly Tania Bustamante Maita de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el magistrado Edwin Wilson Villanueva Altamirano de la Corte Superior de Junín, se señala que la violencia sexual es un problema multidimensional con una incidencia ascendente, sus consecuencias generan estragos a corto y largo plazo en la víctima, así como en la sociedad. De acuerdo con la teoría de la vulnerabilidad, existen factores individuales que hacen que una persona sea más susceptible de padecer más daños. En todos los casos, los menores de edad son vulnerables a ser víctimas de violencia sexual por su etapa evolutiva y adicionalmente existen otros factores que actúan como catalizadores de la victimización, los cuales no siempre son identificados oportunamente por los auxiliares y operadores del derecho.

Asimismo, el artículo de José Luis Frettis de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNNE, Argentina, aborda la discriminación de género como un fenómeno arraigado en la sociedad y la política. Destaca la necesidad de que las autoridades administrativas y judiciales actúen de oficio al detectar discriminación o violencia contra personas vulnerables, adoptando medidas urgentes para neutralizar cualquier amenaza o riesgo. Solo a través de una transformación profunda y educativa se puede alcanzar una convivencia igualitaria y respetuosa, superando las barreras históricas y políticas que perpetúan la discriminación de género y otras formas de desigualdad.

El artículo de Xiomara Rivera Zamora, jueza de familia del Poder Judicial de Nicaragua, explora el Convenio de Cobro de Alimentos de 2007, en línea con las Reglas de Brasilia de 2018, fortaleciendo así la protección de estos derechos más allá de las fronteras nacionales, que facilita reclamar el derecho alimentario desde el Estado de residencia del acreedor hasta el del deudor alimentario. Dado el flujo migratorio significativo desde Nicaragua hacia países como Estados Unidos y España, también signatarios del convenio, este ofrece una oportunidad crucial para garantizar los derechos alimentarios de niños, niñas y adolescentes, cuyos beneficiarios residen en Nicaragua mientras los deudores viven en el extranjero.

Por su parte, el artículo de Héctor Manuel Villalobos Mendoza, juez superior de la Corte Superior de Selva Central, destaca la importancia de la prevención de la delincuencia juvenil como parte integral de la seguridad ciudadana y la justicia con rostro humano. Propone establecer mecanismos de coordinación entre instituciones involucradas en el sistema de justicia penal juvenil. Se enfoca en sensibilizar a estos adolescentes mediante interacciones directas con juezas y jueces, informándoles sobre las consecuencias legales de conductas en conflicto con la ley penal. También, aboga por el acceso

equitativo a la justicia para niños y niñas vulnerables, y promueve una cultura de paz y respeto de acuerdo con las Reglas de Brasilia.

Asimismo, el artículo de Melannie Soila Echevarría Rojas de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte explora la teoría de la discriminación positiva en el ámbito tributario para migrantes y refugiados en Perú, enmarcado en normativas internacionales como las Reglas de Brasilia, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la Ley de Refugiados 27891. Destaca cómo la condición de no domiciliado afecta la obligación tributaria, especialmente en el Impuesto a la Renta de cuarta y quinta categoría, donde se aplica una retención del 30 %. Propone políticas públicas que buscan mitigar esta carga tributaria para estos grupos vulnerables, asegurando así un acceso más equitativo a recursos y servicios.

Cada artículo en esta edición de *Llapanchikpaq: Justicia* ofrece una perspectiva única y crucial sobre los desafíos actuales en el acceso a la justicia y los derechos humanos en el Perú y más allá. A través de estos análisis detallados, la revista busca promover un debate informado y acciones concretas para mejorar las condiciones legales y sociales de los grupos más vulnerables de nuestra sociedad.

Lima, junio de 2024

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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024
Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v6i8



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 21-55
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.971>

La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Perú

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the
Labor Rights of Persons with Disabilities in Peru

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e os
Direitos Trabalhistas das Pessoas com Deficiência no Peru

MARTÍN EDUARDO ATO ALVARADO
Corte Suprema de Justicia de la República
(Lima, Perú)
Contacto: mato@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-0507-970X>

RESUMEN

En este estudio se llevará a cabo un análisis exhaustivo de los derechos laborales de los individuos con discapacidad, así como de su regulación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, en la normativa y jurisprudencia nacional. Se explorará el derecho al acceso y a la continuidad en el empleo para este colectivo, examinando los criterios que tanto entidades gubernamentales como empresas privadas deben seguir para evitar cualquier forma de

discriminación. Además, se examinarán los diversos casos judiciales, tanto a nivel nacional como internacional, que involucran los derechos laborales de las personas con discapacidad. Se concluirá en que la discriminación por discapacidad es un problema muy arraigado en la sociedad peruana, el cual ha sido abordado adecuadamente en el ámbito de la justicia constitucional y suprema nacional, reconociendo y respaldando el respeto a los derechos laborales de este grupo poblacional.

Palabras clave: persona con discapacidad; no discriminación; ajustes razonables; igualdad de trato; acceso al empleo; derechos laborales.

Términos de indización: personas con discapacidad; igualdad de oportunidades; derecho a la dignidad; derecho al trabajo (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

In this study, an exhaustive analysis of the labor rights of individuals with disabilities will be carried out, as well as their regulation in the 2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, as well as in national regulations and jurisprudence. The right to access and continuity in employment for this group will be explored, examining the criteria that both government entities and private companies must follow to avoid any form of discrimination. In addition, various court cases will be examined, both nationally and internationally, involving the labor rights of people with disabilities. It will be concluded that disability discrimination is a deep-rooted problem in Peruvian society, which has been adequately addressed in the field of constitutional and national supreme justice, recognizing and supporting respect for the labor rights of this population group.

Key words: people with disabilities; non-discrimination; reasonable adjustments; equal treatment; access to employment and labor rights.

Indexing terms: persons with disabilities; equal opportunities; right to dignity; right to employment (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Neste estudo será realizada uma análise exaustiva dos direitos trabalhistas das pessoas com deficiência, bem como da sua regulamentação na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006, bem como nas regulamentações e jurisprudências nacionais. Será explorado o direito de acesso e continuidade no emprego para este grupo, examinando os critérios que tanto as entidades governamentais como as empresas privadas devem seguir para evitar qualquer forma de discriminação. Além disso, serão examinados diversos processos judiciais, tanto a nível nacional como internacional, envolvendo os direitos laborais das pessoas com deficiência. Conclui-se que a discriminação por deficiência é um problema profundamente enraizado na sociedade peruana, que tem sido adequadamente abordado no campo da justiça constitucional e suprema nacional, reconhecendo e apoiando o respeito aos direitos trabalhistas deste grupo populacional.

Palavras-chave: pessoas com deficiência; não discriminação; ajustes razoáveis; igualdade de tratamento; acesso ao emprego e direitos laborais.

Termos de indexação: pessoas com deficiência; igualdade de oportunidades; direito à dignidade; direito ao trabalho (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/03/2024

Revisado: 04/04/2024

Aceptado: 13/06/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

Los derechos y obligaciones son iguales para todos los seres humanos. La sociedad debe ayudar a las personas con discapacidad para que puedan desarrollar todos sus dones, esa es la base de una sociedad justa y solidaria.

Juan Pablo II

1. INTRODUCCIÓN

Según la Organización Panamericana de la Salud (OPS) (2024), la definición de persona con discapacidad es aquella que presenta limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales persistentes y que, junto con otros obstáculos, le impiden integrarse plenamente a la sociedad en igualdad de condiciones. Sin embargo, una persona con discapacidad tiene derecho a participar activamente en la sociedad en igualdad de condiciones como las demás.

Para proteger los derechos fundamentales de este grupo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (2006), es un instrumento global que asegura el reconocimiento, la protección integral y el desarrollo sistemático de las habilidades de las personas con discapacidad, lo que incluye aspectos como la igualdad de oportunidades y las oportunidades de empleo pleno.

En esa misma línea, Bach (2017, p. 56), sostiene que es esencial garantizar el ejercicio de estos derechos, ya que son esenciales para la realización de otros derechos según la CDPD (2006), por ejemplo, la participación en la sociedad, el acceso al mercado laboral, la toma de decisiones de atención médica y administrar sus asuntos financieros.

Por ello, en este artículo, el foco principal estará en el análisis de los derechos laborales reconocidos en la convención antes mencionada y su implementación en la legislación nacional. Para ello, se revisará el marco jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como su implementación en la

legislación y jurisprudencia internacional y nacional en materia de derechos laborales de las personas con discapacidad.

2. EL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Forcada Rojkin (2024, p. 86) afirma que el empleo es esencial para la realización y la dignidad personal. Por lo tanto, por el solo hecho de ser humano, toda persona que sea capaz de trabajar, ya sea por sus propios esfuerzos o por la provisión de ciertas instalaciones, tiene derecho a trabajar en un puesto que le resulte apropiado.

Dado que el trabajo es esencial en la vida diaria y esencial para el desarrollo pleno de individuos con discapacidad, es necesario reconocer su relevancia. Por lo tanto, es fundamental que estas personas, que poseen una variedad de habilidades, sean integradas en la sociedad mediante su participación en entornos laborales donde colaboren con sus compañeros.

Sin perjuicio de que este objetivo es el óptimo deseable, hay que ser realistas. En la actualidad, a nivel nacional, resulta más problemático alcanzarlo que desearlo. Por esta razón, nace la CDPD de la ONU para reconocer internacionalmente, por los Estados miembros, la obligación de garantizar y de tratar seriamente los derechos laborales y de otra índole de este colectivo, dado su estado de vulnerabilidad. Se trata de un problema importante no solo a nivel local, sino también latinoamericano y global.

En síntesis, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) establece la igualdad de derechos para las personas con discapacidad, incluyendo el acceso al empleo en condiciones equitativas. Esto implica la libertad de selección laboral y la no discriminación en el proceso de contratación. Además, reconoce derechos especiales para aquellos que adquieran una discapacidad durante el empleo.

Este punto de vista nos permite entender que el núcleo esencial de los derechos laborales de las personas con discapacidad conlleva:

- a) acceso al empleo
- b) antidiscriminación
- c) accesibilidad al trabajo y adaptaciones razonables
- d) acción estatal

Respecto de los ajustes razonables, Wolbring (2008) nos ofrece una visión crítica sobre la idea de adaptaciones razonables desde el estudio de la discapacidad, analiza su importancia para avanzar en la inclusión social y la igualdad de oportunidades, señala el autor:

Son aquellas modificaciones o adopciones dentro del entorno laboral, o de cualquier otro ámbito, que permiten a una persona con discapacidad desempeñar sus funciones o participar plenamente en alguna actividad, garantizando así la igualdad de oportunidades.

En adición a ello, existen otras medidas que entran dentro de la categoría de medidas de acción estatal. Estas incluyen:

- a) Incentivos financieros (para empresas que emplean personas con discapacidad), como bonificaciones en las contribuciones a la seguridad social y deducciones fiscales; y
- b) Cuotas de reserva de empleo, que pueden incluir los siguientes requisitos (relativos a negocios formales):
 - empresas que están obligadas a participar
 - tamaño de la cuota

- supervisión del cumplimiento y sanciones por incumplimiento
- medidas alternativas (medidas sociales en la contratación pública y empresas con el fin de colocar a personas con discapacidad en puestos de trabajo)

En última instancia, corresponde al Estado el deber primordial de garantizar las condiciones requeridas para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral a nivel nacional. Esto implica la implementación de medidas destinadas a asegurar su acceso a todos los recursos necesarios para salvaguardar su seguridad, su libertad de movimiento, su bienestar, el respeto a su privacidad, y la comprensión y la comunicación plena de sus actos.

3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU IMPACTO EN EL DERECHO AL TRABAJO

El Perú, como parte de la CPCD, firmada por nuestro país el 30 marzo de 2007 y ratificada mediante Resolución Legislativa n.º 29127 y Decreto Supremo n.º 073-2007-RE el 30 de enero del 2008, tiene la obligación de proteger, de respetar y de cumplir con los derechos reconocidos en este instrumento internacional, además debe garantizar la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidades en el marco del reconocimiento establecido por la Convención.

En consecuencia, la CDPD (Organización de las Naciones Unidas, 2006) reconoce algunos principios clave que son cruciales para comprender el desarrollo de nuestra legislación nacional en este ámbito, entre los que se encuentran:

- a) **No discriminación:** La Convención prohíbe específicamente la distinción basada en la discapacidad en todos los contextos laborales, tanto públicos como privados, asegurando a estas personas igualdad de oportunidades de empleo y condiciones laborales equitativas.
- b) **Adaptaciones razonables:** Los países que han ratificado este acuerdo están comprometidos a implementar las medidas requeridas para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente su derecho al empleo. Esto podría incluir la implementación de adaptaciones en el lugar de trabajo, así como políticas de ajustes razonables. Por ejemplo, identificar la proporción de empleados con discapacidad en una empresa o entidad gubernamental y luego modificar el entorno laboral para eliminar barreras que obstaculicen su progreso laboral.
- c) **Protección contra la explotación y el abuso:** La Convención establece las acciones que los Estados parte deben emprender para prevenir la explotación, el acoso o el abuso de las personas con discapacidad en contexto laboral. Esto implica asegurar un entorno laboral seguro, y libre de violencia y de discriminación.
- d) **Apoyo al empleo:** Los Estados tienen la responsabilidad de sensibilizar al público sobre las habilidades y contribuciones que las personas con discapacidad pueden contribuir con su empleo, así como de implementar las medidas de apoyo al empleo de este grupo. Esto puede incluir programas de capacitación profesional y de formación vocacional.

En última instancia, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPCD) ofrece pautas fundamentales para que los Estados participantes implementen

medidas que respalden y defiendan los derechos laborales de las personas con discapacidad. Estas medidas abarcan la prevención de la discriminación en todas las etapas del empleo, desde la selección hasta las condiciones laborales. Además, se hace especial énfasis en asegurar la continuidad laboral, el desarrollo profesional y un entorno de trabajo seguro y saludable. La Convención subraya también la igualdad salarial, el acceso equitativo a los derechos laborales y sindicales, así como la provisión efectiva de orientación, colocación y formación profesional. Se promueven oportunidades de empleo y de crecimiento profesional, respaldadas por iniciativas que faciliten la búsqueda y la conservación del empleo. Además, se fomenta la generación de oportunidades empresariales y la promoción del empleo tanto en el ámbito público como el privado mediante políticas inclusivas y medidas apropiadas, que podrían comprender programas de acción afirmativa e incentivos. Igualmente, se destaca la importancia de ofrecer ajustes razonables en el entorno laboral y promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, así como la reincorporación laboral después de periodos de incapacidad, entre otras disposiciones.

4. MARCO LEGAL LABORAL PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ

El artículo 2 de la Constitución Política de 1993, aunque no lo expresa expresamente, reconoce que el trabajo es un derecho de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, lo que significa que estas personas tienen derecho a un trabajo decente en un entorno laboral que se adapte a sus necesidades.

El 6 de enero de 1999, la promulgación de la Ley General de las Personas con Discapacidad (Ley n.º 27050) publicada en el diario *El Peruano* estableció la base jurídica para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad en el país. Su objetivo fue proporcionar

atención sanitaria, oportunidades de empleo y de educación para que estas personas puedan alcanzar su máximo potencial e integrarse plenamente en la sociedad. Además, el Ministerio para el Empoderamiento de la Mujer y el Desarrollo Humano (ahora Ministerio de la Mujer y Grupos Vulnerables) está facultado, en virtud del artículo 5 del mismo, para establecer la Comisión Nacional para la Integridad de las Personas con Discapacidad (Conadis).

La Ley n.º 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad, publicada en el Diario *El Peruano* el 24 de diciembre de 2012, deroga completamente la Ley n.º 27050. Esta establece el marco jurídico para la igualdad, la protección y la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, y promueve su inclusión plena y efectiva en todos los ámbitos de la vida. También, determina la política de promoción del empleo de personas con discapacidad utilizando los servicios del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de conformidad con el artículo 46.1.

Es importante señalar que esta ley reconoce que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás miembros de la sociedad, y se deben tomar medidas especiales para garantizar la igualdad en la práctica. El Estado garantizará un entorno favorable, accesible e igualitario para todas las personas con discapacidad de conformidad con el artículo 4, que reconoce principios fundamentales de la política del Estado como la igualdad inherente, la no discriminación y la igualdad de oportunidades. Además, el artículo 49 de la ley contiene cuotas de empleo para personas con discapacidad. Esto significa que las instituciones públicas deben reservar al menos el 5 % de los puestos de trabajo para personas con discapacidad, mientras que los empleadores privados con más de 50 empleados deben reservar al menos el 3 % de los puestos de trabajo para personas con discapacidad.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se encargará de garantizar el cumplimiento de estas cuotas en el sector privado, mientras que la Autoridad Nacional del Servicio Civil y el Conadis lo harán en el sector público. El artículo 52 de la misma ley reconoce que un trabajador que adquiriera una discapacidad durante su relación laboral tiene derecho a conservar su puesto de trabajo y a ser reubicado en un nuevo puesto; el despido por esta razón está prohibido en todas sus formas. En este caso, se aplicará el inciso d) del artículo 39 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, que establece que el despido es nulo si se basa en discriminación por discapacidad del trabajador. El Reglamento de la Ley n.º 29973, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 002-2014-MIMP de fecha 07 de abril de 2014, establece porcentajes mínimos para la contratación de personas con discapacidad tanto en el sector público como en el privado, así como los requisitos y los procedimientos para cumplir con esta obligación.

En línea con las medidas legislativas adoptadas por el gobierno, la Resolución Ministerial n.º 030-2021-MIMP de 28 de enero de 2021 instituyó la Política Nacional de Desarrollo de la Discapacidad, reconociendo la «discriminación estructural contra las personas con discapacidad» como un problema arraigado. Esta política busca mejorar el compromiso político y social hacia las personas con discapacidad, promover percepciones positivas en la sociedad y garantizar condiciones de accesibilidad, entre otros objetivos, conforme a lo establecido en la mencionada resolución.

Por otra parte, la Resolución Ministerial n.º 127-2016-TR, publicada en *El Peruano* el 29 de junio de 2016, aprobó las normas técnicas para el diseño, implementación y ejecución de ajustes razonables en el empleo de personas con discapacidad en el sector privado. Estas normas establecen las medidas para prevenir la discriminación en todas las etapas del empleo, promover las condiciones laborales seguras y

saludables, asegurar la equidad salarial, facilitar el acceso a derechos laborales y sindicales, y respaldar la orientación laboral, la colocación y la formación profesional.

Asimismo, el Decreto Supremo n.º 001-2020-TR, de fecha 03 de enero de 2020, estableció los lineamientos para la concesión de ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el sector público. Este decreto detalla pautas para otorgar ajustes adecuados en el entorno laboral a los empleados públicos con discapacidad y evaluar si representan una carga excesiva para la entidad con el fin de eliminar la discriminación por motivos de discapacidad. Se proporcionan definiciones clave como ajustes razonables, obstáculos en el lugar de trabajo y enfoque de género, junto con principios fundamentales como la accesibilidad, la autonomía y la no discriminación. El proceso para conceder ajustes razonables se describe desde la identificación de los empleados con discapacidad hasta la solicitud, evaluación e implementación de ajustes. Además, se establecen condiciones para considerar una carga desproporcionada o indebida, especificando criterios para rechazar solicitudes de ajustes y obligaciones para justificar la negativa e identificando la denegación injustificada como una forma de discriminación.

Este desarrollo normativo enfatiza la importancia de los ajustes razonables en la promoción de la igualdad de trato para personas con discapacidad, tanto en el ámbito público como en el privado, permitiendo su plena participación sin experimentar discriminación en el ejercicio de sus funciones o tareas.

5. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS TRIBUNALES EUROPEOS

Desde la perspectiva internacional, se han emitido decisiones judiciales que apoyan el reconocimiento mundial de los derechos laborales de las personas con discapacidad en el contexto de su derecho a la igualdad. Así tenemos, los siguientes casos relevantes:

5.1. Caso n.º 01. Sobre discapacidad y los ajustes razonables en el trabajo

En sentencia 51/2021, de fecha 15 de marzo de 2021, el Tribunal Constitucional español (Sala Primera) declaró fundado el Recurso de Amparo n.º 2950-2018, 2021, que analizó la sanción impuesta a un secretario judicial, sin que se tuviera en cuenta la discapacidad y los ajustes razonables en el trabajo del demandante, vulnerando su derecho a la igualdad y a la no discriminación.

5.1.1. Hechos

1. El recurrente llevaba mes y medio como secretario judicial cuando la unidad de inspección tercera del Consejo General del Poder Judicial realizó una inspección ordinaria en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Haro. El Órgano Inspector identificó que existían indicios objetivos de incumplimiento de sus deberes, pero advirtió que no era un caso de indisciplina, sino de falta de preparación adecuada o de competencia, actitud y aptitud para desempeñar el cargo.
2. La Secretaría de Estado de Justicia impuso al demandante una sanción de suspensión de empleo y salario por un año y un día, por falta grave consistente en repetidos incumplimientos en el desempeño de las responsabilidades

inherentes a su cargo o las tareas asignadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 154.7 del Reglamento Orgánico del cuerpo de secretarios judiciales.

3. El recurrente reveló en la contestación al pliego de cargos, que padecía el Síndrome de Asperger (diagnóstico que había mantenido en secreto porque consideraba que se trataba de información personal), y aportó un informe psiquiátrico del médico que lo trataba desde el año 2002. Sugirió que el instructor considerara la evaluación psiquiátrica, pero esta fue rechazada por su discapacidad en el procedimiento administrativo destinado a poner fin a su relación laboral, y su derecho a «adaptaciones razonables» en el trabajo conforme a las directrices que rigen los derechos de las personas con discapacidad.

5.1.2. Fundamentación

La Sala resolvió el caso señalando que implementar «ajustes razonables» en el lugar de trabajo es esencial para prevenir el tipo de discriminación por discapacidad, que está prohibida por el artículo 14 de la Constitución española. Como se señala en la Observación General n.º 6 (2018) sobre igualdad y no discriminación del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/GC/6), estas modificaciones se integran en el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación de las personas con discapacidad siempre que sea necesaria para garantizar el ejercicio, en igualdad de condiciones, de sus derechos en el lugar de trabajo.

5.1.3. Conclusión

La Sala concluye que la motivación de la administración es insuficiente, porque no responde expresamente a las alegaciones de discapacidad por padecer Síndrome de Asperger ni a la petición de ajustes razonables que el recurrente solicitaba por considerarlos necesarios para eliminar

de las barreras que experimenta y garantizar su desempeño en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

5.2. Caso n.º 02. Sobre discriminación basada en la apariencia de discapacidad

El Tribunal Superior Social de Justicia de Galicia de España, en la sentencia del 14 de abril de 2021 (STSJ GAL 975/2021 - ECLI:TSJGAL:2021:975, 2021), declaró por primera vez en España que se puede utilizar la discriminación basada en la apariencia de discapacidad para anular un despido y obligar a un empleador a reintegrar a un empleado sin tener que devolver salarios impagados. Los magistrados confirmaron la prueba actuada, que un empresario había despedido a su trabajador al día siguiente de sufrir un accidente laboral, vulnerando la ley que prohíbe la discriminación por percepción de discapacidad.

5.2.1. Hechos

El demandante comenzó a trabajar para la empresa AGUASORENSE, S. L. el 6 de julio de 2020 como conductor-repartidor. El 20 de julio de 2020, mientras realizaba sus labores, fue atropellado por un vehículo mientras cruzaba un paso de peatones, lo que resultó en su traslado urgente a un hospital. A pesar de la preocupación inicial de la empresa demandada por la salud del trabajador, tras conocer su estado, procedió a darlo de baja en la Seguridad Social el mismo día del accidente. Por este incidente, el demandante estuvo hospitalizado durante 5 días y fue diagnosticado con politraumatismos debido al atropello en la vía pública, una contusión pulmonar leve y una fractura de huesos nasales al momento de su alta médica.

5.2.2. Fundamentación

La Sala indica que existe una evidente conexión temporal entre el accidente de tráfico, que resultó en una apariencia objetiva de

incapacidad duradera, y la posterior baja en la Seguridad Social, eventos que ocurrieron el mismo día. Esta estrecha relación temporal sugiere un elemento subjetivo en la actuación del empresario, que se hace evidente al asociar causalmente la apariencia de discapacidad con el despido, más aún si se considera la falta de evidencia que indique una falta de diligencia previa en el desempeño laboral.

En resumen, nos enfrentamos a un caso de discriminación por apariencia debido a la discapacidad, claramente comprendido dentro del concepto de discriminación directa por discapacidad establecido en el artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea. Es importante destacar que la definición comunitaria no requiere que el individuo discriminado tenga una discapacidad real, sino que sea discriminado por razón de discapacidad. En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la percepción que el sujeto discriminatorio tiene sobre su discapacidad, independientemente de si realmente la posee o no.

5.2.3. Conclusión

La Sala llega a la conclusión de que el recurso de suplicación sea aceptado en su totalidad, y se concederá la solicitud de nulidad presentada, dado que existen pruebas suficientes de discriminación por apariencia debido al despido luego del accidente y al estado de discapacidad del demandante.

6. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ

Según la normativa procesal laboral vigente en el Perú, Nueva Ley Procesal de Trabajo n.º 29947, en el artículo III del Título Preliminar, establece que en todos los casos judiciales laborales, los jueces tienen

la responsabilidad de garantizar que la desigualdad entre las partes no afecte el curso ni el resultado del proceso. En este sentido, se esfuerzan por lograr una verdadera igualdad entre las partes, priorizando la sustancia sobre la forma y adoptando una interpretación favorable de los requisitos y condiciones procesales para permitir la continuidad del proceso. Específicamente, se enfocan en estos deberes con mayor atención en casos que involucran a mujeres embarazadas, a menores de edad y a personas con discapacidad.

En cuanto a la jurisprudencia relacionada con los derechos laborales de las personas con discapacidad, el Tribunal Constitucional ha emitido diversos dictámenes al respecto:

6.1. Caso n.º 01. Sobre ajustes razonables

Mediante sentencia de fecha 26 de julio del 2023, el Tribunal Constitucional en el proceso de amparo (Expediente n.º 02362-2012-PA/TC, 2023) reconoció el derecho a la educación en igualdad de condiciones a una estudiante con discapacidad en la visión, quien se vio perjudicada por la demandada cuando rindió una evaluación oral en el curso de Derecho de la Regulación y la Competencia en la Maestría de Regulación IV; habiéndose acreditado la afectación a su derecho fundamental a la educación, se ordenó a la demandada que implemente los ajustes razonables necesarios en el caso de la demandante, así como respecto a los demás estudiantes que se encuentren en situaciones similares.

6.1.1. Hechos

La demanda de amparo estaba dirigida contra la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), con el objetivo de inaplicar el numeral 2.2.9 de su Reglamento de Estudios para la demandante, que padece de ambliopía en ambos ojos, enfermedad irreversible causada por cataratas congénitas, lo que resultó en la

pérdida de la visión en su ojo derecho y la mayoría de la visión en su ojo izquierdo.

Esta condición de salud siempre ha requerido que reciba ayuda para realizar sus estudios y para la evaluación oral de sus exámenes. A pesar de haber informado a la institución demandada sobre su situación, se le aseguró que esto no sería un problema y se esperaba que recibiera el mismo trato que durante sus estudios de pregrado. Sin embargo, al finalizar el tercer ciclo de estudios, solicitó permiso al director del programa para rendir una evaluación oral en un curso específico, solicitud rechazada basándose en el numeral 2.2.9 del reglamento de estudios que establece que solo se permiten un máximo de dos exámenes suplementarios a lo largo de la Maestría, lo que vulneró sus derechos a la educación, a la salud, a la dignidad y a la igualdad ante la ley.

6.1.2. Fundamentación

El Tribunal Constitucional indica que la condición de salud de la demandante constituye una limitación que justifica un trato diferenciado, puesto que las condiciones visuales como la catarata, la ambliopía, la atrofia macular en ambos ojos, la retinopatía miópica y la membrana neovascular han resultado en limitaciones visuales confirmadas mediante un certificado de discapacidad. Esto ayuda a entender la situación desigual en la que se encuentra una persona que sufre este tipo de enfermedades, ya sea que las haya tenido desde su nacimiento o que las haya adquirido en la edad adulta. Por lo tanto, se requiere de un tratamiento diferenciado en la sociedad para facilitar su desarrollo personal, profesional y laboral.

6.1.3. Conclusión

El Tribunal determina que en el contexto de que la demandada no ha presentado prueba alguna que respalde su alegato de que trató diferente a la recurrente antes de su separación del Programa de Posgrado, se

supone que tales acciones ocurrieron como señala la demandante. En consecuencia, es evidente que se vulneró el derecho de la demandante a la educación porque no existía documentación que impidiera implementar los ajustes razonables que su educación requería por su discapacidad visual, la cual había manifestado oportunamente a la Escuela de Graduados.

6.2. Caso n.º 02. Sobre discriminación

La Primera Sala de la Corte Constitucional analizó en el Expediente n.º 2317-2010-AA/TC, 2010, del 3 de septiembre de 2010, el caso de un exservidor público despedido que solicitó su inclusión en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente por el Estado Peruano. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo declinó incluirlo por lo que presenta su solicitud de protección contra la discriminación por estar discapacitado por paraplejía. Dado que el demandado no había proporcionado una justificación legítima para la exclusión del demandante, el Tribunal Constitucional analizó que se había vulnerado el derecho del demandante a no ser discriminado.

6.2.1. Hechos

1. El 31 de julio de 2002, el reclamante presentó su solicitud para ser incluido en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente (RNTCI) ante la Comisión Ejecutiva designada por la Ley n.º 27803.
2. El 15 de enero de 2004, el reclamante presentó una petición de revisión a la Comisión Ejecutiva por haber sido excluido de los listados publicados hasta ese momento.
3. El 6 de julio de 2007, se promulgó la Ley n.º 29059, que estableció la revisión de los casos de los extrabajadores cuyos derechos habían sido reconocidos previamente por la Resolución Suprema n.º 034-2004-TR, pero que habían

sido excluidos posteriormente. Esta ley también incluía a aquellos que, a pesar de haber presentado sus expedientes dentro del plazo legal, habían interpuesto recursos de impugnación judicial o administrativa debido a su exclusión de las listas publicadas hasta la fecha.

4. Finalmente, el 3 de septiembre de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión Ejecutiva emitió la carta n.º 06000-2009-MTPE, en la que comunicó al reclamante que: a) No cumplía con el primer requisito del artículo 1 de la Ley n.º 29059, ya que no era un extrabajador excluido por la Resolución Suprema n.º 021-2003-TR; b) No había demostrado de manera objetiva que había impugnado administrativamente alguna de las resoluciones ministeriales mencionadas en el artículo 1 de la Ley n.º 29059; y c) No había presentado una demanda autenticada o legalizada, como lo exigía la Resolución Suprema n.º 185-2007-TR, para confirmar el inicio de algún proceso de impugnación judicial relacionado con su exclusión del registro.

6.2.2. Fundamentación

El Tribunal sostiene que cualquier forma de discriminación, ya sea directa o indirecta, vulnera el derecho a no ser discriminado por motivos expresamente prohibidos por la Constitución. En este sentido, el juez constitucional debe seguir las siguientes pautas: i) Es responsabilidad del demandado, no del demandante, demostrar que no ha habido discriminación; ii) Esta demostración debe someterse a un escrutinio estricto, lo que implica que no es suficiente que el demandado demuestre la legitimidad del propósito y la racionalidad de la medida, sino que también debe justificar la necesidad imperiosa de la misma; y iii) En caso de duda, el juez debe inclinarse hacia la inconstitucionalidad de la medida adoptada.

6.2.3. Conclusión

El Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que la carta n.º 0600-2009-MTPE carece de una justificación adecuada respecto de la no aplicación del principio de analogía vinculante al caso del demandante, como lo establece el artículo 3 de la Ley n.º 29059. Por lo tanto, al haberse demostrado que este actuar de la demandada ha vulnerado el derecho del recurrente a recibir un trato igualitario en la aplicación de la ley, se puede inferir que se ha producido un ejemplo de discriminación indirecta basada en un «motivo sospechoso», que en este caso específico es la discapacidad física del demandante. En consecuencia, la demanda es aceptada también desde este último aspecto.

6.3. Caso n.º 03. Sobre el despido injustificado de un trabajador con discapacidad

La sentencia del Tribunal Constitucional, del 9 de julio de 1999 (STC n.º 324-99-AA/TC, 1999), a pesar de su antigüedad, sigue siendo relevante debido al tema que aborda: el despido injustificado de un trabajador que sufría discapacidad como resultado de las secuelas de la poliomielitis. En esta sentencia se establece que, al estar comprobada la discapacidad del demandante, la empresa demandada no tenía justificación para despedirlo sin tener en cuenta su condición, especialmente si no se demostraba que hubiera incurrido en una falta grave. Por el contrario, se consideró que el despido constituía discriminación negativa basada en la condición de discapacidad del demandante.

6.3.1. Hechos

El 3 de noviembre de 1998, se presenta una demanda de acción de amparo contra el Banco de Materiales para anular la carta n.º 3240-98-ORH-BM, que lo despide el 1 de noviembre de 1998,

alegando violación de su derecho consagrado en el artículo 23 de la Constitución. Se argumenta que debido a que es una persona con discapacidad desde el 7 de agosto de 1959, como secuela de poliomielitis, se encuentra en una situación de desventaja en comparación con otros para obtener empleo, y además afirma que no ha cometido ninguna falta grave que justifique la terminación de su contrato laboral.

6.3.2. Fundamentación

El Tribunal Constitucional indica que la condición de discapacidad del demandante está respaldada por el Informe Médico n.º 022-JSMFR-HIII-DAC-T-IPSS-98 emitido por el Jefe del Servicio Médico de Física y Rehabilitación del Instituto Peruano de Seguridad Social, ratificada por el Certificado Médico del Hospital de Apoyo Departamental Hipólito Unánue de Tacna, que diagnostican al demandante como un paciente con la enfermedad de Heine Medin, secuela de poliomielitis.

6.3.3. Conclusión

En este sentido, sustentado en los artículos 7 y 23 de la Constitución Política, que garantizan el respeto a la dignidad y la protección legal de las personas con discapacidad, interpretados en consonancia con los principios establecidos en los artículos 4 y 7 del Convenio n.º 159 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa n.º 24509, se consideró que el despido constituía discriminación negativa basada en la condición de discapacidad del demandante.

En esa misma línea jurisprudencial, la Corte Suprema también ha analizado temas relacionados con los derechos laborales de las personas con discapacidad, los que pasamos a desarrollar.

6.4. Caso n.º 4. Sobre el registro de Conadis

El 8 de marzo de 2022, la Corte Suprema de la República (Casación Laboral n.º 24267-2019-Lima, 2019), determinó que no se configura discriminación en el acceso al empleo de las personas con discapacidad, cuando el trato diferenciado esté debidamente justificado de manera objetiva; asimismo, es responsabilidad del demandante demostrar su discapacidad, con un certificado médico expedido por una Comisión Médica o mediante el registro o carnet de Conadis. En el caso evaluado, el demandante desde el inicio de su postulación a un puesto laboral de la demandada conocía que se buscaba a un asesor de ventas y servicios con al menos 2 años de experiencia para la inserción laboral de personas con discapacidad física en miembros superiores o inferiores. Sin embargo, el demandante no demostró que su discapacidad se ajustara a los criterios objetivos requeridos para el puesto, ya que su discapacidad era por un trastorno del sueño (insomnio), incumpliendo los requisitos específicos para el trabajo ofrecido.

6.4.1. Hechos

1. Mediante una Ficha de Solicitud de Búsqueda de Personal-PCD del 11 de agosto de 2017, Scotiabank S. A. A. solicitó al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la contratación de dos asesores de venta y servicios con al menos dos años de experiencia en el cargo. En la descripción del puesto se especificaba que se buscaba la inserción de personas con discapacidad, con énfasis en discapacidades físicas en miembros superiores o inferiores.
2. El demandante postuló al puesto ofrecido por correo electrónico, adjuntando su *curriculum vitae*, pero sin incluir su Certificado de Discapacidad. Manifestó su intención de presentar este certificado en una eventual entrevista. De esta manera, desde el inicio de su postulación, el demandante

no proporcionó evidencia que acreditara su condición de discapacidad declarada.

6.4.2. Fundamentación

La Corte Suprema indica respecto a la alegación del demandante sobre la presunta falta de atención por parte de la empresa demandada a su solicitud de ajustes razonables, que en dicha solicitud el demandante solicitó ajustes en requisitos y experiencias, aspectos que no están contemplados en el inciso c) del artículo 3 de la Resolución Ministerial n.º 127-2016-TR. Esta resolución aprueba las normas técnicas para el diseño, implementación y ejecución de ajustes razonables para el empleo de personas con discapacidad en el sector privado, así como el formato de solicitud de ajustes razonables que es aplicable al caso en cuestión debido a su relevancia temporal.

6.4.3. Conclusión

La conclusión de la Corte Suprema es que el demandante estaba al tanto de la discapacidad objetiva requerida desde el inicio de su postulación, pero no logró demostrarla en ese momento. Resulta incoherente que luego pretenda argumentar que su discapacidad se debe al trastorno del sueño (insomnio). Además, en cuanto a los ajustes razonables, no se puede solicitar que se apliquen a los requisitos y la experiencia, ya que esto no está contemplado en la normativa reglamentaria de los ajustes razonables para el empleo de personas con discapacidad en el sector privado.

6.5. Caso n.º 05. Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional de la persona con discapacidad

En la Casación n.º 11263-2018-ICA, 2020, pp. 1361-1363, publicada en el diario *El Peruano*¹ con fecha 07 de octubre de 2021, la Corte

1 <https://diariooficial.elperuano.pe/Casaciones>

Suprema estableció que cualquier individuo, especialmente aquellos con discapacidad, tiene el derecho absoluto de acudir al sistema judicial en busca de una protección efectiva cuando, en una relación privada, no se han realizado los ajustes necesarios para asegurar que pueda disfrutar plenamente de su derecho a la salud. Esto implica que los jueces deben evitar que la disparidad entre las partes influya en el curso o resultado del proceso, trabajando con un enfoque dirigido a resolver el fondo del asunto por encima de las formalidades para lograr una igualdad genuina entre ellas.

6.5.1. Hechos

La demandante presentó una demanda buscando la declaración de nulidad parcial de una transacción extrajudicial realizada con la demandada y la compensación por daños sufridos, debido a que producto de un accidente laboral perdió la pierna derecha y es ahora una persona con discapacidad conforme a la Resolución Directoral n.º 02761-2008-DGPDIS/REG-MIMDES de fecha 14 de abril de 2008. Solicitó un total de S/ 7 700 184.81 en concepto de indemnización por daños. La sentencia de primera instancia declaró fundadas las excepciones de conclusión del proceso por transacción y prescripción extintiva, y desestimó la demanda. La sentencia de segunda instancia confirmó la sentencia apelada, encontrando fundadas las excepciones y rechazando la demanda de nulidad parcial de la transacción extrajudicial.

6.5.2. Fundamentación

En este caso particular, la Corte Suprema estima importante evaluar las circunstancias especiales de la demandante, quien, como resultado de un accidente laboral, forma parte de un grupo que necesita una protección adecuada contra acciones que vulneren su dignidad y obstaculicen su acceso a una tutela judicial efectiva. El artículo 7 de la Constitución Política del Perú establece el derecho a la protección

de la salud de manera individual, familiar y comunitaria, así como el deber de promover y defender este derecho. Además, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a ser tratadas con dignidad y a recibir un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Resalta que al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo, el Estado peruano adquirió compromisos internacionales para promover, proteger y garantizar en igualdad de condiciones los derechos humanos y las libertades de las personas con discapacidad. Esto implica que los Estados deben adoptar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, incluyendo la eliminación de cualquier discriminación por motivos de discapacidad.

Argumenta que en el ámbito laboral se aplica el principio protector que reconoce la desigualdad existente entre el empleador y el trabajador, justificando la necesidad de ajustar razonablemente las condiciones laborales para equilibrar esta situación. La ley laboral prioriza la protección de la madre, del menor de edad y del trabajador discapacitado, garantizando que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni menoscabe la dignidad del trabajador.

6.5.3. Conclusión

En dicho contexto argumentativo, la Corte Suprema reconoce que la transacción extrajudicial no puede ser una barrera para la búsqueda de una tutela judicial efectiva, especialmente si se sospecha discriminación por discapacidad. Por lo tanto, los jueces laborales, ante la mínima sospecha de un acto de discriminación en razón de la discapacidad del accionante al no tener en cuenta al momento de negociar el estado de salud de la persona discapacitada, su dependencia al empleador y no haberle posibilitado la asesoría jurídica especializada, tienen la

obligación de analizar a fondo la controversia y de evaluar la transacción extrajudicial que contravenga al goce de un derecho fundamental como la salud y seguridad en el trabajo. No puede detentar la calidad de cosa juzgada y convertirse en una barrera para la búsqueda de tutela judicial efectiva de la persona con discapacidad, basándose en una interpretación incorrecta de la ley.

6.6. Caso n.º 06. Sobre el derecho a la pensión de personas con discapacidad

En la Casación n.º 17180-2018-Lima, 2019, pp. 289-291, publicada en el diario *El Peruano*, con fecha 06 de octubre de 2020, la Corte Suprema señala que, conforme al régimen actual de pensiones del personal militar y policial, corresponde la restitución de la pensión de orfandad en favor del hijo mayor de edad en situación de discapacidad física o mental, al haber sido declarado nulo el matrimonio contraído por este. No obstante, dicha normativa debe revisarse a la luz del Decreto Legislativo n.º 1384 y su reglamento que sustituye la interdicción por el modelo social de apoyos y salvaguardias.

6.6.1. Hechos

El caso trata sobre la restitución de la pensión de orfandad en favor de un hijo mayor de edad con discapacidad física o mental. La demandante sostiene que su hermano fue declarado interdicto debido a su debilidad mental, lo que llevó a que ella fuera designada como su curadora. Se otorgó una pensión de orfandad a favor de su hermano, la cual fue cancelada posteriormente por la Policía Nacional del Perú, argumentando que contrajo matrimonio. Sin embargo, dicho matrimonio fue declarado nulo judicialmente.

La sentencia de primera instancia declaró improcedente la demanda fundamentando principalmente que si bien una de las causales que establece el artículo 45 de la Ley n.º 19846 es que se pierde

el derecho a pensión de orfandad en caso de ulterior matrimonio, también es cierto que el demandante, a quien se le otorgó dicha pensión, fue en calidad de persona interdicta que posteriormente contrajo matrimonio; por tanto, existiría la posibilidad que el matrimonio podría subsumirse dentro de las causales del artículo 274 o 277 del Código Civil, lo cual no le permite pronunciarse sobre el tema de fondo, decisión que fue confirmada por la instancia superior.

6.6.2. Fundamentación

La instancia suprema destaca que la pensión es un derecho humano fundamental reconocido y garantizado en la Constitución Política del Estado. El artículo 10 establece el derecho universal a la seguridad social para proteger a las personas de contingencias previstas en la ley para mejorar su calidad de vida. El artículo 11 garantiza el acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

A partir de lo anterior, concluye que la pensión es esencial para la subsistencia de toda persona, especialmente cuando se trata de individuos vulnerables, como aquellos con discapacidad. Esto se fundamenta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reconoce la protección del derecho fundamental a la pensión.

En el caso específico, se otorgó una pensión de orfandad al demandante debido a su discapacidad mental, siendo designada su hermana como curadora. Sin embargo, cuando contrajo matrimonio, la pensión fue cancelada por una resolución administrativa. Posteriormente, se determinó que dicho matrimonio fue declarado nulo por un proceso judicial, lo que invalida la cancelación de la pensión.

Además, se enfatiza el cambio del paradigma referido a la sustitución del régimen de interdicción por un modelo de apoyos y salvaguardias para personas con discapacidad, basado en el Decreto

Legislativo n.º 1384 y su Reglamento, que reconocen la plena capacidad jurídica de la persona con discapacidad y elimina el sistema de interdicción civil.

6.6.3. Conclusión

El Tribunal Supremo concluye que la entidad demandada debe emitir una nueva resolución restableciendo el derecho a la pensión del demandante desde su cancelación y pagar las pensiones devengadas hasta la fecha de restablecimiento del derecho, dado que debía reconocerse la vulnerabilidad en que se encontraba el demandante debido a su discapacidad.

6.7. Caso n.º 07. Sobre el despido injustificado de un trabajador con discapacidad

En la Casación Laboral n.º 23826-2017 Lima Norte, 2019, pp. 878-881, publicada en el diario *El Peruano* con fecha 07 de febrero de 2020, la Corte Suprema reconoce que la imputación de causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador no cumplía con los requisitos legales, lo que lleva a concluir que se trata de un despido fraudulento.

6.7.1. Hechos

El demandante solicita su reposición laboral debido a un despido que consideraba fraudulento, argumentando que la causal invocada por la demandada no se ajustaba a lo establecido en la normativa laboral. El demandante era ayudante de producción durante 7 años, hasta su despido por la causal relacionada con su diagnóstico de epilepsia, según lo dispuesto en el artículo 23 Texto Único Ordenado del D. Leg. n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral - del Decreto Supremo n.º 003-97-TR.

En la sentencia inicial, se rechazó la demanda al considerar que el despido se basó en la incapacidad permanente del trabajador, y

que para que un despido sea considerado fraudulento debe haber pruebas de fraude por parte del empleador, las cuales no se demostraron; consideró que la condición médica del demandante, quien admitió tener epilepsia desde los diecisiete años, no fue objeto de disputa por lo que se rechazó la demanda.

En la sentencia de apelación, el Colegiado revocó la decisión anterior y la consideró fundada, argumentando que la empresa no realizó los ajustes razonables requeridos por ley para adaptarse a la condición médica del trabajador, como se establece en el artículo correspondiente; se evidenció que la empresa no implementó un programa de tratamiento para el demandante y las medidas tomadas no fueron suficientes para cumplir con los ajustes razonables; además, los informes médicos de la empresa fueron considerados como actos discriminatorios hacia el trabajador.

6.7.2. Fundamentación

La Corte Suprema sustentó que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1988 establece el derecho al trabajo como la oportunidad de asegurar medios para una vida digna mediante una actividad lícita libremente escogida; el Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 1124-2001-AA/TC, define este derecho como el acceso al empleo y la protección contra el despido injustificado; y que la Ley General de la Persona con Discapacidad, en concordancia con la Constitución del Perú, garantiza el derecho al trabajo en igualdad de condiciones, así como la obligación de proporcionar los ajustes razonables en el lugar de trabajo para las personas con discapacidad y promover la conservación del empleo para aquellos que adquieren una discapacidad durante su relación laboral.

Enfatiza que, según el Censo Nacional de Población y Vivienda del INEI de 2017, había 3 510 612 personas con discapacidad en el Perú, lo que representaba el 10.4 % de la población total. Sin embargo,

la discriminación y la exclusión social hacia estas personas siguen siendo un problema; finalmente, evalúa que el despido fraudulento está proscrito por la jurisprudencia constitucional, se refiere a la terminación injustificada de una relación laboral con el propósito de perjudicar al trabajador.

6.7.3. Conclusión

En el caso en cuestión, el demandante fue despedido debido a su diagnóstico de epilepsia. Aunque la empresa justificó el despido alegando que esta enfermedad generaba la incapacidad del trabajador para continuar sus labores y que los informes médicos presentados no estaban certificados por entidades médicas oficiales, lo que invalidó la causal invocada, llevó a concluir que el despido fue fraudulento; por ello, a pesar de haber seguido los procedimientos formales, la falta de cumplimiento de los requisitos legales esenciales resultó en la invalidez de la justificación del despido.

7. CONCLUSIONES

Las personas con discapacidad tienen derechos equiparables a los de las demás personas, como el derecho a la educación y al empleo en condiciones de igualdad por lo que tanto entidades públicas como privadas deben realizar los ajustes razonables según lo consideren necesario.

En caso de que un trabajador adquiriera una discapacidad durante una relación laboral, tiene derecho a conservar su empleo y a ser reintegrado tras recibir la rehabilitación correspondiente, siendo nulo cualquier despido por discriminación por discapacidad.

La discapacidad debe ser demostrada al postular a un empleo, pudiendo acreditarse mediante certificado médico o inscripción en el Conadis.

El Estado peruano está obligado a proteger y promover los derechos laborales de las personas con discapacidad, dada su situación de vulnerabilidad y el reconocimiento conferido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de 2006.

La jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema muestran una consistencia relevante al brindar protección judicial a las personas con discapacidad, garantizando el reconocimiento pleno de sus derechos laborales en igualdad de condiciones, conforme a los tratados y a la jurisprudencia internacional.

8. RECOMENDACIONES

A pesar de las disposiciones legales que protegen los derechos de los trabajadores con discapacidad, se identifican deficiencias en su implementación. Se sugiere establecer o promover mecanismos de vigilancia e inspección más eficaces para garantizar el cumplimiento de las cuotas laborales.

Es necesario intensificar los esfuerzos para mejorar la accesibilidad y la adaptabilidad de los entornos laborales, tanto públicos como privados, con el fin de facilitar la plena participación de las personas con discapacidad.

La promoción del respeto a la diversidad y la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral es crucial para combatir la discriminación y el estigma hacia las personas con discapacidad. Se recomienda realizar acciones de sensibilización, de educación y de compromiso social para proteger sus derechos.

REFERENCIAS

- Bach, M. (2017). *El Derecho a la capacidad en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)*. Universidad de Manitoba.
- Casación Laboral n.º 24267-2019-Lima. Discriminación en el acceso al Trabajo. Corte Suprema de la República (08 de marzo de 2019).
- Casación Laboral n.º 23826-2017 Lima Norte. Reposición por despido fraudulento de persona con discapacidad. Corte Suprema (12 de diciembre de 2019).
- Casación n.º 11263-2018-Ica. Tutela jurisdiccional efectiva de personas con discapacidad Corte Suprema (21 de octubre de 2020).
- Casación n.º 17180-2018-Lima. El derecho a la pensión de personas con discapacidad. Corte Suprema (09 de diciembre de 2019).
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Organización de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>
- Discapacidad (s/f). OPS/OMS - Organización Panamericana de la Salud/ Organización Mundial de la Salud. <https://www.paho.org/es/temas/discapacidad>
- Expediente n.º 2317-2010-AA/TC. Proceso de Amparo sobre Discriminación. Tribunal Constitucional (03 de septiembre de 2010).
- Expediente n.º 02362-2012-PA/TC. Proceso de Amparo. Tribunal Constitucional (26 de julio de 2023).
- Forcada Rojkin, C. I. (2024). La inserción de personas con discapacidad en el mercado laboral privado. *Invenio*, 18(35), noviembre, 2015, 85-104. <https://www.redalyc.org/pdf/877/87742317006.pdf>

Recurso de Amparo n.º 2950-2018, Sentencia 51/2021. Tribunal Constitucional de España (15 de marzo de 2021).

STC n.º 324-99-AA/TC. Proceso de Amparo sobre despido injustificado. Tribunal Constitucional (09 de julio de 1999).

STSJ GAL 975/2021 - ECLI:TSJGAL:2021:975. Nulidad de despido por discriminación Tribunal Social Superior de Justicia de Galicia (14 de abril de 2021).

Wolbring, G. (2008). Ableism and Favoritism for Abilities Governance, and Policies Inspired by Ableism and Favoritism for Abilities: A Disability Studies Perspective. *Journal of Research in Special Educational Needs*.

Financiamiento:

Autofinanciado.

Conflicto de interés:

El autor declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría:

Recojo, análisis e interpretación de los datos sobre el tema referido al acceso a la justicia mediante el lenguaje sencillo y su concepción, así como el diseño del presente trabajo.

Agradecimientos:

Se agradece los alcances brindados por la autora Forcada Rojkin, C. por su disertación respecto de la inserción de personas con discapacidad en el mercado laboral.

Biografía del autor:

Martín Eduardo Ato Alvarado es abogado por la Universidad de Lima, maestro en Derecho Empresarial por la Universidad Nacional

Federico Villareal. Tiene estudios concluidos de doctorado en Derecho en la Universidad Privada Antenor Orrego. Ha realizado un diplomado en Alta Dirección y Gerencia para el Sector Justicia de la Escuela de Alta Dirección de la Universidad de Piura. Es egresado en el 16 Programa de Capacitación para el Ascenso - IV Nivel-Jueces Supremos. Asimismo, ha sido juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de Piura, desde el año 2004 hasta diciembre del 2018. Actualmente, se desempeña como juez supremo provisional, magistrado de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República desde el 02 de enero del 2019 a la fecha. Habiendo sido docente universitario en postgrado en Derecho, dicta el curso de Teoría General del Derecho Civil, Responsabilidad Civil y Defensa Internacional de los Derechos Humanos en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Piura. Además, es integrante del Componente de Administración de Tribunales en el marco del Acuerdo de Colaboración Institucional entre el Poder Judicial y la Oficina del Comisionado para Asuntos Federales de la Judicatura de Canadá, que elaborará el documento relacionado al Proyecto de Mejoramiento de los Sistemas Judiciales para el Comercio y la Economía (Proyecto Justicia), y es miembro del Legal Writing Institute LWI - United States.

Correspondencia:

mato@pj.gob.pe



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 57-80
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.974>

Factores de vulnerabilidad en niños y adolescentes víctimas de violencia sexual

Vulnerability Factors in Children and Teenagers Victims of Sexual
Violence

Fatores da vulnerabilidade em crianças e adolescentes vítimas da
violência sexual

SHERLY TANIA BUSTAMANTE MAITA
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: sbustamantem@pucp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-2921-8591>

EDWIN WILSON VILLANUEVA ALTAMIRANO
Poder Judicial
(Lima, Perú)

Contacto: evillanuevaa@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0009-0009-6761-2726>

RESUMEN

La violencia sexual es un problema multidimensional con una incidencia ascendente, sus consecuencias generan estragos a corto y a largo plazo en la víctima, así como en la sociedad. De acuerdo con la teoría de la vulnerabilidad, existen factores individuales que hacen que una persona sea más susceptible de padecer algún daño producto de las condiciones ambientales. Los menores de edad son vulnerables a ser víctimas de violencia sexual por su etapa evolutiva, y adicionalmente existen otros factores que actúan como catalizadores de la victimización, los cuales no siempre son identificados oportunamente por los auxiliares y los operadores del derecho. Bajo un enfoque cualitativo y producto de la revisión de la literatura científica, así como de las «Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad», el presente artículo sistematiza una serie de factores de vulnerabilidad en los casos de violencia sexual y los medios necesarios para su evaluación. Los resultados diferencian nueve tipos de factores de vulnerabilidad que pueden ejercer como mediadores del impacto de la violencia sexual en este grupo etario. Asimismo, se recomienda que la evaluación de la vulnerabilidad se efectúe desde un enfoque interdisciplinario y forense con el fin de obtener resultados que formen parte del acervo probatorio dentro del proceso penal.

Palabras clave: victimización; niños y adolescentes; delitos contra la libertad sexual; población vulnerable; prueba.

Términos de indización: niño; adolescencia; abuso sexual, grupo desfavorecido; procedimiento legal (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

Sexual violence is a multidimensional problem with an increasing incidence, its consequences generate short and long term havoc on the victim, as well as on society. According to the theory of vulnerability,

there are individual factors that make a person more susceptible to suffering damage from environmental conditions. Minors are vulnerable to being victims of sexual violence due to their evolutionary stage and in addition there are other factors that act as catalysts for victimization, which are not always identified in a timely manner by legal assistants and operators. Under a qualitative approach and product of the review of scientific literature, as well as the «Brasília Rules on Access to Justice for People in Vulnerable Conditions», this article systematizes a series of vulnerability factors in cases of violence. sexual and the means necessary for its evaluation. The results differentiate nine types of vulnerability factors that can act as mediators of the impact of sexual violence in this age group. Likewise, it is recommended that the vulnerability assessment be carried out from an interdisciplinary and forensic approach, in order to obtain results that form part of the body of evidence within the criminal process.

Key words: victimization; children and adolescents; crimes against sexual freedom; vulnerable population; proof.

Indexing terms: children, adolescence; sexual abuse; disadvantaged group; legal procedure (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A violência sexual é um problema multidimensional com incidência crescente, suas consequências geram estragos a curto e longo prazo para a vítima, bem como para a sociedade. Segundo a teoria da vulnerabilidade, existem fatores individuais que tornam uma pessoa mais suscetível a sofrer danos decorrentes das condições ambientais. Os menores são vulneráveis a serem vítimas de violência sexual devido ao seu estágio evolutivo e além disso existem outros fatores que funcionam como catalisadores da vitimização, que nem sempre são

identificados atempadamente pelos assistentes e operadores jurídicos. Sob uma abordagem qualitativa e produto da revisão da literatura científica, bem como das «Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça para Pessoas em Condições de Vulnerabilidade», este artigo sistematiza uma série de fatores de vulnerabilidade em casos de violência sexual e os meios necessários para sua avaliação. Os resultados diferenciam nove tipos de fatores de vulnerabilidade que podem atuar como mediadores do impacto da violência sexual nesta faixa etária. Da mesma forma, recomenda-se que a avaliação da vulnerabilidade seja realizada a partir de uma abordagem interdisciplinar e forense, a fim de obter resultados que façam parte do acervo probatório do processo penal.

Palavras-chave: vitimização; crianças e adolescentes; crimes contra a liberdade sexual; população vulnerável; prova.

Termos de indexação: criança; adolescência; abuso sexual; grupo desfavorecido; procedimento legal (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/03/2024
Aceptado: 14/06/2024

Revisado: 04/04/2024
Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la vulnerabilidad es un concepto que pertenece al campo de la salud pública y es entendida como el nivel de susceptibilidad de una persona para adquirir una enfermedad. Estas características individuales son conocidas como factores de vulnerabilidad y se presentan a nivel físico, psicológico y social, de tal forma que existen grupos poblacionales que son más vulnerables que otros bien sea por su género, su edad, su predisposición genética, sus condiciones socioeconómicas, educativas o su procedencia étnica, entre otros

factores. El reconocimiento de las personas vulnerables así como de los grupos vulnerables facilita e incrementa la efectividad de las actividades de prevención secundaria, de tal forma que los diagnósticos y las tareas de abordaje son más precisos y toman menos tiempo (Chesnay y Anderson, 2016, pp. 5-14). En ese sentido, los menores de edad reúnen un grupo de condiciones que los hacen más susceptibles a padecer de diversas enfermedades como a ser pasibles de diferentes actos ilícitos.

Los niños y adolescentes por su naturaleza se encuentran en proceso de desarrollo multidimensional, de tal forma que si bien es cierto pueden comunicarse, muchos de ellos aún no comprenden los términos abstractos; si bien algunos pueden realizar operaciones matemáticas, no obstante aún no son capaces de planificar su proyecto de vida o adaptarse a los cambios y estresores hallados en su medio (García y Delval, 2019, pp. 8-17).

Por largo tiempo se ha mantenido la creencia de que la violencia sexual se subsume al acto de acceso carnal de una persona mayor de edad hacia una menor de edad, y en el que siempre se hace empleo de la fuerza física; asimismo, se ha relacionado a ideas como la honorabilidad de la víctima o la descalificación por su estilo de vida (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 65; Poder Judicial, 2021, p. 5). Lo cierto es que las violencias sexuales se manifiestan bajo distintas modalidades y van más allá del contacto físico, se presentan bajo las figuras de acoso sexual, tocamientos indebidos, matrimonios forzados, hostigamiento sexual, entre otras (Organización Mundial de la Salud, 2013, pp. 1-6). Asimismo, se sabe que las víctimas tienen características sociodemográficas diversas, es decir que no siempre son mujeres, también hay varones vulnerados, que provienen de distintos estratos socioeconómicos, de diferentes niveles educativos, etc. (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2021, pp. 33-37; Niño de Rivera et al., 2021, pp. 1-4).

En toda dinámica de violencia sexual a un menor de edad, se halla la presencia de un desequilibrio de poder de tal forma que el agresor puede ser un familiar, un docente, un conocido de la familia, etc., mientras que la víctima se halla en un contexto de desventaja o vulnerabilidad (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2021, pp. 39-42). Esta diferencia de poderes incrementa la reprochabilidad de la acción delictiva y son descritas en las circunstancias agravantes en delitos como la violación sexual de tal forma que el inciso 11 del artículo 170 del Código Penal Peruano indica que una agravante del delito se comete cuando la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad; asimismo, el artículo 173 del mismo Código hace referencia a que la violación sexual a una menor de 14 años tiene una pena de cadena perpetua (Código Penal, 2024, pp.181-185).

Asimismo, dentro de los medios de prueba en estos delitos, se hace énfasis en los informes periciales psicológicos y sociales que acreditan la presencia de cuadros de afectación, la cual es experimentada por los menores como producto de un evento de connotación sexual. Con respecto a los informes periciales en psicología forense, se aprecia que un amplio número de profesionales orientan sus esfuerzos en determinar la presencia o ausencia del cuadro de afectación psicológica; no obstante, dejan de lado la identificación de factores de vulnerabilidad; a pesar de que constituye un objetivo de la evaluación psicológica forense de acuerdo con la guía de evaluación vigente (Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de violencia contemplados en el marco de la Ley n.º 30364, 2021, p. 35), acuerdos internacionales y jurisprudencia (Acuerdo Plenario 001-2016/CJ-116, p. 44; Rodas, 2022, p. 341).

Ahora bien, es evidente que los menores de edad son vulnerables por su condición de tal, por sus escasos años y su limitada experiencia para conducirse en la vida, y sus limitadas estrategias de afrontamiento;

empero, la vulnerabilidad traspasa la edad cronológica de un niño o un adolescente. Es decir que existen otros factores que se suman a su condición de vulnerabilidad y están representados por variables como el género, la discapacidad, la enfermedad, etc.; situaciones que no han sido elegidas por el menor de forma voluntaria y que lo colocan en una situación de indefensión en comparación con personas que tienen mayor edad.

Como parte de la regulación jurídica internacional, una comisión internacional de juristas ha tenido la tarea de integrar un grupo de buenas prácticas a fin de coadyuvar en el acceso a la justicia a este grupo de personas vulnerables (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 21) y dentro de su contenido encomienda a los países tratantes la difusión y visualización de las condiciones de vulnerabilidad en distintas poblaciones. El presente artículo ha buscado responder a estas tareas, enfatizando en la población de niños y adolescentes que han sido víctimas de violencia sexual bajo distintas modalidades.

Así mismo, los resultados de esta revisión e identificación conceptual se materializan en una propuesta para valorar cada uno de los factores de vulnerabilidad bajo un abordaje de cooperación entre distintas disciplinas científicas y tomando en cuenta que muchos de los factores de vulnerabilidad se presentan de forma concomitante (Jacobs, 2022, p. 16) e incrementan el nivel de susceptibilidad victimológica en un niño o adolescente.

2. VIOLENCIA SEXUAL EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Echeburúa y Guerricaechevarría (2021) sostienen que una modalidad de violencia que no diferencia los diversos factores sociodemográficos, culturales, estratos sociales y económicos, etc., es la violencia sexual. Esta situación, por lo general, ocurre cuando una persona mayor

que el niño es la responsable de realizar actos de connotación sexual. Estas conductas están dirigidas a un menor de edad, quien siempre se encontrará en una situación de vulnerabilidad. Bajo esta dinámica, son muchos los agresores que se aprovechan del poder, así como de la confianza que los menores han depositado previamente (Women's Department Ministry of Human Development, 2012, pp. 10-17).

Acorde con la victimología, se aprecia que en reiteradas ocasiones las víctimas de violencia sexual se sienten responsables de los hechos ocurridos (Finkelhor, 2005, p. 43) y temen el estigma social a los que pueden estar expuestas; en otros contextos, desconocen el procedimiento a seguir para denunciar la violencia sexual, y en otro grupo de víctimas se sienten desalentadas para presentar su demanda, puesto que percibe que el sistema de justicia va a actuar de forma lenta (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 184). Estas circunstancias agravan la condición de la víctima, en tanto que la misma se autopercibe con menor dignidad, y a su contexto como un lugar inseguro y altamente hostil (Acuña, 2014, pp. 62-66). La lejanía que siente el menor vulnerado para alcanzar justicia constituye un problema no solo para el menor, sino también para sus múltiples contextos de relación; por lo tanto, el reconocimiento de sus condiciones de vulnerabilidad ayudará a que el abordaje de la víctima no sea asistencialista y tampoco indiferente, sino que esté atestado de respeto por la dignidad y por todos los demás derechos del menor, durante y después de todo el proceso de develamiento y posterior denuncia.

A diferencia de lo que se creía en épocas pasadas, la violencia sexual no se circunscribe a acceso carnal sexual, sino que cualquier tipo de conducta que implique contacto físico, lenguaje no verbal, discurso inapropiado, etc., y que tenga connotación sexual sin el expreso consentimiento de la persona receptora se constituye en una forma de violencia sexual. Es decir que un factor que define la violencia sexual es la falta de consenso para las personas mayores de 18 años, así mismo

en el caso de los niños, niñas y adolescentes. A pesar de que puede consentimiento aparente en el caso de un menor de edad, este último deberá ser valorado a la luz de su madurez psicológica (cognitiva, volitiva y afectiva).

Como producto de la revisión de las características de las víctimas de violencia sexual se sabe que muchas personas podrían llegar a ser víctimas de violencia sexual; no obstante, existe una mayor cantidad de víctimas mujeres menores de edad vulneradas en su mayoría por varones mayores de edad. Las modalidades van desde el contacto carnal hasta la exposición de material pornográfico, no apto para menores de edad por razones obvias. Tomando en cuenta que, durante la dinámica delictiva, la persona agresora no siempre emplea la fuerza física, así mismo después del evento de connotación sexual el menor no necesariamente demuestra incomodidad o insatisfacción, obviamente, no puede interpretarse como la ausencia de vulneración de los derechos del menor. Muchas veces, el menor por su etapa de desarrollo carece de conceptos que le permitan valorar de manera negativa o positiva un evento vivido, y como es de comprender, mucho menos bajo la mirada de la vulneración de sus derechos fundamentales.

Asimismo, resulta de vital importancia conocer algunas de las modalidades que se subsumen en la categoría de violencia sexual, teniendo en consideración que no se puede comparar de forma arbitraria el nivel de afectación que cada una provoca en los menores; en tanto, se sabe que el nivel de afectación está sujeto a la presencia de factores mediadores diversos como las características del desarrollo de la personalidad, los factores protectores como la resiliencia, las redes de apoyo social, la capacidad de adaptación, la vulnerabilidad, entre otros.

Tabla 1

Modalidades de la violencia sexual

Con contacto físico	Sin contacto físico
Violación sexual (existe presencia del acto carnal, mediante la penetración al cuerpo del menor, con un objeto o cualquier parte del cuerpo).	Acoso sexual
Tocamientos indebidos de parte del agresor al menor, de parte del menor a terceros (bajo el mandato del agresor), así como de parte del menor al agresor.	Exposición de imágenes con contenido sexual o del cuerpo del agresor, en las que se muestran las partes íntimas descubiertas (incluyendo la masturbación del agresor en frente del menor). Dentro de esta área, también se encuentra la negligencia parental, cuando el menor es expuesto a percibir las relaciones sexuales que tienen los progenitores, por descuido, así como por la cohabitación con el menor.
Trata de personas en las modalidades de explotación sexual y matrimonios forzados con menores de edad.	Observar al menor, mientras este se encuentra desnudo (mientras se da una ducha o en cualquier otro contexto).

Fuente: Adaptado de Arbulú, 2019, p. 143; Goldson, 2022; Echeburúa y Guerricaechevarría, 2021.

Por otro lado, existe evidencia que muestra que muchos perpetradores de la violencia sexual con contacto, previamente, han ejecutado actos de violencia sexual sin realizar tocamientos al menor agraviado, es decir que para llegar a consumar el acto de la penetración, habrían estructurado su conducta a modo de aproximaciones sucesivas, con el objetivo de que el menor no muestre sintomatología ansiosa frente a hecho; no obstante, esta ausencia de temor no evita que el menor muestre manifestaciones psicopatológicas a largo plazo así como otras consecuencias.

3. EL MODELO ECOLÓGICO DE LA VIOLENCIA Y DE LA VIOLENCIA SEXUAL

El empleo de un modelo para explicar un determinado fenómeno coadyuva a tener una mejor comprensión de la situación problemática; este es el caso de la violencia como problema jurídico, social y de salud pública. El modelo ecológico cumple con esta función, se denomina así porque en su descripción comprende varios contextos donde se desarrolla e interactúa la persona, es decir que no la percibe de forma aislada. Este modelo ha sido empleado y recomendado por la Organización Mundial de la Salud con el fin de explicar el fenómeno de la violencia de pareja, intergeneracional y otras modalidades (Etienne et al., 2013).

Así también, el modelo ecológico permite la identificación de los factores de vulnerabilidad, riesgo y protección de un determinado problema; y al determinar estos factores, más adelante se pueda abordar la construcción de las diligencias necesarias para buscar su prevención integral. Gracias a este modelo se ha logrado identificar los factores de vulnerabilidad a la victimización de diversas formas de violencia sexual en niños, niñas y adolescentes (Van y Ploem, 2019).

Por otro lado, dentro del modelo en mención, resulta sorprendente la cantidad de veces en las que se emplean como sinónimos los términos «vulnerabilidad» y «riesgo»; más allá de las consecuencias en el orden semántico, es posible que se genere confusión y esta inadecuada identificación desencadene en la desprotección de la menor víctima de violencia sexual, a través de prácticas revictimizantes. Cuando los factores se encuentran dentro del individuo, son denominados «factores de vulnerabilidad»; y cuando estos factores caracterizan el contexto que se encuentra fuera del cuerpo y/o psique del individuo, son denominados «factores de riesgo».

Las condiciones que colocan a los menores en una situación de riesgo y que se relacionan con la violencia sexual se encuentran dentro de los sistemas relacionales del menor. Están presentes desde la cultura donde se desenvuelve el niño y sus demás sistemas, así como la familia y la escuela, historias de victimización previa, hábitos y costumbres que han normalizado la violencia sexual, la pertenencia a un grupo excluido, tener progenitores negligentes que carecen de competencias parentales, o bien que se encuentran presos, que son inmigrantes, en están en estado de pobreza y analfabetismo, alejados de la urbe, con enfermedades mentales o físicas, o que tienen una lengua diferente, entre otras condiciones externas (ONU, 2020, Arrom et al., 2022).

4. FACTORES DE VULNERABILIDAD

Los factores de vulnerabilidad están compuestos por un conjunto de condiciones ajenas a la voluntad de la persona y representan limitaciones para ejercer sus derechos (Stanko, 2009), entre ellos, lograr acceder al sistema de Justicia. A diferencia de los factores de riesgo, las condiciones de vulnerabilidad son condiciones internas y están ubicadas en el sistema individual acorde con el modelo ecológico de la violencia. Uno de los documentos normativos de corte internacional que se tiene para la sistematización de los factores de vulnerabilidad es el grupo de medidas conocido como «Las 100 Reglas de Brasilia» y que, a su vez, conforman un grupo de medidas que buscan acercar a las poblaciones vulnerables al acceso a la Justicia. Este documento tiene más de 14 años de haber sido aprobado en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. En el Perú, acorde con la Resolución Administrativa del Poder Judicial n.º 198-2020-CE-PJ, se ratifica la práctica y el empleo de las definiciones de vulnerabilidad así como de su clasificación:

Tabla 2

Factores de vulnerabilidad reconocidos por las 100 Reglas de Brasilia

Factores	Definición	Afectación en el ejercicio de los derechos	Valoración
Grupo etario	Acorde con la edad cronológica, los menores de edad se constituyen como población vulnerable, toda vez que se encuentran en desarrollo.	<ul style="list-style-type: none"> Desde el ámbito físico, suelen tener menos fuerza y resistencia que una persona adulta. Con respecto al ámbito social, se muestran más confiados y con un juicio crítico limitado con respecto a su entorno, por ejemplo, a consumir contenido altamente peligroso en línea. Asimismo, suelen ser más influenciados por temor a no pertenecer a un determinado grupo de referencia. De igual modo, les resulta más complicado sobreponerse a una ruptura de pareja, que a un adulto promedio. En el aspecto psicológico, es evidente que sus procesos cognitivos, afectivos, motivacionales y volitivos también se encuentran evolucionando; de tal forma que es posible que arribe a conclusiones erradas, sea poco prudente al tomar sus decisiones, es inmaduro, emotivo, etc.; es decir, características que responden a la edad del menor. Este proceso de desarrollo se relaciona con el desconocimiento que tiene el niño de sus derechos, así como de las instancias a las que puede recurrir a denunciar arbitrariedades y abusos, lo cual también forma parte del desconocimiento frente a la diferenciación entre las caricias positivas y negativas. 	<ul style="list-style-type: none"> En primera instancia, se toma conocimiento de la edad cronológica del menor a través de su Documento de Identidad. Desde la medicina, existen medidas, como la escala de Tanner, que dan cuenta del nivel de madurez de la persona acorde con sus características físicas. Sobre los factores de desarrollo involucrados en las relaciones sociales del menor, el abordaje puede ser realizado desde el Trabajo Social. Con respecto a los procesos psicológicos (cognitivos, afectivos, motivacionales y volitivos), se realizará una aproximación desde la psicología, a través de una gama variada de técnicas e instrumentos.

Factores	Definición	Afectación en el ejercicio de los derechos	Valoración
Género	<p>Está definido por el grupo de características que la sociedad le atribuye a una persona, acorde a su sexo biológico. Mientras que la identidad de género viene a ser la representación personal que se tiene con respecto a la propia sexualidad y que no necesariamente coincide con el sexo biológico.</p>	<p>Acorde con el desarrollo histórico, se aprecia que el género femenino ha recibido un menor reconocimiento de derechos en comparación con el masculino; incluso, actualmente, existen sociedades, donde aún persiste esta forma de discriminación. Asimismo, las diversas identidades de género han recibido un trato discriminatorio, de tal forma que la pertenencia a una identidad de género distinta del sexo biológico, se constituiría en sí misma como un factor de vulnerabilidad.</p> <p>Por otro lado, el cuadro psicopatológico conocido como «disforia de género», también forma parte de un factor de vulnerabilidad; en tanto que su presencia le genera al menor una sensación subjetiva de preocupación y malestar frente a la falta de concomitancia entre su sexo biológico y su identidad de género.</p>	<p>Es importante evitar los prejuicios durante el trato brindado dentro de las instituciones, así como dar por sentado el género del menor producto de la observación, de tal forma que después de haber edificado un vínculo de confianza con el menor, se pueda dar paso a abordar sobre su identidad de género, lo cual puede realizarse con distintos profesionales.</p>
Situación física o mental (temporal o permanente)	<p>La salud está definida como el estado de bienestar que va más allá de la ausencia de enfermedad, este equilibrio permitirá al menor, gozar de una buena calidad de vida.</p>	<p>Cuando el menor presenta dolencias físicas o trastornos mentales, resultará muy complejo para que logre desarrollarse en todos los ámbitos de su vida, tal como lo haría otro niño de su edad que no padece de ninguna dolencia.</p>	<p>La mejor forma de tomar conocimiento de la existencia de este factor de vulnerabilidad es a través de los documentos de atención de servicios de salud que ha recibido el menor. Con respecto a la discapacidad intelectual, se puede optar por una valoración psicológica y/ o psiquiátrica.</p>

Factores	Definición	Afectación en el ejercicio de los derechos	Valoración
Estrategias de afrontamiento	Son las respuestas que tienen las personas frente a situaciones estresantes. Estas respuestas no siempre son saludables, algunas estrategias pueden colocar en riesgo la estabilidad de la persona.	<p>Naturalmente, cuando una persona se encuentra en un nivel óptimo de desarrollo psicológico, es posible apreciar una adaptación saludable y ajustada frente a situaciones inesperadas y negativas. Tal es el caso, de los menores expuestos a modelos inadecuados de afrontamiento y que por su edad carecen de conocimiento para afrontar situaciones altamente estresantes.</p> <p>Las formas más comunes de afrontar situaciones y que los hacen vulnerables son «guardar el secreto», desregulación emocional, consumo de sustancias psicoactivas, realizar conductas autolíticas, culparse, así como justificar la violencia, etc., siendo preciso mencionar que ningún menor conoce de forma autónoma las mejores estrategias de afrontamiento.</p>	La valoración de las estrategias de afrontamiento debe ser realizada por el psicólogo forense quien, ayudado de las técnicas e instrumentos, podrá brindar un dictamen objetivo de las mismas.
Circunstancias económicas	De acuerdo con el método de las necesidades básicas insatisfechas, se define a la pobreza como la situación en la que el menor presenta carencias críticas.	Las carencias críticas que definen a la pobreza y que se encuentran presentes en el menor se dividen en cuatro áreas principales: la carencia de tener una vivienda digna, no solo la carencia de una casa, también encontrarse en una situación de hacinamiento, contra con servicios básicos de calidad mínima o no contar con ellos; como la falta de agua saneada, servicios de alcantarillado, así como la energía. De igual modo, no encontrarse inmerso dentro del servicio educativo o en su defecto no asistir de forma constante, así como no recibir un adecuado seguimiento que garantice un aprendizaje de calidad; por otro lado, la presencia de un ingreso mínimo por parte de la persona que es la cabeza de la familia a la que pertenece el menor.	La valoración de la situación socioeconómica será realizada por el Trabajador Social, quien reúne las competencias para dictaminar las necesidades no satisfechas que presenta el menor.

Factores	Definición	Afectación en el ejercicio de los derechos	Valoración
Condiciones étnicas y/o culturales	Las costumbres y los hábitos de cada comunidad han sido y son reconocidos por la legislación peruana vigente; de tal forma que muchos de ellos forman parte de la identidad; no obstante, algunas prácticas pueden ser poco favorables para el desarrollo del menor.	Comunidades donde se ha institucionalizado la discriminación de la identidad femenina, donde por su condición de tal, las niñas reciben un trato diferenciado, así como espacios donde es una práctica asidua el cuidado de los hermanos menores por parte de los mayores, el trabajo infantil, así como cuando se percibe al menor como un adulto en miniatura, con las mismas responsabilidades, etc.	La forma más recomendable de dar cuenta de este grupo de factores de vulnerabilidad es través del peritaje antropológico de carácter social, donde el profesional experto será el más indicado para establecer cuáles son las prácticas instauradas en la comunidad y que al formar parte del bagaje cultural se vulnera los derechos de los menores que pertenecen a la misma, situación que coloca en un contexto poco favorecedor para el desarrollo del niño o niña, en comparación con sus pares.
Idioma y capacidad de comunicarse	Gracias al idioma, las personas pueden comunicar sus ideas, intereses, así como sus necesidades. La materialización de esta función dependerá de factores como el desarrollo del lenguaje.	Cuando el menor presenta una forma de comunicarse que escapa al promedio de la comunidad se puede establecer como un factor de vulnerabilidad. Tal es así que si un menor experimenta una situación negativa a su integridad y habla una lengua diferente al español o si se comunica a través del lenguaje de señas y el interlocutor carece de conocimientos sobre la misma, la comunicación se encontrará limitada y se perderá información muy valiosa para comprender las experiencias vividas por el menor.	Para determinar la forma que tiene el menor de comunicarse sería suficiente con observarlo cuando se interactúa con él o ella, así como de la entrevista con el adulto que lo acompaña. Sin embargo, es posible que los menores sean encontrados solos y se encuentren en un estado de mutismo; no porque no manejen el idioma sino por temor al interlocutor. Por lo tanto, es recomendable que el establecimiento del idioma y de la forma de comunicación que emplea el menor, sea valorada también bajo un ambiente cómodo para el niño.

Factores	Definición	Afectación en el ejercicio de los derechos	Valoración
Migración	Este fenómeno social, ocurre cuando el menor es trasladado de su ciudad de origen a otro territorio por diversas cuestiones.	La sola idea de cambiar de vivienda, de vecindario o de ciudad que experimenta un niño, le genera miedo en diferentes niveles; el temor a lo desconocido, a perder a sus amigos, así como a su estatus. Por lo tanto, encontrarse en una condición de migrante lo convierte en una persona vulnerable, en adición a factores concomitantes como la falta de una vivienda o un empleo para sus cuidadores que aseguren su mantención.	La condición de migrante del menor puede ser conocida a través de la verificación del Documento de Identidad del menor o a través de la información del adulto acompañante.
Privación de la libertad	Es entendida como la reclusión de una persona, limitando sus derechos como la circulación por diversos espacios.	Este factor de vulnerabilidad se encuentra presente tanto en los menores infractores a la ley penal que se encuentran reclusos en los centros reformativos para menores, así como en el caso de niños o adolescentes institucionalizados por presentar algún trastorno mental.	La forma de valorarlo es través de la observación del lugar donde se encuentran, así como de los documentos que dan cuenta de la reclusión o de su internamiento.

Fuente: Adaptado de las 100 Reglas de Brasilia, Van y Ploem (2019), Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de violencia contemplados en el marco de la Ley n.º 30364 (2021), Echeburúa y Guerricaechevarría (2021)

Se tiene conocimiento que los factores de vulnerabilidad se suelen presentar de forma concomitante, lo cual genera condiciones que desencadenan en una mayor aflicción en el niño o adolescente. Acorde con la vigente Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de Violencia Contemplados en el Marco de la Ley n.º 30364, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, los factores de vulnerabilidad acrecientan el impacto de la situación negativa, en este caso particular, de la violencia sexual en el menor, por lo que es trascendental su correcta valoración y transcripción en el informe dirigido al operador de justicia.

5. CONCLUSIONES

- La violencia sexual implica una gama de diferentes hechos que atentan contra la dignidad y demás derechos de la persona, no se sintetiza solo en actos de contacto físico.
- Los menores de edad víctimas de violencia sexual no presentan siempre afectación psicológica.
- Los factores de vulnerabilidad y de riesgo explican la presencia de la afectación psicológica, así como de la intensidad, la duración y los principales síntomas.
- Una valoración inadecuada de los factores de vulnerabilidad presentes en las menores víctimas de violencia sexual generará un impacto negativo en la descripción de las consecuencias del evento, así como un abordaje incompleto.
- La vulnerabilidad de los menores no solo se explica por la edad cronológica; existen otros factores que limitan al niño, niña o adolescentes para el ejercicio de sus derechos.
- Los factores de vulnerabilidad identificados en diversas víctimas están contemplados en las 100 Reglas de Brasilia.

- La evaluación de los factores de vulnerabilidad en víctimas de violencia sexual requiere de un abordaje interdisciplinario.

6. RECOMENDACIONES

- La valoración de la vulnerabilidad en menores requiere de la construcción de distintas propuestas que se materialicen en herramientas metodológicas, las mismas que deben ser distribuidas de forma gratuita con todos los profesionales que abordan casos de violencia sexual en menores de edad.
- Los factores de vulnerabilidad en las menores víctimas de violencia sexual deben ser valorados por un equipo multidisciplinario que coopere entre sí y no solo por un psicólogo forense.
- La vulnerabilidad no debe ser confundida con el riesgo; ambos conceptos pertenecen a la salud pública y son complementarios.
- Se deben generar espacios de debate y de reflexión sobre las prácticas en la valoración de factores de vulnerabilidad como parte de las mesas de trabajo interinstitucionales y con participación de los representantes de la academia.

REFERENCIAS

- Acuña Navas, M. J. (2014). Abuso sexual en menores de edad: generalidades, consecuencias y prevención. *Medicina Legal de Costa Rica*, 31(1), 57-69. http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152014000100006&lng=en&tlng=es
- Arbulú, V. (2019). *Delitos sexuales en agravio de menores de edad*. Gaceta Jurídica.

- Arrom, C., Romero, M., Melgarejo, O., Ureta, V., Maldonado, M., Ruoti, Aranda, Lo Bianco, A. y Samudio, M. (2022). Indicators of Child Sexual Abuse in Girls and Boys from Vulnerable Sectors of the Central Department and Asunción (2020). *Revista de la Sociedad Científica del Paraguay*, 27(2), 31-43.
- Chesnay, M., Anderson, A. y Anderson, B. (2016). *Caring for the Vulnerable: Perspectives in Nursing Theory, Practice, and Research*. Jones & Bartlett Publishers.
- Código Penal* (2024). Jurista editores.
- De Haas, S., van Berlo, W., Bakker, E., Vanwesenbeeck, I. (2012). Prevalence and Characteristics of Sexual Violence in the Netherlands, the Risk of Revictimization and Pregnancy: Results from a National Population Survey. *Violence and Victims*, 27(4). DOI: 10.1891/0886-6708.27.4.592
- Echeburúa, E. y Guerricaechevarría, C. (2021). *Abuso sexual en la infancia*. Ciencias Sociales Ariel.
- Finkelhor, D. (2005). *El abuso sexual al menor: Causas, consecuencias y tratamiento psicosocial*. Editorial Pax México.
- García, J. y Delval, J. (coords.) (2019). *Psicología del Desarrollo I*. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Goldson, B. (2002). *Vulnerable Inside: Children in Secure and Penal Settings*. Children's Society.
- Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de Violencia Contemplados en el Marco de la Ley n.º 30364. (2021). Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_859296.pdf

- Informe Defensorial n.º 126. La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes. Defensoría del Pueblo (2007). <https://www.gob.pe/institucion/defensoria/informes-publicaciones/1056137-informe-defensorial-n-126>
- Jacobs, A. (2022). *Assigning Responsibility for Children's Health When Parents and Authorities Disagree: Whose Child?* Springer.
- John, M. E. (2019). Sexual violence 2012-2018 and# MeToo: A touchstone for the present. *The India Forum*, 3.
- Krug, E., Dahlberg, L., Mercy, J., Zwi, A. y Lozano, R. (eds.). (2013). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Organización Mundial de la Salud (OMS). <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/oms/2002/es/103236>
- Ley n.º 30996. Ley que modifica la Ley Orgánica de Elecciones respecto al Sistema Electoral Nacional. Diario Oficial *El Peruano* (27 de agosto de 2019). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/00bf72804f9fc09abd1bbd6976768c74/R.+A.+N%C2%B0+000198-2020-CE-PJ.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=00bf72804f9fc09abd1bbd6976768c74>
- Niño de Rivera, S., Castañeda, M., Llamas, M., Gonzáles, A., Vallarino, J., Balandra, J., García, E., y Raudales, J. (2021). No es no: Guía de actuación ante la violencia sexual en México: Conoce, actúa, denuncia y acompaña. Editorial Aguilar.
- Organización de las Naciones Unidas (2020). The Handbook for United Nations Field Missions on Preventing and Responding to Conflict-Related Sexual Violence. <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2020/06/2020.08-UN-CRSV-Handbook.pdf>

- Organización Mundial de la Salud (2013). Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. https://oig.cepal.org/sites/default/files/20184_violenciasexual.pdf
- Poder Judicial (noviembre de 2021). Boletín Jurídico 3: Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/23b7888049c12407ad99fd9026c349a4/Bolet%C3%ADn+jur%C3%ADdico+delitos+contra+la+libertad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=23b7888049c12407ad99fd9026c349a4>
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30061.pdf>
- Resolución Administrativa n.º 000198-2020-CE-PJ. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (30 de julio de 2020).
- Rodas, P. (2022). *Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*. Editorial UBILEX.
- Stanko, B. y Williams, E. (2009). Reviewing rape and rape allegations in London: What are the vulnerabilities of the victims who report to the police? En M. Horvath and J. Brown (eds.), *Rape; challenging contemporary thinking*, pp. 207-228. Willan Publishing.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Women's Department Ministry of Human Development (2012). Handbook on Sexual violence: A resource guide to legislation, police, services and more. <http://www.humandevlopment.gov.bz/wp-content/uploads/2013/03/Sexual-Violence-handbook.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

Los autores declaran no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

Sherly Tania Bustamante Maita: Recojo, análisis e interpretación de datos para el trabajo, la concepción del trabajo y redacción y revisión crítica al contenido intelectual importante.

Edwin Wilson Villanueva Altamirano: Recojo, análisis e interpretación de datos para el trabajo, la concepción del trabajo y redacción y revisión crítica al contenido intelectual importante.

Biografía de los autores

Sherly Tania Bustamante Maita es docente universitaria y psicóloga investigadora en temas de victimología y violencia en poblaciones vulnerables, articulista y docente de la Consultoría Mexicana en Psicología Forense y Clínica, experta del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Es autora del cuento «Memorias de un peluche pirata: ¿qué siente un niño que vive violencia familiar?». Es maestra en Psicología Clínica, especialista en Psicología Forense y Criminología; con Máster en Planificación, estudios de postgrado en Educación Superior y Antropología Jurídica. Actualmente, está cursando el Doctorado en Psicología.

Edwin Wilson Villanueva Altamirano es abogado, graduado y titulado en la Universidad de San Martín de Porres. Es maestro en Derecho Penal en la Universidad Nacional Federico Villarreal; egresado del Doctorado en Derecho; egresado de la Maestría en Derecho Constitucional en la misma universidad; y egresado de la Maestría en Educación Superior y de Maestría en Antropología Jurídica de la

Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP). Actualmente, es estudiante de la Maestría en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Es juez penal titular del Juzgado Penal Colegiado de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín.

Correspondencia

ps.tania.bustamante@gmail.com



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 81-124

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.978>

Cobro internacional de alimentos. Fortaleciendo los derechos de la niñez en Nicaragua

Recovery of International Maintenances. Strengthening Children's
Rights in Nicaragua

Cobrança internacional de alimentos. Fortalecimento dos direitos
das crianças na Nicarágua

XIOMARA RIVERA ZAMORA

Juez de Distrito de Familia
(Managua, Nicaragua)

Contacto: xrivera@poderjudicial.gob.ni
<https://orcid.org/0000-0002-6645-0587>

RESUMEN

Este trabajo expone, en términos generales, el contenido del Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia (2007), desde una perspectiva doctrinaria, normativa internacional y de derecho interno nicaragüense. Se hace énfasis en los fines que persigue el convenio sobre este derecho humano tan sensible, peticiones disponibles para acreedores y deudores, el rol de las autoridades centrales encargadas de la aplicación del convenio, sus funciones y los procedimientos que se siguen a fin de posibilitar

el derecho a los alimentos de niños, niñas y adolescentes, y de otros miembros de la familia. Este estudio permite visibilizar la oportunidad que para la concreción del derecho alimentario de los integrantes de la familia ofrece el citado instrumento jurídico entre Estados contratantes, de los cuales es parte el Estado de Nicaragua por lo que se hace necesario y apropiado tener conocimiento y manejo de este convenio.

Palabras clave: cobro de alimentos; autoridades centrales; reconocimiento y ejecución; procedimientos.

Términos de indización: derecho a la alimentación; Gobierno central; sentencia judicial; procedimiento legal (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

This paper comprises, in general terms, the content of the Convention on the international recovery of child support and other forms of family maintenance of 2007. It approaches the topic from a doctrinal perspective, international regulations and Nicaraguan domestic law, and emphasizes the purposes pursued by the Convention on this sensitive human right; the petitions available to creditors and debtors; and, the role of the Central Authorities in charge of the Convention's enforcement, their functions and procedures to follow, in order to enable the feeding right of children, adolescents, and other family members. This work makes it possible to visualize the opportunity that the aforementioned legal instrument between contracting States offers, that the State of Nicaragua is part of, for the realization of the right to food for family members, which makes it necessary to properly know and manage it.

Key words: maintenance collection; ventral authorities; recognition and enforcement; procedures.

Indexing terms: right to food; Central government; legal decisions; judicial procedure (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este trabalho expõe, em termos gerais, o conteúdo do Convênio sobre cobro internacional de alimentos para crianças e outros membros da família de 2007, sob uma perspectiva doutrinária, normativa internacional e do direito interno nicaraguense, enfatizando os objetivos que o Convênio busca neste direito humano tão sensível, as petições disponíveis para credores e devedores, o papel das Autoridades Centrais responsáveis pela aplicação do Convênio, suas funções e os procedimentos a seguir, a fim de garantir o direito à alimentação de crianças, adolescentes e outros membros da família. Este estudo permite visualizar a oportunidade que o mencionado instrumento jurídico entre Estados contratantes oferece para a realização do direito alimentar dos membros da família, do qual o Estado da Nicarágua é parte, fazendo necessário o conhecimento e a gestão adequada do mesmo.

Palavras-chave: arrecadação de alimentos; autoridades centrais; reconhecimento e execução; procedimentos.

Termos de indexação: direito à alimentação; Governo central; sentença judicial; procedimento legal (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/03/2024

Revisado: 04/04/2024

Aceptado: 13/06/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

El Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia de 2007 entró en vigor recién el 1 de enero de 2013; es conocido como Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007 y emana de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

De acuerdo con la información obtenida del sitio web de la Hague Conference on Private International Law (2022) –Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en lo sucesivo Conferencia de La Haya–, esta es una organización intergubernamental de carácter mundial que cuenta con noventa y un miembros –noventa Estados y una organización regional de Integración Económica Europea, Unión Europea–. Nicaragua es Estado miembro desde el 21 de octubre de 2020.

La citada Conferencia de La Haya, según su Estatuto (1951), tiene por finalidad trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado, que regulan las situaciones personales, familiares o comerciales que involucran a más de un país, a través de la elaboración de instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades mundiales, y que garantizan su seguimiento con el fin de procurar mayor seguridad jurídica.

El Estado de Nicaragua, en las primeras dos décadas del presente siglo XXI, se ha adherido a seis convenios realizados por la Conferencia de La Haya; entre ellos, el convenio, tema objeto de este estudio, sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia –en lo sucesivo Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007–, que fue aprobado por Decreto n.º 8448/2018 de la Asamblea Nacional de Nicaragua, publicado en la GDO 169 de 3 de septiembre de ese mismo año y vigente desde el 18 de abril de 2020.

Son partes contratantes del Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, hasta el mes de mayo del año 2024, como se ratifica en el sitio web de la citada Conferencia de La Haya, 51 Estados y la Unión Europea; el Estado de Nicaragua es parte contratante en virtud de su adhesión a dicho convenio. Son ocho países en el ámbito americano, que son parte del referido Convenio, tales son Canadá y Estados Unidos, en el norte de América; Honduras y Nicaragua en la región centroamericana; Ecuador, Guyana y Brasil, en la región sudamericana; y en el caribe americano, República Dominicana, incorporada en el presente año 2024, por lo que el convenio tendrá vigencia desde el año 2025.

En Europa, un importante receptor de flujos migratorios procedentes de Estados de la región americana es España, como lo sostienen (Jiménez Barca y Martín, 2022) al referir que, en España, «5,4 millones de extranjeros llegados de otros países, [...] constituyen un pilar fundamental en el desarrollo de la economía y la sociedad del país»; es también un Estado que se ha adherido al Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007. Un informe de las Naciones Unidas (s/f) sobre migraciones en el mundo, con base en datos de la OIM al año 2020, refiere que el número de migrantes internacionales para el año 2019, era de casi 272 millones a nivel mundial. Atendiendo a ello, constituye un imperativo para los Estados garantizar el derecho de niños, niñas y adolescentes, y otros miembros de la familia para obtener el reconocimiento y ejecución de pensiones alimenticias en el extranjero; es decir que existiendo una Sentencia Judicial que establezca la obligación alimentaria puede procederse a su ejecución ante otro Estado parte del convenio; o si no existe una sentencia judicial, puede solicitarse el reconocimiento de la obligación alimentaria y su posterior ejecución ante otro Estado Parte.

El cobro de alimentos en el extranjero constituye una alternativa de suma relevancia social y familiar que se debe materializar.

El fenómeno de la significativa movilidad geográfica, flujos migratorios de emigración e inmigración, trae consigo la internacionalización de las familias, de ahí la necesidad de establecer mecanismos de cooperación transfronteriza para la concreción del derecho humano a una pensión alimenticia, cuyo derecho ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989), en lo sucesivo CDN. Este fenómeno social afecta de forma significativa a la niñez y a la adolescencia en el suelo patrio, debido a que aun teniendo una decisión judicial que establezca dicha obligación alimentaria, ante el fenómeno de la emigración, ejecutar una sentencia en el extranjero conforme las tradicionales normas de derecho internacional privado ha sido un obstáculo difícil de rebasar.

Este estudio se ha realizado a través del método jurídico dogmático, formalista y realista, haciendo uso de técnicas de investigación documental. Se expone, en términos generales, la finalidad del Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, el ámbito de aplicación del mismo, el importante rol que desempeñan las autoridades centrales para su aplicación, las solicitudes disponibles para acreedores y deudores en un marco de flexibilidad y desformalización de requisitos, y los procedimientos que este instrumento jurídico internacional ofrece para la efectividad del derecho alimentario a niños, niñas y adolescentes, y otros miembros de la familia en el plano internacional. En lo sucesivo nos referiremos al término niño o niños, bajo la premisa de que tal vocablo comprende a niños, niñas y adolescentes en plural, o en singular de acuerdo con el contexto.

2. OBJETO DEL CONVENIO

En la exposición de motivos, el instrumento internacional objeto de este estudio justifica su formulación partiendo de la experiencia en la aplicación de anteriores convenios internacionales en materia de alimentos con base en la necesidad de mejorar la cooperación entre los Estados. La necesidad de disponer de procedimientos accesibles, rápidos, eficaces, económicos, flexibles y justos; la oportunidad de aprovechar los aspectos más útiles de los convenios en materia de alimentos, en particular de la Convención de New York de 1956; la imperiosa necesidad de crear un sistema flexible y adaptable a las cambiantes necesidades, y a las oportunidades que ofrecen los avances de las tecnologías; y poner énfasis en el interés superior del niño, en adelante el ISN, es una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños y el derecho alimentario que los asiste –ambos contenidos en los artículos 3 y 27 de la CDN– en el sentido de que los padres u otras personas encargadas del niño tienen la responsabilidad primordial de proporcionarle, dentro de sus posibilidades y medios económicos; los Estados parte deben tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo la celebración de acuerdos internacionales para materializar el pago de los alimentos por los progenitores o personas responsables del niño, cuando los sujetos obligados vivan en un Estado distinto del Estado de residencia del niño.

El ISN constituye un principio rector de la citada CDN, instrumento jurídico internacional protector de los derechos de la niñez, de carácter universal, debido a su vigencia en 196 Estados, en su art. 3.1 establece taxativamente que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Uno de los derechos de la niñez, contenido en el art. 27 de ese cuerpo normativo internacional, es el derecho a los

alimentos, al reconocer la norma citada, el derecho del niño a un nivel de vida adecuado, cuya responsabilidad incumbe de forma primordial a los progenitores, en tanto que a los Estados compete el deber de adoptar las medidas apropiadas de ayuda a los progenitores y a las personas responsables del niño para la efectividad de tal derecho; y, de ser el caso, los Estados están compelidos a proporcionar la asistencia material y los programas de apoyo para la nutrición, vestuario y vivienda del niño.

Específicamente, el art. 27.4 CDN, como medida legislativa vinculante para los 196 Estados, determina que:

Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Parte promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

En tal contexto, habiéndose elaborado la CDN en el año de 1989, con vigencia a partir de 1990, es un imperativo convencional materializar el derecho a los alimentos para la niñez, tanto al interior de los Estados como también en el plano internacional por constituir un derecho humano esencial para la vida misma y para un apropiado desarrollo del niño; la postura de esta autora se refrenda con la interpretación que sobre el derecho a la vida, regulado en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de fondo

recaída en el caso «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, de 19 de noviembre 1999. La citada Corte, en el párrafo 144 de la referida sentencia, dictada hace veinticuatro años, establece que: «el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna» (p. 40).

Uno de los derechos que permite garantizar el derecho a la vida, en el más amplio sentido como lo reconocen los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo constituye la materialización del derecho alimentario de la niñez, la adolescencia y de otros miembros de la familia, al contribuir este al disfrute de una existencia digna.

Ante la ineficacia de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de cobro de alimentos en el extranjero, vigentes y que precedieron a la CDN inclusive, en el 2007, se retomó las fortalezas de los convenios internacionales en materia de alimentos y, en particular, de la Convención de Nueva York de 1956. Con el propósito de superar sus falencias, se elabora el Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, tal como reza su exposición de motivos y que líneas atrás se ha explicado.

El Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, según su art. 1, determina como su objeto garantizar la eficacia del cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, para lo cual traza cuatro objetivos particulares: a) Establecer un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes; b) Permitir la presentación de solicitudes para la obtención de decisiones en materia de alimentos; c) Garantizar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de alimentos; y d) Exigir medidas efectivas para la rápida ejecución de las decisiones en materia de alimentos.

Nicaragua ha acogido, en el art. 71.2 de su Constitución Política, la CDN, mediante una reforma constitucional producida por la Ley n.º 192 en el año 1995; por tanto, es vinculante y con nivel constitucional. Asimismo, el art. 73 del texto constitucional citado, acoge el principio de corresponsabilidad parental en un plano de igualdad entre el hombre y la mujer; con tal imperativo constitucional, el Estado de Nicaragua debía adherirse al Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, como lo hizo en el año 2018 y con vigencia a partir del año 2020. Tal adhesión también constituye una expresión de voluntad política del Estado de Nicaragua, un país en vías de desarrollo que tiene el firme objetivo de dar cumplimiento al catálogo de derechos reconocidos por la CDN.

El Estado de Nicaragua ha venido adoptando todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos de la niñez y, en el tema que nos ocupa, al derecho alimentario de la niñez en el marco de lo establecido en el art. 4 CDN y la interpretación de esta disposición normativa, contenida en el párrafo octavo de la Observación General n.º 5 (2003) del Comité de los Derechos del niño, que determina: «Sean cuales fueren sus circunstancias económicas, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas posibles para dar efectividad a los derechos del niño, prestando especial atención a los grupos más desfavorecidos», cuya clara expresión se manifiesta tanto en la adopción de los convenios internacionales, el desarrollo normativo a lo interno de los Estados, como también en las acciones interestatales articuladas en materia de justicia en el contexto iberoamericano: la Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia a personas en situación de vulnerabilidad (2018).

Para una adecuada interpretación y aplicación de los convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado, debido a su tecnicismo, se elaboran informes explicativos como el del Convenio sobre Cobro

de Alimentos de 2007, Informe explicativo Borrás & Degeling (2013), atendiendo al patronímico de sus autores, al que se recurre para una apropiada comprensión del citado instrumento internacional.

El objeto del convenio, según Borrás y Degeling (2013), supone una apropiada articulación interestatal recíproca, bajo los principios de máxima eficacia y flexibilidad, a fin de posibilitar a los acreedores el cobro de alimentos entre Estados parte, desde el procedimiento de reconocimiento del derecho a los alimentos y su ejecución, o la ejecución de cobro de los alimentos; como también, las peticiones que pudiesen hacer los deudores alimentarios en defensa de sus derechos, a través de las solicitudes que puedan presentar los acreedores y deudores ante la autoridad competente de los Estados parte, a través de las autoridades centrales, en su rol de Estado requirente o Estado requerido, cuyo tópico se abordará en otro apartado de este trabajo.

Como toda obra, dicho instrumento jurídico internacional ha de ser perfectible; en tal sentido, arguye la tesista de grado costarricense Jimerson Céspedes (2019), en su estudio sobre pensión alimenticia, en el plano internacional y particularmente en el contexto centroamericano, que pese a los esfuerzos de codificación de la obligación alimentaria internacional, unos instrumentos se centran en la parte sustantiva, otros en la parte procesal, en tanto que otros hacen remisiones normativas para colmar vacíos legales, tornándolos ineficaces en su ejecución; pero, a su vez, reconoce que el principal obstáculo se centra en la falta de ratificación de dichos instrumentos jurídicos internacionales. Siendo Jimerson Céspedes costarricense, es evidente que alude a su realidad patria y a otros países del istmo centroamericano, puesto que, a la fecha de su estudio, solo Honduras y Nicaragua se habían adherido a dicho convenio, sin que hasta la fecha se haya sumado otro país centroamericano.

Más allá de la región americana, la autora griega y docente de la Universidad de Atenas, Moustaira (2011), con sustento en otros autores, es del criterio que el Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, junto al Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, ambos de 2007, si bien adolecen de algunas deficiencias, representan un avance excepcional en materia de alimentos, porque su objeto se operativiza y materializa a través de los mecanismos que en él se instrumentan, postura con la cual concuerda esta autora.

La estructura institucional, interestatal y normativa, que con este instrumento jurídico se crea, tiende a materializar el derecho humano a los alimentos entre los miembros de la familia y con primacía el derecho alimentario de la niñez y adolescencia más allá de las fronteras, al articular la normativa internacional de forma armónica con los sistemas normativos a lo interno de los Estados parte, bajo el principio de confianza recíproca en su institucionalidad.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, en el art. 2, delimita su ámbito de aplicación a seis ejes fundamentalmente.

3.1. En lo que hace a los sujetos

- a. A las obligaciones alimentarias a favor de personas menores de 21 años derivadas de la relación paterno filial.
- b. Al reconocimiento y ejecución o ejecución de una decisión sobre obligaciones alimenticias entre cónyuges y excónyuges cuando la solicitud se presente juntamente con una demanda a la que se alude en el acápite anterior.
- c. A las obligaciones alimenticias entre cónyuges y excónyuges, con excepción de los capítulos II y III del convenio.

La exclusión de la aplicación de los capítulos II y III del convenio objeto de estudio, a las obligaciones alimentarias entre cónyuges y excónyuges, de acuerdo con Borrás y Degeling (2013), en su informe explicativo del referido convenio, implica que si bien los Estados se obligan en este ámbito, no así respecto de la cooperación administrativa, medidas a adoptar por las autoridades centrales y asistencia jurídica gratuita, salvo que los Estados implicados hayan hecho una declaración extendiendo la aplicación de estos capítulos a los alimentos entre cónyuges y excónyuges.

3.2. En lo que hace a la extensión del Convenio

- a. Rango etario: Los Estados tienen potestad de formular reservas en la aplicación del Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, de conformidad con su art. 62, dando cobertura a las obligaciones derivadas de la relación paterno filial, hasta los 18 años.
- b. Reciprocidad en las Declaraciones: Tienen potestad los Estados de declarar que extenderán la aplicación del convenio a otras obligaciones alimenticias derivadas de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo en particular las obligaciones a favor de personas vulnerables, vinculándose aquellos Estados que han hecho las mismas declaraciones, conforme el art. 63 del citado convenio.
- c. Igualdad de los hijos/as: Las disposiciones del convenio se aplicarán a todos los niños con independencia del estatus conyugal de sus progenitores.

El Estado de Nicaragua ha hecho dos declaraciones al adherirse al convenio, en cuanto al contenido del concepto de alimentos y su cobertura, como también en cuanto a la traducción de las solicitudes, y ha realizado una reserva, sobre el reconocimiento de los acuerdos

de pago de alimentos; tópicos que, si bien inciden sobre el ámbito de aplicación del convenio, por su relevancia se abordarán en el apartado relativo a las Declaraciones y Reservas de las que pueden hacer uso los Estados parte.

4. AUTORIDADES CENTRALES

Delimitado el ámbito de aplicación del instrumento internacional objeto de estudio, procede abordar la funcionalidad u operatividad de este, y se ha de iniciar con el rol que desempeñan las autoridades centrales.

Un aspecto de medular importancia en la elaboración de este nuevo Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007 estriba en que para lograr una mayor protección de la niñez y adolescencia en el plano internacional, en la reclamación de su derecho alimentario, se incorpora todo un sistema de cooperación administrativa interestatal, con funciones definidas, accesibles y libres de cargas para los solicitantes.

A fin de dar concreción al citado sistema de cooperación interestatal, cada Estado parte al depositar su instrumento de adhesión o ratificación del Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, ante la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, identificada con la sigla OPCH-DIP, debe designar una o varias autoridades centrales para su aplicación, de conformidad con su forma de organización política unitaria, federal o regional, entre otras, que se adopte y su sistema jurídico, informando los datos de contacto de dicha entidad y el ámbito de sus funciones, como lo determina el art. 4 del citado convenio.

Hasta el mes de mayo del año 2024, según el sitio web de la Conferencia de La Haya, en el ámbito americano, son 8 los Estados que han ratificado o se han adherido al Convenio sobre Cobro de

Alimentos de 2007, con vigencia en 7 de ellos, debido a la reciente adhesión de República Dominicana, por lo que tendrá plena vigencia a partir del 23 de marzo de 2025 en dicho Estado. En el continente europeo, como producto de la adhesión de Unión Europea al mismo, también tiene vigencia en España, al que se hace particular alusión por ser un receptor de flujos migratorios de la región americana.

Las autoridades centrales de los Estados parte, en la región americana, se identifican como Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez (MIFAN), para el caso de Nicaragua; Dirección de niñez, adolescencia y familia (DINAF), Honduras; Departamento de Protección, reparación integral y autoridad central de la Secretaría de Derechos Humanos, Ecuador; Ministry of Human Services and Social Security, Guyana; Ministerio de Justicia, Brasil; Office of Child Support Enforcement (OCSE), por su sigla en inglés, lo que en español se traduce como Oficina de Cumplimiento de Manutención de Menores, Estados Unidos de América; Family Law and Youth Justice Section, Department of Justice Canada, lo que en idioma sería la Sección de Derecho de Familia y Justicia Juvenil, Departamento de Justicia de Canadá; y República Dominicana, que debido a su reciente adhesión al convenio, aún no ha designado su autoridad central. En el continente europeo, en España, la autoridad central es el Ministerio de Justicia.¹

4.1. Funciones generales

Las referidas autoridades centrales designadas por los Estados parte para la aplicación del Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, según su art. 5, tienen como funciones generales las siguientes:

1 Sobre la entidad designada por cada Estado como autoridad central y datos de contacto de los 51 Estados parte, véase el citado sitio web de la Conferencia de La Haya.

- a. Cooperar entre sí en el plano internacional y promover la cooperación entre las autoridades competentes de sus Estados para alcanzar los objetivos del convenio.
- b. Solucionar dentro de lo posible las dificultades que pudieran surgir en su aplicación.

a. Funciones específicas

Las autoridades centrales tienen un rol dispositivo y facilitador para la aplicación del convenio y para tal fin, en su art. 6 el convenio establece como funciones específicas las de:

- a. Transmitir y recibir las solicitudes en ámbito de aplicación del convenio.
- b. Iniciar o facilitar la iniciación de procedimientos.
- c. Prestar o facilitar la prestación de asistencia jurídica a los solicitantes, cuyo derecho le asista, en el marco del sistema de cooperación interestatal.
- d. Ayudar a localizar al deudor o al acreedor.
- e. Facilitar la obtención de información pertinente sobre la situación económica del deudor.
- f. Promover la solución amistosa de diferencias, a través de la mediación, la conciliación o mecanismos análogos.
- g. Facilitar la ejecución continuada de las decisiones en materia de alimentos, incluyendo el pago de atrasos.
- h. Facilitar el cobro y la transferencia rápida de los pagos de alimentos.
- i. Facilitar la obtención de pruebas documentales o de otro tipo.

- j. Proporcionar asistencia para la determinación de la filiación cuando sea necesario para el cobro de alimentos.
- k. Iniciar o facilitar la iniciación de procedimientos para que se adopten las medidas provisionales necesarias de carácter territorial que tengan por finalidad garantizar el resultado de una solicitud de alimentos pendiente.
- l. Facilitar la notificación de documentos.

Ese rol facilitador de las autoridades centrales frente a los solicitantes y frente a los Estados, en el ejercicio de sus funciones, no ha de implicar el ejercicio de atribuciones que son de competencia exclusiva de las autoridades judiciales, según la ley del Estado requerido. También, debe recordarse que tales funciones específicas de las autoridades centrales, en el caso de una reclamación de alimentos entre cónyuges o ex cónyuges no son aplicables, en lo que hace a la cooperación administrativa, que se tomen medidas y asistencia jurídica gratuita, salvo que los Estados vinculados hayan hecho idénticas declaraciones en cuanto a la ampliación del ámbito del convenio a estos sujetos de derecho alimentario, lo que conduce a la necesaria conclusión de que deberán hacer uso de la vía jurisdiccional directamente, cuya interpretación hace en sentido similar la autora valenciana Azcárraga Monzonís (2008) en su análisis sobre esta temática, por lo que tal limitación podría vulnerar los derechos de cónyuges y los excónyuges en situación de vulnerabilidad, ya que no podrían materializar su derecho alimentario en la sede administrativa y tampoco acceder a la asistencia jurídica gratuita. Se torna lejana la posibilidad de acceso a la justicia en el plano transfronterizo, luego de superar una serie de obstáculos en un prolongado periodo en el que una persona en situación de necesidad alimentaria, es decir, en situación de vulnerabilidad por razones de orden económico, de edad, discapacidad, entre otras, tendría que afrontar, lo que contraviene las

Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia para personas en situación de vulnerabilidad (2018).

El reto está en que los 39 países miembros de la Conferencia de La Haya que aún no han ratificado el Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007 lo acojan en el marco de una amplia cobertura de derechos; en el contexto iberoamericano, los poderes judiciales y los ministerios de justicia que integran la COMJIB tienen el desafío de promover, junto con los demás poderes públicos, no solo su ratificación o adhesión, sino también incidir para que los Estados en el acto de su adhesión o ratificación hagan Declaraciones para la adopción del convenio en un sentido abarcador; en caso contrario, tendrán los Estados miembros de la COMJIB que aplicarlo, teniendo como prisma en sus actuaciones las referidas reglas de Brasilia, a fin de procurar en los procesos de cobro alimentario que regula el convenio, el acceso a la justicia de todas aquellas personas en situación de vulnerabilidad, considerando los derechos del alimentista, pero también los derechos de la persona alimentante, dentro del margen de actuación que las citadas reglas les permiten.

4.2. Petición de medidas específicas entre autoridades centrales

Cuando un potencial solicitante pretendiera presentar una solicitud o para determinar la procedencia de la solicitud, a su instancia y dentro del marco del art. 10 del convenio, podrá la autoridad central del Estado requirente hacer una petición motivada al Estado requerido para la adopción de medidas previas, como lo establece el art. 7 del referido convenio, el que a su vez remite al art. 6.2, literales b), c), g), h), i) y j), cuyas medidas específicas pueden tener por finalidad:

- a. Ayudar a localizar al deudor o al acreedor.
- b. Obtener información pertinente sobre los ingresos el deudor alimentario.

- c. Determinar las circunstancias económicas del deudor o del acreedor, incluida la localización de bienes.
- d. Facilitar la obtención de pruebas documentales o de otro tipo.
- e. Proporcionar asistencia para la determinación de la filiación cuando sea necesario para el cobro de alimentos.
- f. Iniciar o facilitar la iniciación de procedimientos para obtener las medidas provisionales necesarias que tengan por finalidad garantizar el resultado de una solicitud de alimentos pendiente.
- g. Tomar medidas específicas a petición de otra autoridad central con respecto de un asunto sobre cobro de alimentos pendiente en el Estado requirente que tenga un elemento internacional. Como ejemplo de ello, citan Borrás y Degeling (2013, p. 47), el cobro alimentario interno en el que el acreedor y el deudor tienen su domicilio en el Estado requirente, pero se presume que el deudor tenga bienes en el Estado requerido.

Las medidas previas antes descritas tienden a posibilitar la concreción del derecho alimentario en el Estado requerido o descartar la iniciación de una infructuosa solicitud, como podría ser el hecho de iniciar un procedimiento de cobro, de reconocimiento y de ejecución o de ambos a la vez, sin tener la certeza de que el deudor tiene su residencia en el Estado requerido, o en el supuesto de que se pretendiese ejecutar el cobro de alimentos para lo que se solicita una medida de ejecución de embargo de bienes del deudor sin la certeza de su existencia. En definitiva, dichas medidas previas a juicio nuestro son una expresión del principio de máxima eficacia del que está impregnado el Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007.

5. SOLICITUDES DISPONIBLES PARA EL ACREEDOR Y EL DEUDOR

Ahora bien, qué posibles peticiones pueden hacer los solicitantes ante las autoridades centrales de los Estados parte, una vez que disponen de hacer uso de sus derechos como acreedores o deudores alimentarios. Sus posibilidades de actuación se prevén en el art. 10 del convenio objeto de estudio.

5.1. Acreedor alimentario

Un acreedor alimentario tiene la posibilidad de presentar ante la autoridad central del Estado requirente en virtud del art. 10 del convenio, las siguientes solicitudes:

- a. Reconocimiento, o reconocimiento y ejecución de una decisión.
- b. Ejecución de una decisión dictada o reconocida en el Estado requerido.
- c. Obtención de una decisión en el Estado requerido cuando no exista una decisión previa, incluida la determinación de filiación en caso necesario.
- d. Obtención de una decisión en el Estado requerido cuando el reconocimiento y ejecución de una decisión no sea posible o haya sido denegado conforme los arts. 20 y 22, b) o e); es decir, cuando no cumple los requisitos para su reconocimiento y ejecución, o cuando haya sido obtenida la decisión mediante un proceso fraudulento o en el que el deudor alimentario hubiese estado en indefensión.
- e. Modificación de una decisión dictada en el Estado requerido.
- f. Modificación de una decisión dictada en un Estado distinto del Estado requerido.

5.2. Deudor alimentario

El deudor alimentario contra el que exista una decisión de alimentos también tiene la posibilidad de poder presentarse ante un Estado requirente y hacer las solicitudes de:

- a. Reconocimiento de una decisión o procedimiento equivalente que tenga por efecto suspender o limitar la ejecución de una decisión previa en el Estado requerido.
- b. Modificación de una decisión dictada en el Estado requerido.
- c. Modificación de una decisión dictada en un Estado distinto del Estado requerido.

Bien se trate del acreedor o del deudor alimentario en términos generales, una solicitud ha de satisfacer una serie de requisitos a los que alude el art. 11 del convenio, referidos a la naturaleza de la solicitud; datos generales del solicitante, de la persona demandada y del alimentista; motivos en los que se basa la solicitud, el lugar en que deba realizarse el pago de la deuda o cuotas alimentarias, o transmitirse electrónicamente; documentación relativa a declaraciones hechas por el Estado requerido; datos generales de la persona asignada por la autoridad central del Estado requirente para el trámite de la solicitud; documentación anexa y acreditación del derecho a asistencia jurídica gratuita.

Cuando proceda, también deberá informar la solicitud sobre la situación económica del acreedor; la situación económica del deudor, fuente de empleo y ubicación de este, la naturaleza y localización de sus bienes; y cualquier otra información que permita localizar al demandado. La solicitud puede presentarse en el formulario diseñado, recomendado y publicado por la Conferencia de La Haya, como lo refiere el citado art. 11.

6. PROCEDIMIENTOS

6.1. Procedimiento ante y entre autoridades centrales

Una vez determinada la localización de la persona deudora o de sus bienes, por ser conocida o por haberse determinado a través de las medidas previas a las que se alude en el epígrafe 3.3. de este trabajo, procedería la formulación y presentación de una solicitud, observando los requerimientos del art. 12 en concordancia con el art. 23 del convenio, conforme proceda; en términos generales, consiste en que el Estado requirente brindará asistencia al solicitante, verificando el cumplimiento de requisitos y encontrándolos en forma, transmitirá la solicitud a la autoridad central de Estado requerido, la que dentro de un plazo de seis semanas acusará recibo de la misma y remitirá un informe sobre las gestiones iniciales que se han realizado o realizarán, sobre los datos de la persona o servicio encargado para el trámite de la solicitud y también podrá requerir el cumplimiento de requisitos adicionales.

En un plazo de tres meses de recibida la solicitud, la autoridad central del Estado requerido debe informar a su homóloga del Estado requirente sobre el estado de dicha solicitud, mediante informe motivado.

Para la eficacia del citado procedimiento de cooperación entre autoridades centrales, el Convenio sobre Cobro de Alimentos 2007, para la comunicación entre autoridades centrales y acceso a los procedimientos, prevé una serie de medidas o acciones afirmativas como las define el Diccionario panhispánico del español jurídico (2023), a fin de dispensar especial protección a los sujetos de derecho alimentario, cuyas medidas se regulan en los arts. 13 y 14 de ese cuerpo normativo, como son a) la inimpugnabilidad de los documentos por su soporte y forma de remisión entre Autoridades Centrales, lo que posibilita la desformalización del procedimiento y el reconocimiento de

la validez de documentos que no necesitan seguir el cause diplomático entre los Estados para tal efecto, adoptando las autoridades centrales un rol de fedatarios respecto de la validez de la documentación que se intercambian con sus homólogas, salvo prueba en contrario; b) la Asistencia jurídica gratuita si fuese necesaria, la que deberán dispensar los Estados contratantes a las partes del procedimiento de forma obligatoria cuando se trate de solicitudes de personas menores de 21 años de edad, ligadas por una relación paterno filial; y c) la Exención de garantía, fianza o depósito, de los costes y gastos de los procedimientos.

La remoción de formalismos para el reconocimiento de la validez de los documentos procedentes del extranjero, la gratuidad de la asistencia jurídica y la exención de garantías de las resultas del procedimiento constituyen una expresión de la voluntad política de los Estados contratantes de superar las carencias de anteriores convenios. Es una clara manifestación de los principios de máxima eficacia y de flexibilidad que acoge el convenio, en el ámbito de la cooperación transfronteriza, debido al importante rol facilitador de las autoridades centrales, para la materialización del derecho alimentario de los niños y de otros miembros de la familia en el plano internacional, sin tener que rebasar su frontera patria.

En la tramitación de las solicitudes que se presenten, se aplicará la norma adjetiva del Estado requerido conforme lo establecen los artículos 10.3, 23.1 y 33 del convenio sobre cobro de alimentos 2007, y de una interpretación sistemática de las normas del citado instrumento se deduce que la norma aplicable en materia sustantiva es la del Estado requirente. Así lo prevé el art. 1 del Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, no vigente en Nicaragua.

A la luz de las normas precitadas, un acreedor alimentario residente en Nicaragua al presentar una solicitud de cobro de

alimentos en otro Estado contratante, lo hará conforme a las normas de carácter sustantivo que contiene el Código de Familia (2014), en lo sucesivo CF, particularmente en cuanto al alcance del concepto amplio de alimentos que establece el art. 306 y en cuanto a la cobertura de acreedores alimentarios que determina el art. 316 CF en concordancia con el art. 2 del convenio sobre Cobro de Alimentos 2007. Será el MIFAN como autoridad central para la aplicación del Convenio en Nicaragua, ante quien se presente la solicitud, y verificado el cumplimiento de los requisitos, en la posición de Estado requirente, coordinará con la autoridad central del Estado requerido, donde reside el deudor alimentario, a fin de que pueda materializarse el reclamo alimentario conforme a los procedimientos legales de la materia en dicho Estado requerido, cuyo procedimiento posiblemente culminará satisfactoriamente en sede administrativa.

Ante una fallida solución administrativa, la solicitud de cobro habrá de judicializarse, a fin de que en un proceso jurisdiccional se dilucide la pretensión, observando el procedimiento establecido en el art. 23 del convenio, en el que a su vez podrían adoptarse las medidas de ejecución previstas en los arts. 34 y 35 del convenio, de asistirle el derecho al acreedor, como la mediación, la conciliación u otros medios de resolución de conflictos que permitan el cumplimiento voluntario de la obligación reclamada; retención o embargo salarial y de pensiones; embargo de cuentas; gravación o venta forzosa de bienes; información financiera y mecanismos eficaces para la transferencia de las cuotas alimentarias, entre otros.

La posibilidad de concreción del derecho a los alimentos más allá del suelo patrio, sin tener que trasladarse el acreedor alimentario a otro Estado parte, podría concretarse de forma expedita con la inmediatez característica del tal derecho, a través de la conciliación, la mediación u otro medio de solución alternativo, análogo, según la ley

procesal aplicable, tutelando el derecho a los alimentos del niño y con ello su interés superior como principio rector de los derechos de la niñez, proclamado convencionalmente y de forma universal.

6.1.1. Bases para el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales

El art. 20 del Convenio de Cobro de Alimentos 2007 establece los criterios a tener en cuenta por los Estados contratantes para el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales sobre dicha materia, los cuales estriban en que:

- a. La decisión judicial adoptada en el Estado de origen sea el Estado de residencia habitual del acreedor y el demandado en el momento en que se inició el procedimiento.
- b. El demandado se haya sometido de forma expresa o tácita a la competencia judicial de la autoridad decisora.
- c. El niño tuviese la residencia habitual en el Estado de origen en el momento en que se inició el procedimiento y el demandado hubiere vivido con éste o hubiere residido en ese Estado y proporcionado en el mismo, alimentos para el niño.
- d. Las partes hubieran aceptado la competencia del Tribunal mediante acuerdo, salvo en los litigios sobre obligaciones alimenticias a favor de un niño.
- e. La decisión hubiera sido adoptada por autoridad competente en un asunto de estado civil o responsabilidad parental, salvo que dicha competencia se basara únicamente en la nacionalidad de una de las partes.
- f. La decisión solo se reconocerá si surte efectos en el Estado de origen y solo se ejecutará si es ejecutoria en dicho Estado.

Son las autoridades centrales, del Estado requirente en un primer momento y del Estado requerido en un segundo momento, las encargadas de verificar el cumplimiento de los requisitos de las solicitudes de reconocimiento y ejecución por los solicitantes, a fin de admitirlas a trámite o bien para denegarlas; sin embargo, es meritoria la postura que ha adoptado la Comisión especial, como órgano encargado de revisar el funcionamiento práctico del convenio y de fomentar el desarrollo de buenas prácticas, en consonancia con lo dispuesto en el art. 54 del Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007. La citada Comisión especial se reunió en La Haya, entre el 17 al 19 de mayo de 2022, a la que asistieron 204 delegados de los Estados contratantes y Estados miembros (Hague Conference on Private International Law, 2022b). Como producto de dicha reunión, la Comisión Especial reconoció la importancia de los instrumentos creados para la aplicación del convenio como el Informe explicativo Borrás y Degeling (2013), para su adecuada interpretación; la utilidad práctica de los formularios creados para las distintas solicitudes que puedan presentarse y su traducción por los Estados parte a su idioma oficial, para su accesibilidad; la actualización de los perfiles país y la creación de hipervínculos hacia los formularios en su idioma para su efectivo acceso a los solicitantes; la preferencia de que se establezcan las pensiones alimenticias en sumas líquidas para facilitar su ejecución o que se determine la base de cálculo cuando se trate de pensiones porcentuales y ante su imposible reconocimiento y ejecución, procurar un acuerdo voluntario entre partes considerando las circunstancias económicas del deudor; se opta por la transferencia electrónica de fondos de las pensiones considerando que algunos Estados no pueden recibir cheques, además de establecer el tipo de cambio de la conversión monetaria al día de la fecha de la transferencia. Se posiciona la Comisión especial en que el texto del convenio debe interpretarse de forma amplia, a fin de maximizar el cumplimiento de la obligación

alimentaria en favor de la niñez, de forma que aunque haya rebasado los 21 años de edad el acreedor alimentario, puede reclamar el pago de alimentos atrasados por haberse devengado; asimismo, recuerda a los Estados no denegar el trámite de una solicitud por basarse en un resumen de la decisión y solo en caso de su impugnación, se requiera al solicitante una certificación completa de la misma; e insta a los Estados parte a que los formularios completados de forma manuscrita se transcriban, a fin de garantizar su legibilidad y eficiencia.

Obsérvese que tales recomendaciones están dirigidas a garantizar una adecuada aplicación del convenio, la eficacia de los procedimientos y concreción del derecho alimentario de los acreedores; sin embargo, hay circunstancias en las que no procede el cobro alimentario, tal como veremos a continuación.

6.1.2. Motivos de denegación del reconocimiento y ejecución

Ante la falta de cumplimiento de requisitos de una solicitud de cobro de alimentos en el exterior, establecidas en el art. 20 del convenio, podrá denegarse mediante informe motivado, con base en los motivos establecidos en los arts. 18 y 22 del convenio, al que remite el art. 12, regulador del procedimiento.

En términos generales, los motivos de denegación a trámite de una solicitud de reconocimiento y/o ejecución de cobro alimentario, se sustentan en: la incompatibilidad de la decisión objeto de reconocimiento y ejecución con el orden público del Estado requerido; cuando se hubiese obtenido la decisión con fraude en el procedimiento; cuando estuviese pendiente un procedimiento entre las mismas partes y con el mismo objeto ante el Estado requerido y que hubiese iniciado primero; cuando la decisión objeto de reconocimiento y ejecución sea incompatible con otra decisión dictada entre las mismas partes y con el mismo objeto en el Estado requerido o en otro Estado y esta última cumpla con los requisitos de reconocimiento y ejecución en

el Estado requerido; en el supuesto de indefensión del demandado en el procedimiento del que emanó la decisión objeto de reconocimiento y/o ejecución, entre otros.

6.2. Judicialización de la solicitud de cobro alimentos y su eficacia

Una vez agotada la posibilidad de solución pacífica del conflicto, con el auxilio o intervención de las autoridades centrales de los Estados, sin éxito, a la que se ha hecho referencia en el epígrafe número 5, será la autoridad judicial competente del Estado requerido, ante la que deba incoarse el reclamo alimentario, y seguir el procedimiento judicial tendente a que se reconozca el derecho alimentario que se reclama o que se reconozca y/o ejecute la decisión judicial, teniendo el acreedor la posibilidad de procurarse asistencia jurídica gratuita para afrontar el proceso judicial, como también la posibilidad de solicitar medidas cautelares tendentes a garantizar el cumplimiento provisorio de la obligación o para garantizar las resultas del proceso declarativo o de la ejecución de pago alimentario. Para ello, es imperativa la debida diligencia del acreedor alimentario y la provisión de asistencia jurídica apropiada a su costa o gratuita, lo que en manera alguna ha de acarrear indefensión del deudor alimentario, ateniendo al principio de igualdad procesal y las garantías del debido proceso, ya que el Estado requerido debe proveerle asistencia jurídica gratuita si fuese necesaria, como lo prevén los arts. 15 y 17 del convenio y cuya concreción se regula en las Reglas de Brasilia (2018, párrafos 30 y 31).

A fin de gestionar una solicitud desde Nicaragua como Estado requirente, si bien el Estado de Nicaragua proclama en el art. 166 de la Constitución Política la gratuidad del acceso a la justicia, procurar la debida diligencia que este procedimiento demanda; si bien, la implementación del convenio constituye un significativo avance para la tutela del derecho alimentario de la niñez y otros miembros de la

familia, a menudo requiere de la intervención de profesionales del derecho de servicio privado, ante el rebasamiento de la cobertura del servicio público de la Defensoría Pública. Esto supone costos económicos al reclamante alimentario, en concepto de honorarios de su asesor técnico jurídico, pero también costos de orden logístico, al tener que trasladarse de los municipios del interior del país hasta la ciudad capital, por tener su sede la autoridad central en la ciudad de Managua, por lo que de futuro sería oportuno avanzar en la implementación de este servicio público con recursos humanos capacitados para canalizar las solicitudes desde las Delegaciones departamentales y municipales del MIFAN, más próximas al domicilio de las personas solicitantes que, por lo general, son niños; por ende, sujetos de especial protección.

Si se pretendiese solicitar el cobro alimentario en Nicaragua como Estado requerido, se aplicaría la legislación sustantiva del Estado requirente; es decir, el de residencia del acreedor alimentario y la legislación procesal familiar nicaragüense como Estado requerido; en la hipótesis de residir el deudor alimentario en este país, cuyo procedimiento se seguiría conforme a las reglas aplicables al proceso especial común de familia contenidas en el Libro Sexto del Código de Familia (2014), bien se trate de un proceso declarativo del derecho alimentario y de determinación de la filiación inclusive, si fuese meritorio o de un proceso de ejecución del cobro alimentario en el que como Estado parte de convenio, las autoridades judiciales tienen el deber de llevar el proceso a término, adoptando todas las medidas tendentes a una tutela judicial efectiva del derecho alimentario reclamado.

Pese a una fallida conciliación en sede administrativa; es decir, ante el MIFAN como autoridad central en Nicaragua, adoptando el rol de Estado requerido y estando en sede judicial la solicitud, es posible una vez más que el proceso judicial se evite, y se haga uso de

la conciliación en sede judicial, como expresión del principio procesal especial familiar de solución colaborativa entre las partes, y cuya forma de solución de la controversia es admisible, como lo prevén los arts. 433 y 450 CF.

En defecto de una solución colaborativa entre las partes, será la autoridad judicial quien adopte las medidas necesarias de carácter cautelar, de carácter definitivo por sentencia, o medidas de ejecución pertinentes para una adecuada tutela del derecho alimentario reclamado; si fuese meritorio, todo a instancia de partes y en su defecto, oficiosamente, con base en las disposiciones normativas contenidas en los arts. 6, 7 y 34 del convenio y arts. 459, 537, 538 y 555 al 560 CF.

Constituye un reto de grandes proporciones para las autoridades centrales y judiciales, honrar el compromiso de los Estados parte del Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, a fin de materializar en cada caso concreto, el derecho a obtener el pago de una pensión alimenticia mediante su reconocimiento, o reconocimiento y ejecución, y su cumplimiento periódico, a través de las medidas que para su cumplimiento se puedan adoptar. Ante su judicialización, un instrumento de gran valía para el acceso a la justicia de acreedores alimentarios y deudores alimentarios, en el plano iberoamericano, lo constituye la observancia de los postulados de las Reglas de Brasilia (2018), para que ese derecho a los alimentos, de orden convencional, constitucional y legal, contenido en el art. 27 CDN, art. 73 de la Constitución Política patria, art. 25 del Código de la Niñez y Adolescencia, en adelante CNA, y arts. 306 y 316 CF, se vea materializado prioritariamente en favor de la niñez, cuyo derecho reclaman, en virtud de una relación paterno y/o materno filial, por ser este el grupo de acreedores alimentarios al que da primacía el Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007.

Un principio rector de la CDN, lo constituye el ISN, por lo que en la concreción del derecho del niño a los alimentos, las autoridades de todo orden han de atender al citado principio, según el art. 3 de dicha Convención. Con sustento en las fuentes (Barceló Doménech, 2015; Herrera, 2011; Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014; y Panatti y Pennise, 2016), esta autora, en un estudio realizado sobre dicha temática, define el citado ISN así:

el interés superior de la niñez y la adolescencia es un criterio a considerar de forma primordial para la toma de decisiones relativas a los derechos de la niñez y adolescencia, en todas sus esferas, bien sea en su carácter individual o como grupo social, en cuyo proceso habrá de tenerse en cuenta sus derechos, las circunstancias de hecho en las que éste o éstos se encuentran, la opinión del niño/a o niños/as y adolescente/s involucrados, cuyos elementos servirán al decisor para elegir la solución que más se ajuste a los intereses de éste, siendo la decisión adoptada la que dotará de contenido a dicho concepto jurídico. (Rivera Zamora, 2017, pp. 25-26)

Aplicando los elementos integradores de tal definición para la determinación del ISN en lo que se refiere al derecho alimentario del niño, habría de considerar la autoridad decisor, la condición del niño como sujeto de derechos, como también los derechos de otros niños, sujetos de derecho alimentario y la situación real de los hechos, tal como lo recomienda la Observación General n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del niño. Considerando los criterios antes citados, es que la autoridad judicial estará en condiciones de adoptar oficiosamente inclusive, las medidas cautelares necesarias que irá delineando el ISN, como también la decisión definitiva pertinente en el caso concreto, dotando de contenido el citado ISN, al que aluden

las disposiciones normativas convencionales antes citadas y refrendadas por el ordenamiento jurídico, en el art. 71.2 Cn, arts. 9, 10 CNA y arts. 2 y 440 CF. En este sentido, es necesario garantizar el pleno conocimiento del Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, por operadores internos y externos del sistema de justicia, de forma que se posibilite el acceso a los procedimientos, y se garantice la celeridad y eficacia de los trámites.

7. DECLARACIONES Y RESERVAS

Es en los instrumentos jurídicos internacionales en los que debe procurarse amplio consenso, equilibrio de todos los intereses en juego y armonización entre los Estados contratantes para lograr un mayor número de suscriptores; es posible que los Estados hagan declaraciones o reservas en cuanto a los alcances o limitaciones sobre la aplicación de ciertos aspectos del convenio, ampliando su cobertura o restringiéndola, a fin de compatibilizarlo con sus ordenamientos jurídicos internos, como refiere el autor mexicano Guerrero Valle (2018), «tropicalizando» su aplicación. Esas posibilidades de ampliación o restricción en la aplicación del convenio para los Estados que acogen tales opciones tienden a complejizar las regulaciones normativas de dicho instrumento jurídico, lo que en palabras de Azcárraga Monzonís (2008) es el costo que se ha de pagar para lograr consenso entre diferentes Estados y beneficiar así a un mayor número de acreedores alimentarios.

Las declaraciones y reservas se realizarán en el marco de las regulaciones normativas contenidas en los arts. 61 al 63 del Convenio de Cobro de Alimentos de 2007 y se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya, las declaraciones y reservas hechas por cada Estado contratante, en el caso de haberlas hecho.

Es así, que el Estado de Nicaragua ha hecho una reserva sobre la aplicación del citado convenio, con base en su art. 20.1.e), en concordancia con el art. 62 del convenio, en el sentido de que solo se reconocerán los acuerdos que hayan sido aprobados por una autoridad judicial, que cumplan con los requisitos legales y que no contravengan la legislación nacional; ello implica que, con base en el principio de reciprocidad, los acuerdos alimentarios adoptados en sede notarial o conciliatoriamente en sede administrativa y ratificados por esta última, a los que se refieren los arts. 326 y 562 del Código de Familia (2014), no serán reconocidos por los otros Estados contratantes, únicamente los que hayan sido aprobados judicialmente, porque un Estado no puede pretender que se aplique la norma cuya exclusión ha formulado a través de la reserva realizada, como lo corrobora Azcárraga Monzonís (2008).

Se constata en el Decreto n.º 8448/2018, de la Asamblea Nacional de Nicaragua, tal como se corrobora en el sitio web de la Conferencia de La Haya y arts. 2.3, 61 y 63 del convenio, que Nicaragua también ha hecho dos declaraciones respecto de la aplicación del convenio, relativas al concepto de obligaciones alimentarias y su cobertura, y respecto del idioma de las solicitudes.

Sobre la primera declaración, referida al concepto y cobertura de la obligación alimentaria, su concepto habrá de regirse conforme lo establecido en el Código de Familia (2014), así que hemos de remitirnos al art. 306 de ese cuerpo normativo, cuya conceptualización es bastante amplia, al definir que:

Los alimentos son bienes necesarios que se proporcionan para la vida de una persona. Comprende una prestación económica que guarda la debida relación entre las posibilidades económicas de quien está obligado a darlos y las necesidades de quien deba

recibirlos. Además de las necesidades alimenticias propiamente dichas, se considera también como alimentos, los servicios necesarios para garantizar una mejor calidad de vida, tales como: a) Atención médica y medicamentos, rehabilitación y educación especial, cuando se trate de personas con alguna discapacidad independientemente de su edad; b) Vestuario; c) Habitación; d) Educación y aprendizaje de una profesión u oficio; e) Culturales y de recreación.

Respecto de la cobertura de la citada obligación alimentaria, el art. 316 del Código de Familia (2014) determina un orden de prelación a los acreedores alimentarios que, en términos generales, se puede resumir como sigue. En primer orden, los hijos menores de 18 años de edad, o mayores de 18 años, con un límite etario de 21 años, cuando realicen estudios provechosos, que no hayan contraído matrimonio ni se hayan declarado en unión de hecho estable y no estén laborando; personas con discapacidad e hijos no nacidos; al cónyuge o conviviente, mientras no tenga para su congrua sustentación; a los hermanos y hermanas, a los ascendientes y descendiente hasta el segundo grado de consanguinidad, cuando se encuentren en estado de necesidad o desamparo.

De forma concordante con las regulaciones del convenio, en lo que hace a la cobertura de los hijos e hijas, independientemente del estatus conyugal de sus progenitores, el Estado de Nicaragua expresamente establece en el art. 75 de la Constitución Política, la igualdad de los hijos entre sí y frente a sus progenitores, de forma que no existe motivo de discriminación alguna para el ejercicio del derecho alimentario respecto de sus progenitores.

Una segunda declaración hecha por el Estado de Nicaragua, en el marco de la regulación del art. 44.1 del convenio, alude a que toda solicitud y documentos que se le presenten en calidad de Estado

requerido debe acompañarse de su respectiva traducción al español, de modo que Nicaragua como Estado requirente también deberá proceder en idéntica forma respecto de los otros Estados contratantes que hayan hecho tales declaraciones, como se infiere del art. 2.1 del convenio.

Con tales declaraciones hechas por el Estado de Nicaragua, y considerando la amplitud del concepto y cobertura de la obligación alimentaria en el derecho positivo, significa que si un Estado parte en calidad de Estado requerido no ha hecho declaración en tal sentido, se limitaría la autoridad central de ese Estado a dar cumplimiento a aquellas obligaciones establecidas en el marco del convenio únicamente, tal es el caso de la exclusión del auxilio entre autoridades centrales en las reclamaciones de cobro alimentario entre cónyuges y excónyuges y en el supuesto contrario operaría el principio de reciprocidad entre los Estados que hayan hecho declaraciones en tal sentido.

En aras de facilitar a los potenciales Estados parte la identificación de las declaraciones y reservas hechas por los Estados contratantes, la Comisión especial, en la citada primera reunión realizada en La Haya, entre el 17 al 19 de mayo de 2022, aprobó una guía para hacer reservas y declaraciones (Hague Conference on Private International Law, 2022 b).

8. CONCLUSIONES

El Convenio de Cobro de Alimentos de 2007 vincula al Estado de Nicaragua por haberse adherido al mismo en el año 2018; tiene plena vigencia a nivel interno desde el 18 de abril de 2020 y constituye un instrumento jurídico internacional que, por su contenido, tiende a viabilizar la reclamación del derecho alimentario desde el Estado de residencia del acreedor hasta el Estado de destino y residencia del deudor alimentario.

Son parte del referido Convenio de Cobro de Alimentos de 2007, un total de cincuenta y un Estados y una organización regional de integración económica: la Unión Europea, y considerando la internacionalización de las familias, por ser el Estado de Nicaragua emisor de flujos migratorios hacia distintos países, como Estados Unidos y España, que son parte de dicho convenio, este supone una oportunidad para la materialización del derecho alimentario de niños, niñas y adolescentes principalmente, en los países antes citados, por ser importantes receptores de nicaragüenses que establecen ahí su residencia y cuyos alimentistas residen en suelo nicaragüense.

Constituye un imperativo para la comunidad jurídica nicaragüense y para la población en general conocer el contenido del Convenio de Cobro de Alimentos de 2007, a fin de apropiarse de su contenido y promover su utilización con relación a los demás Estados parte, en la medida en que sea aplicable, aprovechando la posibilidad de materializar el derecho a los alimentos de niños, niñas y adolescentes y otros miembros de la familia, a través del MIFAN como autoridad central, en coordinación con entidades homólogas, para su aplicación en el suelo patrio y más allá de las fronteras.

Ante la posible judicialización de las solicitudes, como Estado requirente o Estado requerido, es meritorio también, que los operadores externos e internos del sistema de justicia patrio y de los Estados parte, tengan pleno dominio de los requisitos y de los procedimientos necesarios, de acuerdo con los distintos tipos de solicitudes que pueden entablarse, a fin de procurar trámites expeditos y con ello, una oportuna materialización del derecho alimentario objeto de tutela en el plano internacional, por lo que se torna necesario un estudio exhaustivo de dicho instrumento jurídico internacional, su informe explicativo y dar seguimiento a las recomendaciones de la comisión especial creada por la Conferencia de La Haya para dar seguimiento a la aplicación del convenio, a fin de estar en condiciones de asistir,

representar o atender apropiadamente a los solicitantes, acreedores o deudores alimentarios, en el marco regulatorio del convenio y de las particulares circunstancias del Estado parte en que se pretenda ejercer las acciones procesales administrativas o jurisdiccionales que del convenio se derivan.

Para Nicaragua sería beneficioso que otros países receptores de sus flujos migratorios se adhieran al Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007 para avanzar en la concreción de ese derecho convencional, constitucional y legal más allá de la frontera patria, contribuyendo a una mayor protección y tutela del derecho a los alimentos de la niñez principalmente, y de otros miembros de la familia, en la medida en que se amplíe el ámbito de aplicación del convenio mediante declaraciones de los Estados en tal sentido.

Teniendo la CDN carácter universal, es imperativo que se tutele eficazmente el derecho alimentario de la niñez en general; por ello, es necesario que los Estados que aún no han ratificado o no se han adherido al Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, lo hagan; esto posibilitaría que la niñez y la adolescencia en general puedan ejercer su derecho alimentario en el plano internacional, y tutelado tal derecho apropiadamente en favor de la niñez se habrá concretado el ISN por la especial prioridad que se le dispensa en el convenio. Un instrumento de suma importancia para su concreción se encuentra en los postulados de las Reglas de Brasilia (2018) que contribuyen a posibilitar el acceso a la justicia a la niñez y a las personas en situación de vulnerabilidad en los países iberoamericanos.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional de Nicaragua (1 de febrero de 1995). Ley de reforma parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua. (Ley n.º 192 de 1995). GDO: 124/1995. [http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/\(\\$All\)/927804DC295D0AE5062573080056DA6D?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/($All)/927804DC295D0AE5062573080056DA6D?OpenDocument)
- Asamblea Nacional de Nicaragua (28 de agosto de 2018). Decreto de aprobación de la adhesión al Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia. (Decreto 8448 de 2018). GDO: 169/2018. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92a87dac762406257265005d21f7/71e0e40cd11abe6f062582ff00609a65?OpenDocument>
- Azcárraga Monzonís, C. (2008). El nuevo convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (Sobre la negociación de determinados artículos en la Sesión Diplomática del 5 al 23 de noviembre de 2007). *Revista Española de Derecho Internacional*, 60(2), 491-522. <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/1077>
- Azcárraga Monzonís, C. (2008). El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (sobre la negociación de determinados artículos en la sesión diplomática del 5 al 23 de noviembre de 2007). *R. E. D. I.*, 15 (2).
- Barceló Doménech, J. (2015). El interés del menor como criterio de aplicación d. De la ley Ley valenciana de relaciones familiares. *Revista Boliviana de Derecho*, 19, 790-803. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4907633>
- Borrás, A. y Degeling, J. (2013). Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y

otros Miembros de la Familia. Informe Explicativo. <https://assets.hcch.net/docs/70bf2354-6539-4a1a-b7da-a257b42bd940.pdf>

Cámara Colombiana de Comercio Electrónico. (2018). *En el 2017 las transacciones digitales en Colombia aumentaron 24 % con respecto al 2016*. <https://www.ccce.org.co/noticias/en-el-2017-las-transacciones-digitales-en-colombia-aumentaron-24-con-respecto-al-2016>

Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (19 de noviembre 1999). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

Código de Familia de Nicaragua (C. F.) (2014). GDO: 190/2014. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/bf20230a44cce90e06257d400064baa7?OpenDocument>

Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua (CNA). (1998). GDO: 97/1998. https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/1998_ley287.pdf

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH). (2007). Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia. <https://assets.hcch.net/upload/finact21s.pdf>

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH). (2007). Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. (23 de noviembre de 2007). <https://assets.hcch.net/docs/16d5938e-2792-4104-8b0e-9fd5e7e357b6.pdf>

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) (s/f). Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero.

Hecha en Nueva York, el 20 de junio de 1956. <https://assets.hcch.net/docs/d759a41f-548d-447c-9d9a-2ca91093f60a.pdf>

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) (s/f). Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (31 de octubre de 1951). <https://assets.hcch.net/docs/97867a48-a528-4b5f-8c30-e63849448ae7.pdf>

Constitución Política de la República de Nicaragua (C. P.). GDO: 181/2022. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/09cf45d6fc893868062572650059911e/94bccaa76eb625bd062588e90054d69d>

Diccionario panhispánico del español jurídico (2023). «Acción afirmativa». <https://dpej.rae.es/lema/acci%C3%B3n-afirmativa>

Guerrero Valle, J. C. (2018). Consideraciones en relación con el convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero; la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias y el convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia. *Perspectiva Jurídica UP*, (2). <https://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/consideraciones-en-relacion-con-el-convenio-sobre-obtencion-de-alimentos-en-el-extranjero-la-convencion-interamericana-sobre-obligaciones-alimentarias-y-el-convenio-sobre-cobro-internacional-de-alimentos-para-ninos-y-otros-miembros-de-la-familia>

Hague Conference on Private International Law (2022). First meeting of the Special Commission on the practical operation of the 2007 Child Support Convention and on the 2007 Maintenance Obligations Protocol. (Primera reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Alimentos para los Hijos de 2007 y sobre el Protocolo de Obligaciones

Alimenticias de 2007). <https://assets.hcch.net/docs/ee328db7-1d7a-4e8a-b765-2e35e937a466.pdf>

Herrera, M. (2011, marzo de 2011). *Interés Superior del Niño. Estándares de intervención en la práctica judicial de la Provincia de Buenos Aires (custodia y comunicación, daños y restitución internacional)* [Video]. En Centro de Capacitación - MPBAYouTube. <https://youtu.be/ir8IV1hH1q0>

Jiménez Barca, A. y Martín, M. (2022, 12 de febrero). Un día sin inmigrantes. *El País*. <https://elpais.com/espana/2022-08-13/un-dia-sin-inmigrantes.html>

Jimerson Céspedes, K. (2019). *Pensión Alimentaria Internacional en el Derecho Comunitario Centroamericano. Propuesta marco para la elaboración de futuros instrumentos relativos a la obtención de alimentos en el extranjero para Centroamérica*. (Tesis de grado, Universidad de Costa Rica). <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/xmlui/handle/123456789/9121>

Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M. y Lloveras, N. (Dir.). (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Rubinzal-Culzoni Editores. <http://www.slideshare.net/joyestrella/tratado-de-derecho-de-familia-kemelmajer-de-carlucci-tomo-i#>

Moustaira, E. (2011). Convenio de 2007 Sobre Cobro Internacional de Alimentos. https://www.researchgate.net/publication/340262212_Convenio_de_2007_sobre_cobro_internacional_de_alimentos

Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

- Naciones Unidas (s/f). Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1989). www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx
- Naciones Unidas (s/f). Migración internacional. <https://www.un.org/es/global-issues/migration>
- Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación General n.º 14 (2013) Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en
- ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC). Observación general n.º 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, (27 noviembre 2003). <https://www.refworld.org/es/leg/general/crc/2003/es/36435>
- Panatti, M. V. y Pennise Lontorno de Machado, M. S. (2016). Aportes para la determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial, Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (VIII)9, pp. 33-47. La Ley, (1). <http://catalogo.jusneuquen.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=16488>
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). <https://brasilial100r.com/wp-content/uploads/2020/07/Reglas-de-Brasilia-actualizaci%C3%B3n-2018.pdf>

Rivera Zamora, X. (2017). *El interés superior de la niñez y la adolescencia en la justicia de familia nicaragüense*. (Trabajo de grado, Universidad Centroamericana [UCA], Nicaragua. Repositorio Institucional). <https://core.ac.uk/download/pdf/161560888.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

La autora declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

Investigación, recolección, análisis e interpretación de datos, y redacción inicial y final.

Agradecimientos

La autora agradece la aceptación de este trabajo para su publicación, como también las observaciones de fondo y forma por los evaluadores designados por la revista *Llapanchikpaq: Justicia* para la confección del presente manuscrito.

Biografía de la autora

La autora es doctora en Derecho y master en Derecho y Desarrollo con perspectiva de Género, master en Procesos de Integración y master en Derecho Local, con postgrados sobre Litigación oral, Derecho Penal, Derecho Bancario, Derecho de Familia y Derecho Procesal civil. Es juez de Distrito de Familia desde el año 2009. Es docente del Instituto de Altos Estudios Judiciales del Poder Judicial, docente de postgrado en la Universidad Americana (UAM), ambos de Nicaragua. También, es conferencista sobre Derecho de Familia.

Es autora entre otras publicaciones, del libro *El reconocimiento filial de complacencia. Especial referencia al Derecho nicaragüense* (2024); autora del capítulo de libro «El Bola», publicado en *Los derechos de la niñez a través del cine* (2021) y autora del artículo «El derecho de la niñez y la adolescencia a ser escuchada en la justicia de familia en Nicaragua» (2018).

Correspondencia

xiomamariverazamora@gmail.com



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 125-188

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.975>

El acceso a la justicia para personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA): análisis comparado y áreas de oportunidad para la consolidación de esta comunidad en el Perú

Access to Justice for People with Autism Spectrum Disorder:
Comparative Analysis and Areas of Opportunity for its
Consolidation of this Community in Peru

Acesso à justiça para pessoas com Transtorno do Espectro Autista:
análise comparativa e áreas de oportunidade para sua
consolidação desta comunidade no Peru

DIEGO ALONSO NORONHA VAL

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: diego.noronha@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0007-3358-6614>

RESUMEN

El Trastorno del Espectro Autista (TEA) supone la reunión de diversas afecciones cognitivas que dificultan la interacción y la comunicación en la persona que lo presenta. Es decir, se está ante una deficiencia intelectual que califica como una discapacidad de conformidad con

los instrumentos internacionales que regulan la materia. Esta situación hace que sus integrantes se tornen vulnerables en los distintos ámbitos de su desarrollo; por lo demás, solo se encuentra la ineficaz actuación del Estado. La imposibilidad de obtener un diagnóstico celer y oportuno, a través de las instituciones competentes, no solo agrava su condición psíquica, sino que impide que se les otorgue un tratamiento jurídico adecuado para sus necesidades. Así, aun cuando, hacia el 2014, en el Perú, se promulgó la Ley n.º 30150, formalmente dedicada a la protección de las personas con este trastorno, y a partir de la que se formuló el Plan Nacional para las Personas con Trastorno del Espectro Autista 2019-2021, ninguno de estos instrumentos aborda el acceso a la justicia como un aspecto relevante que se debe considerar para la consolidación de esta comunidad en el país. La realidad legislativa es distinta en otros países de la región, como en Chile, en Bolivia y en México que, siguiendo los parámetros de las Reglas de Brasilia, plantean disposiciones normativas convencionalmente adecuadas para el tratamiento de estas personas en el ámbito judicial. Es así como esta investigación pretende identificar las principales barreras materiales que en el Perú impiden a las personas con TEA acceder debidamente a la justicia; luego, se realiza un análisis comparativo a partir del que se obtendrán las áreas de oportunidad y de mejora que permitirán estructurar un planteamiento de *lege ferenda* sobre la materia.

Palabras clave: discapacidad; vulnerabilidad; acceso a la justicia; derecho comparado.

Términos de indización: discapacidad intelectual; grupo desfavorecido; derecho a la justicia; derecho comparado (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

Autism Spectrum Disorder (ASD) involves the combination of various cognitive conditions that make interaction and communication difficult for the person who presents it. That is, we are faced with an intellectual deficiency that qualifies as a disability, in accordance with the international instruments that regulate the matter. This situation makes its members vulnerable to ineffective state actions in different areas of development. The impossibility of obtaining a quick and timely diagnosis, through the competent institutions, not only aggravates their psychological condition, but also prevents them from being granted legal treatment according to their needs. Thus, even though, around 2014, in Peru, Law n.º 30150 was enacted, formally dedicated to the protection of people with this disorder and from which the National Plan for People with Autism Spectrum Disorder 2019-2021 was formulated, none of these instruments address access to justice as a relevant aspect to consider for the consolidation of this community in the country. The legislative reality is different in other countries in the region, such as Chile, Bolivia and Mexico, which, following the parameters of the Brasilia Rules, propose normative provisions conventionally appropriate for the treatment of these people in the judicial sphere. Thus, this research aims to identify the main material barriers that in Peru prevent people with ASD from properly accessing justice, and then carry out a comparative analysis from which the areas of opportunity and improvement will be obtained, allowing to structure a *lege ferenda* approach to the matter.

Key words: disability; vulnerability; access to justice; comparative law.

Indexing terms: intellectual disability; disadvantaged groups; right to justice; comparative law (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O Transtorno do Espectro Autista (TEA) envolve a combinação de diversas condições cognitivas que dificultam a interação e a comunicação da pessoa que o possui. Ou seja, estamos perante uma deficiência intelectual, que se qualifica como deficiência, de acordo com os instrumentos internacionais que regulam a matéria. Esta situação torna os seus membros vulneráveis a ações estatais ineficazes em diferentes áreas do desenvolvimento. A impossibilidade de obter um diagnóstico rápido e atempado, através das instituições competentes, não só agrava o seu estado psicológico, como também impede que lhes seja concedido um tratamento jurídico adequado às suas necessidades. Assim, embora por volta de 2014, no Peru, tenha sido promulgada a Lei n.º 30.150, formalmente dedicada à proteção das pessoas com esse transtorno e a partir da qual foi formulado o Plano Nacional para Pessoas com Transtorno do Espectro Autista 2019-2021, nenhum desses instrumentos abordar o acesso à justiça como um aspecto relevante a considerar para a consolidação desta comunidade no país. A realidade legislativa é diferente em outros países da região, como Chile, Bolívia e México, que, seguindo os parâmetros das Regras de Brasília, propõem dispositivos normativos convencionalmente apropriados para o tratamento dessas pessoas na esfera judicial. Assim, esta pesquisa visa identificar as principais barreiras materiais que no Peru impedem as pessoas com TEA de ter acesso adequado à justiça e, em seguida, realizar uma análise comparativa a partir da qual serão obtidas as áreas de oportunidade e melhoria que permitirão abordagem ao assunto.

Palavras-chave: incapacidade; vulnerabilidade; acesso à justiça; lei comparativa.

Termos de indexação: deficiência intelectual; grupo desfavorecido; direito à justiça; direito comparado (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/03/2024
Aceptado: 12/06/2024

Revisado: 04/04/2024
Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

La complejidad del Trastorno del Espectro Autista (TEA) trasciende las fronteras de lo simplemente cognitivo para adentrarse en un terreno donde las barreras de comunicación y la interacción son palpables. En este contexto, las personas que afrontan esta condición se ven enfrentadas no solo a los desafíos inherentes a su diagnóstico, sino también a la falta de respuestas eficaces por parte del Estado en los diversos ámbitos de su desarrollo. La ineficiencia en la identificación temprana y el tratamiento adecuado no solo agravan su situación psicológica, sino que también impiden que se les brinde la atención jurídica acorde con sus necesidades.

A pesar de los esfuerzos legislativos, como la promulgación de la Ley n.º 30150, en el Perú, que busca proteger a las personas con TEA, y el establecimiento del Plan Nacional para las Personas con Trastorno del Espectro Autista 2019-2021, ninguno de estos instrumentos abordan de manera integral el acceso a la justicia, lo que deja un vacío crucial en la protección de esta comunidad en el país. En contraste, otros países de la región como Chile, Bolivia y México han establecido disposiciones normativas inspiradas en los principios de las Reglas de Brasilia, que abordan de manera más completa y adecuada el tratamiento de estas personas en el ámbito judicial. Ante este panorama, surge la necesidad de reflexionar sobre la importancia de considerar el acceso a la justicia como un aspecto fundamental para la consolidación y la protección de los derechos de las personas con TEA en el Perú.

Mediante este trabajo se pretende, en primer lugar, visibilizar la situación fáctica y la jurídica de las personas con TEA en el Perú; en segundo lugar, se busca ofrecer alternativas de mejora en la legislación que procura la protección de este grupo vulnerable. Es artículo no pretende plantear fórmulas legislativas exactas que sirvan de forma inmediata a la creación de enunciados normativos reformados, sino que se procurará formular los principios rectores que permitan coadyuvar a dicha labor creativa. Es, precisamente, en virtud de dicho objetivo que este trabajo se justifica, puesto que en el transcurso de la investigación se advirtió que en el Perú no existen manuscritos dedicados al análisis de una materia relacionada a una población tan específica, como es la que está dentro del TEA. El análisis legislativo y el normativo tampoco han sido abordados en ninguna otra investigación, de ahí su relevancia actual.

El trabajo se encuentra estructurado en cuatro secciones. En la primera, se formulará un análisis respecto de la naturaleza científica de esta condición y cómo esta se ha manifestado jurídicamente. Se verificará en dicha sección si existe una correspondencia entre la definición de este trastorno desde su disciplina de estudio y aquella recogida en el instrumento jurídico internacional que marca el derrotero sobre la materia. La finalidad es identificar y establecer qué es el TEA y, subsecuentemente, el enfoque con el que debe ser abordado para la eficiente y eficaz tutela del derecho de acceso a la justicia de esta población.

En la segunda sección, se planteará, a manera de estado de la cuestión, la situación que vive el Perú respecto de la protección de las personas con esta condición. Específicamente, nos referimos, por un lado, a la realidad normativa y, de otro lado, a las posibilidades de acceder a un diagnóstico célere y oportuno. Esto último irá acompañado de un análisis sobre las dificultades contextuales suscitadas en el país.

En la tercera sección, se formulará un análisis comparativo sobre las legislaciones de Chile, de Bolivia y de México. De estas legislaciones se extraerán los enunciados normativos que podrían, en la eventualidad, aportar a la mejora de la legislación peruana sobre la materia. Cabe resaltar que dichos cuerpos normativos fueron elegidos en tanto la región latinoamericana no posee, en su gran mayoría, países que hayan desarrollado normas específicamente relacionadas a la tutela de los derechos de esta población en específico, más aun tratándose del derecho de acceso a la justicia.

Finalmente, en la cuarta sección, se utilizarán todos los conceptos previos previstos presentados en los apartados anteriores; se formularán los aportes *de lege ferenda* a favor de la reforma de la legislación peruana en materia de protección de las personas con TEA. Sobre esta se hará énfasis en las herramientas y los mecanismos para coadyuvar al derecho de acceso a la justicia de este grupo, elementos que deben ser promovidos, primordialmente, por la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad.

Cabe aclarar que no es pretensión de este trabajo construir un concepto exacto del TEA, en la medida en que ello corresponde a los operadores propios de la ciencia que lo estudia. Lo que resulta relevante para este trabajo es identificar la naturaleza de esta condición y cuál es el tratamiento que se le da en el ámbito jurídico. Posteriormente, se evaluará si este concepto se encuentra adecuado a la Psicología, ciencia que ciertamente aportará de sobremanera al conocimiento de esta condición. Asimismo, incluso cuando esta condición se presenta desde la infancia, este trabajo no está estrictamente dedicado a dicho sector, sino que engloba a toda persona dentro del TEA (niños, jóvenes y adultos) que requiera acceder al aparato de justicia; se pretende dar soluciones jurídicas al problema de acceso a la justicia de esta población vulnerable.

2. LA NATURALEZA DEL TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA (TEA)

El TEA, como condición que afecta el neurodesarrollo en el ser humano, es un objeto de estudio propio del campo de la Psicología. Su observación se destaca en las áreas de la psicología del desarrollo, la neuropsicología y la psicología clínica. Sin embargo, es necesario aproximarnos desde un enfoque multidisciplinario para comprender su complejidad, de manera que se desarrollen intervenciones efectivas en los diferentes ámbitos de acción de la persona que lo presenta.

La multidisciplinariedad a la que se hace referencia exige entender que el tratamiento de este concepto puede diferir según la perspectiva desde la que se aborde. Su construcción dependerá de la naturaleza de las variables que se utilicen. En ese orden, para la Psicología, la definición de esta condición se fundará en criterios estrictamente médicos, comprendidos en los manuales de diagnóstico sobre la materia. Por el contrario, en el ámbito jurídico, se hará lo propio a partir de las consideraciones del mismo carácter científico, siempre que estas se encuentren judicializadas en algún instrumento de soporte normativo. Es así como, a través de la expresión práctica de cada estructura teórica particular, se generarán los distintos criterios de entendimiento sobre la materia.

Lo problemático surge, en este punto, frente a la ausencia de imbricación teórica entre las disciplinas que abordan este concepto por ignorar su ubicación nuclear en el marco de las ciencias de la salud. Como consecuencia, surgen imprecisiones conceptuales sobre los elementos que lo integran, que impiden la formulación de un concepto unánime, cuando menos transversal, sobre el TEA; que permita una protección científicamente justificada de esta población en sus distintos ámbitos de desenvolvimiento, especialmente, en el del acceso a la justicia. En ese derrotero, es necesario identificar el

tratamiento que la comunidad científica le otorga a esta condición para luego verificar si la concepción jurídica, internacionalmente esbozada, se encuentra adecuada a su ubicación sistemática.

2.1. Tratamiento científico

El TEA, como modernamente se concibe, tuvo su génesis histórica en 1911, año en el que el psiquiatra suizo Paul Eugen Bleuler acuñó por primera vez el término «autismo». Este fue inicialmente proyectado como un trastorno básico de la esquizofrenia, caracterizado por una manifiesta limitación en las relaciones interpersonales y con el entorno de quien se consideraba lo padecía. A partir de esta primera aproximación, se ubica este fenómeno como objeto de estudio de las ciencias del comportamiento. De ahí que Sukharevaen (1925), Kanner, (1943), Asperger (1944), Rimland (1964), entre varios otros connotados investigadores, hayan dedicado interés a su observación durante el siglo XX (Arrebillaga, 2009, pp. 29-30).

La comunidad científica, sin embargo, durante este periodo, no tenía plena claridad sobre su naturaleza. El primer Manual de Diagnóstico y Estadística de los Trastornos Mentales o DSM-1, publicado en 1952, lo reconocía como una característica propia de la esquizofrenia de tipo infantil, criterio que fuera replicado en el DSM-2, hacia 1968. No será sino hasta la publicación del DSM-3-R, en 1987, tras su predecesor DMS-3 de 1980, que se incorporaría la denominación de «trastorno» del autismo infantil. Dicha determinación se consolidó, posteriormente, a través del desarrollo de los DSM-4, de 1994, y DSM-5, de 2013, en los que se reitera y uniformiza su clasificación como trastorno del desarrollo, y se reconoce, incluso, categorías que de este se desprenden (Celis y Ochoa, 2022, p. 8).

De acuerdo con el DSM-4, las características nucleares de lo que restringidamente se denominó «trastorno autista» son «la presencia de un desarrollo marcadamente anormal o deficiente de la interacción

y comunicación sociales y un repertorio sumamente restringido de actividades e intereses» (American Psychiatric Association, 1995, p. 69). El DSM-5, que agrega el término «espectro»¹ entre ambos primigenios conceptos y constituye su denominación actual, reformula dicha consideración y establece que sus características principales «son el deterioro persistente de la comunicación social recíproca y la interacción social, y los patrones de conducta, intereses o actividades restrictivos y repetitivos», y agrega que «están presentes desde la primera infancia y limitan o impiden el funcionamiento cotidiano» (American Psychiatric Association, 2014, p. 53).

Como se observa, la herramienta matriz sobre trastornos mentales permite conocer toda la diversidad de criterios de diagnóstico para identificar a una persona con TEA. Sin embargo, no ofrece una justificación que lo distinga, propiamente, como un trastorno de otra clase de fenómenos psicológicos. De ahí que su naturaleza no haya sido claramente abordada por escenarios ajenos a las ciencias de la salud. Al respecto, Rengifo y Cano (2021) señalan que el TEA supone una afección en el neurodesarrollo cerebral del agente, que se extiende durante toda su vida (p. 135). Del mismo modo, Velarde, Ignacio y Cárdenas (2021) señalan que esta es una condición que agrupa alteraciones del neurodesarrollo que afectan la comunicación y el comportamiento (p. 176). Reaño (2022), por su parte, más específicamente señala que el autismo «es una condición del neurodesarrollo donde la mente privilegia un tipo de procesamiento basado en la hiperfocalización en detalles, búsqueda de patrones y profundización en áreas de interés, presentando dificultades en el procesamiento de los elementos de comunicación y de cognición social típicas» (p. 111). Asimismo, De Valle et al. (2022) señalan que

1 A propósito de este concepto, el National Institute of Mental Health (2022) señala que dicha denominación sirve para establecer que «existe una amplia variación en el tipo y la gravedad de los síntomas que tienen las personas con estos trastornos» (p. 2).

el TEA responde a «trastornos del neurodesarrollo caracterizados por la presencia de dificultades en la comunicación e interacción social, y patrones restrictivos y repetitivos de comportamiento, intereses o actividades» (p. 75).

De lo anterior, se advierte que la academia concluye en que el TEA es una condición del desarrollo neurológico que afecta, principalmente, la capacidad comunicativa de quien lo presenta. Es así como, para disciplinas ajenas a las ciencias de la salud, esta categoría podría ser profanamente equiparada a una enfermedad, entendida como la configuración de valores anormales que alteran el funcionamiento del sistema, en este caso, mental o psíquico de la persona, lo que, a su vez, puede ser forzosamente vinculado a la generación de discapacidad, en tanto sea calificado como limitante a la expresión de sus competencias. Todo esto es, sin lugar a dudas, erróneo.

El TEA no es una enfermedad ni es un sinónimo absoluto de discapacidad. Álvarez et al. (2014) son enfáticos al señalar que «el autismo no es un estado patológico, sino un síndrome clínico» (p. 37). Del mismo modo, Reaño (2022), citándose a sí mismo (2017), a Shore (2012) y a Milton (2012), refuerza la idea anterior de la siguiente manera:

El autismo no es una enfermedad ni un trastorno, sino una condición de vida con la cual se nace y que supone un neurodesarrollo atípico (Reaño, 2017). A diferencia del cerebro neurotípico (el de la mayoría poblacional) éste está mucho más preparado para las actividades que requieren una mayor capacidad de sistematización de acuerdo con sus motivaciones profundas (Shore, 2012; Reaño, 2017). Su tipo distinto de comprensión de la interacción social y de establecimiento de la empatía, hacen que se encuentren dificultades para comprender

el funcionamiento de la sociedad neurotípica. Esta levanta serias barreras para su determinación, autonomía y acceso a la calidad de vida. (p. 114)

Conforme a ello, el DSM-5 señala lo siguiente:

Estas alteraciones no se explican mejor por la discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual) o por el retraso global del desarrollo. La discapacidad intelectual y el trastorno del espectro con frecuencia coinciden; para hacer diagnósticos de comorbilidades de un trastorno del espectro autista y discapacidad intelectual, la comunicación social ha de estar por debajo de lo previsto para el nivel general de desarrollo. (p. 51)

Así, se advierten dos aspectos importantes que nos aproximan, en mayor medida, a la correcta concepción del TEA desde su ubicación en las ciencias de la salud. Primero, es evidente que esta disfunción no califica como enfermedad, sino, estrictamente, como condición que responde al «paradigma de la neurodiversidad» (Reaño, 2017, p. 114). El mundo está construido por personas neurotípicas que, en su gran mayoría, no son capaces de descifrar o decodificar el lenguaje de quien presenta autismo, considerándolos agentes atípicos dentro del estándar mental impuesto. Por tanto, las personas con TEA no son las incapaces de adaptarse al devenir social de la población mayoritaria, sino que es la comunidad neurotípica la que no reúne las competencias suficientes para atender las necesidades particulares que ellas exigen. «Se considera, ante todo, la dignidad de la persona autista en cuanto no se busca normalizarlos ni que dejen de serlo, sino que accedan a vivir, de manera plena, a sus proyectos de vida particulares» (Reaño, 2017, p. 114). Segundo, la discapacidad intelectual no está necesaria y obligatoriamente asociada al diagnóstico de TEA; la discapacidad intelectual puede, ciertamente, conjugarse con el espectro autista,

pero será determinada conforme a un análisis particularizado del agente; no puede asumirse como una generalidad predeterminada. En buena cuenta, la discapacidad siempre supondrá la presencia de esta condición, pero no necesariamente esta última la generará en todas las ocasiones.

Frente a todo lo expuesto, queda meridianamente claro que el mal entendimiento conceptual deviene en detrimento para el tratamiento de personas con TEA. Una base teórica inadecuada sin los preceptos conceptuales idóneos viciará todos los instrumentos, sea cual sea el carácter y el contenido que utilicen como fundamentación. Esto generará que se esté otorgando, tan solo, una protección aparente y no una sustancialmente adecuada a las reales necesidades de esta comunidad. La ciencia es la disciplina que fija el criterio de corrección, por la naturaleza del concepto; por ello, es necesario centrar los conceptos en este ámbito para que surtan los efectos transversales en el resto de las áreas del conocimiento que abordan esta problemática, tal como es la jurídica.

2.2. Tratamiento jurídico

El TEA no es un fenómeno que hasta el momento haya sido, propiamente, judicializado. No existe un instrumento que lo aborde y brinde una definición específica desde la particularidad de la ciencia jurídica. Esto es así y como se reitera, debido a la ubicación de este fenómeno en las ciencias de la salud. No obstante, en el marco de la internacionalización del derecho, surge un documento normativo, hacia el 2006, a través cual se procuró calificar, en la práctica forense, conforme al concepto genérico de «discapacidad», posición que se ha demostrado es, objetivamente, errónea. Sin perjuicio de ello, es teóricamente relevante entender cuál es el fundamento de esta valoración y qué aspectos abarca, de modo que se pueda verificar si lo precedentemente expuesto es correcto o no.

Precisamente, la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2006), el primer tratado sobre Derechos Humanos del siglo XXI, precisa en el segundo párrafo de su artículo 1, respecto al propósito del documento, que «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (p. 4). Esta definición se construyó a partir del análisis limitado, por cierto, del sujeto que presumiblemente la compone, y no a partir de su naturaleza desde alguna disciplina en concreto. Es decir, se parte de la existencia de personas deficientes, en diferentes ámbitos de desarrollo, que no son aptos para cumplir con estándares de desenvolvimiento impuestos, cuando el concepto tendría que construirse desde algún modelo teórico específico.

La doctrina especializada entiende que la Convención ha sido fundamentada desde un modelo filosófico social, a partir del cual la explicación del fenómeno ya no se sustenta en una aparente deficiencia personal, sino en defectos estrictamente atribuibles al conjunto social, siendo este el que genera las barreras discapacitantes. En otras palabras, las limitaciones que enfrentan estas personas no se originan en sus capacidades individuales, sino en las restricciones de la sociedad para ofrecerles servicios adecuados, que satisfagan las necesidades de este colectivo (Palacios, 2015, p. 14). Sin embargo, resulta paradójico que se pretenda atribuir el problema al conjunto social, cuando se parte por establecer que existen personas deficientes en sus características físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. De ahí que Salas (2015), citando a Blackstrom (2012), señale acertadamente que «los discursos que vinculan a estas personas con incompetencia, dependencia o caridad, deben ser transformados por cambios institucionales destinados a acomodarse a sus condiciones» (p. 40).

Aun cuando muchas de sus disposiciones estén nuclearmente orientadas a promover la igualdad y no discriminación, lo controvertido está en su cimiento conceptual. Carece de lógica que la disposición normativa matriz, que prevé la definición de la que se desprende el resto, parta de un fenómeno construido con conceptos contrarios a su finalidad. Es así como, bajo dicho razonamiento, en la medida en que el TEA supone la presencia de alteraciones neurológicas que afectan las habilidades de interacción y comunicación en la persona, siempre que se le asuma, asocie o equipare a un defecto, corresponderá, formalmente, a la categoría de discapacidad para la Convención. Esto quiere decir que no existe una correspondencia entre el modelo social del que, en apariencia, parte la doctrina para definir la naturaleza del fenómeno «discapacidad», con la particular concepción científica del TEA.

En ese sentido, considerando que es el orden jurídico el que determina o establece el estándar de corrección (licitud o adecuación normativa) de las conductas humanas e institucionales, la expresión fenomenológica de esta condición psicológica sería admitida, en el mundo de las reglas, como una discapacidad. En dicha medida, la juridicidad del concepto hace que, en materia de políticas públicas sobre la materia, sea este el tratamiento jurídico con el que se le aborde al procurar sancionar instrumentos normativos que acuñen falsamente una finalidad protectora. Siendo ello así, si las reglas implementadas para una población como las personas con TEA están construidas bajo conceptos teóricos erróneos, en tanto no consueñan con su núcleo científico, claramente su tratamiento no podrá ser pleno ni adecuado a su necesidad.

Las construcciones jurídicas pueden, ciertamente, alimentarse de las ciencias distintas al derecho. Hans Kelsen, a través de su teoría pura, procuró estructurar la ciencia jurídica desprovista de toda comunicación con disciplinas ajenas a ella, de forma que el sistema sea explicado siempre desde su coherencia interna; en la actualidad,

la regulación especializada de los distintos ámbitos de desarrollo de la vida y, especialmente, de la ciencia, exigen que la creación normativa sea precisa y que responda a las bases técnicas que cada ámbito requiera. En dicho derrotero, en tanto que el TEA no sea asumido por el derecho conforme a la naturaleza prevista por su área de estudio matriz, lo cual constituye una condición, cualquier disposición normativa que la regule adolecerá de dicha imprecisión conceptual. Esta errónea concepción jurídica tiene una especial repercusión en la percepción del rol que asumen las personas con esta condición que no coadyuva, sin duda, a la bien intencionada posición institucional favorable al desarrollo de las personas de esta comunidad.

Sobre esto último, Salas (2015) profundiza y señala que «al cumplir un rol, el individuo lo internaliza hasta convertirlo en parte de su constitución como persona. Los roles dependen de una institucionalización que define lo que un individuo es o puede ser en su comunidad» (p. 39). Las disposiciones normativas tienen una clara función comunicativa sobre el estándar de corrección institucionalizado para el ciudadano. Es solo a partir de su conocimiento previo que la persona puede organizar adecuadamente sus competencias, de forma tal que cumpla, en el marco de una sociedad compartimentada, el rol que específicamente se le asigna. En un esquema de división del trabajo en el que cada individuo cumple una función y se le da un tratamiento conforme a la competencia que ejerce, la precisión conceptual, aun dentro de todas las dificultades propias del lenguaje, es vital para la consecución de los objetivos institucionales trazados como política. Es perjudicial para lograr la consolidación de esta comunidad un equivocado tratamiento del TEA, que surge a partir de la construcción de su concepto jurídico sobre la base de elementos lingüísticos erróneos.

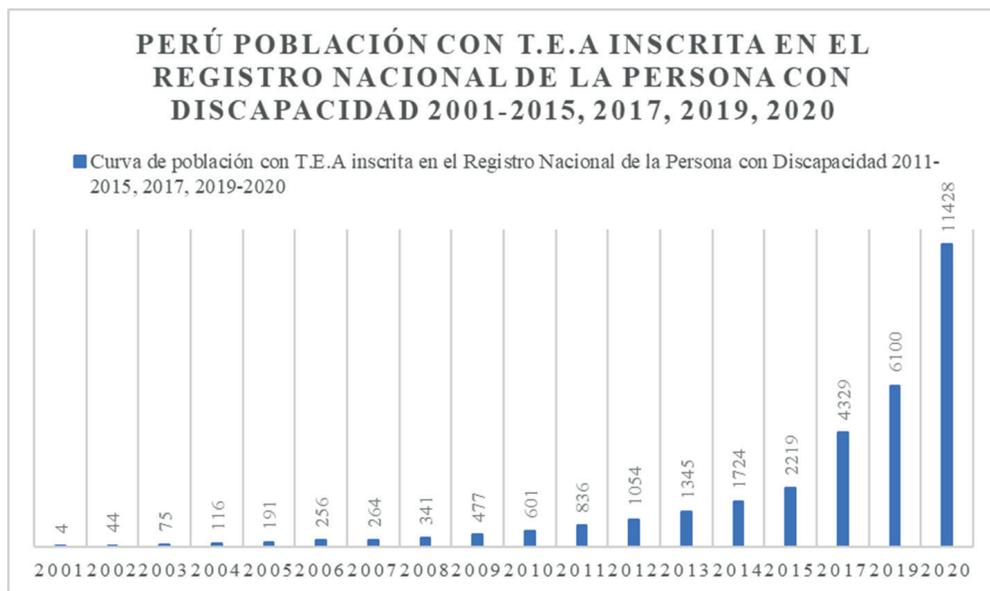
3. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL PERÚ

De acuerdo con el Informe de Secretaría emitido por el Consejo Ejecutivo de la sexagésima séptima Asamblea Mundial de la Salud, la prevalencia global es de 62 casos por cada 10 000 habitantes, lo que indica que aproximadamente 1 niño de cada 160 presenta TEA y las eventuales discapacidades asociadas (2014, p. 2). Estas cifras, según la revisión de fuentes actualizadas, siguen vigentes. En el Perú, sin embargo, no existen datos que nos permitan conocer la cantidad de personas con TEA que, al 2024, conviven en la comunidad; esta situación advierte la necesidad de un nuevo análisis estadístico que permita tomar acciones frente a esta problemática.

Sin perjuicio de ello, es posible realizar una aproximación a partir de los datos de años anteriores. De acuerdo con el Informe Temático n.º 03, emitido por el Consejo Nacional para Integrar a las personas con Discapacidad (Conadis), al 2015, «el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad tiene inscritas un total de 141 731 personas, de las cuales 2219 están diagnosticadas con trastornos del espectro autista (TEA), representando el 1.57 % del total de registros» (2016, p. 4). Así también, la Resolución Ministerial n.º 166-2020-MINSA, basándose en estadísticas brindadas por Conadis, muestra el incremento progresivo de esta población en el país. «Hasta el año 2017, se tenían registradas 4329 personas con diagnóstico de TEA y hasta el mes de setiembre del 2019 ya están registradas 6100 personas» (2020, p. 5). Finalmente, la última cifra actualizada, de la que da cuenta la Defensoría del Pueblo, señala que «en el 2020, el Ministerio de Salud certificó a un total de 5328 personas con TEA» (2023, p. 1). No existe fuente que detalle el último dato expuesto, pero puede entenderse que, desde el 2019 al 2020, los registros de personas con esta condición prácticamente se duplicaron. Proponemos la siguiente figura:

Figura 1

Población con TEA inscrita en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad en el Perú entre los años 2001-2015, 2017, 2019-2020



Fuente: El gráfico se realizó utilizando la información obtenida de las fuentes de información citadas en el párrafo precedente, así como la estructura propia de los gráficos obtenidos en el Informe.

Estos datos son relevantes y ponen de manifiesto un crecimiento exponencial de la población con TEA, conforme a los registros que se tienen disponibles desde el 2001. Si bien dichas cifras son mínimas con respecto al índice poblacional total en el Perú, así como con relación a la estadística mundial formulada por la OMS, su incremento en las últimas dos décadas permite que se visualice el crecimiento de esta comunidad, lo que impone la exigencia de su abordaje científico, estadístico y jurídico. Estas disciplinas deben imbricarse para que el sistema de protección a favor de esta comunidad mantenga coherencia interna. Solo de esa forma se podrán generar las condiciones de tutela adecuadas a las necesidades de sus integrantes. La eficiencia de las normas sobre la materia dependerá de ello; de lo contrario, derivarán en simplemente declarativas.

A partir de los datos expuestos que demuestran el gran crecimiento anual de esta comunidad y, por tanto, su actual importancia en la sociedad, se torna necesario conocer la forma en que el sistema de tutela o protección de la persona con TEA se torna tangible en el Perú. Bobbio (2018) señala que «nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas» (p. 3). Siguiendo la idea, García Amado (2023) precisa que «una norma es el sentido de un enunciado normativo. Un enunciado normativo es aquel mediante el que se trata de dirigir conductas, de decir a alguien cómo tiene que conducirse en algún aspecto» (p. 157). En ese sentido, se abordará en esta sección, en primer lugar, la regulación jurídico-normativa que ha sido adoptada en el Perú; esto es, aquellos mecanismos legislativos que formalmente integran el sistema jurídico de protección a las personas con TEA, centrando el enfoque en el acceso a la justicia. En segundo lugar, lo anterior será contrastado con una situación fáctica específica respecto de la que se podrá valorar la eficacia, o no, de las normas sobre la materia: el acceso a los servicios de diagnóstico de esta condición en el país.

3.1. Marco normativo interno sobre la protección de personas con TEA

En el marco del proceso de convencionalización del derecho peruano, tal como lo expresa Landa (2016), los tratados internacionales «no son meros derechos morales de naturaleza ética a la cual se encuentran sometidos residualmente quienes interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución; sino que, son normas jurídicas vinculantes y de aplicación inmediata por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados» (p. 20). Precisamente, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Es en ese orden que la ya citada Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad corresponde al instrumento jurídico

internacional matriz de protección de esta comunidad. Aunque, como se ha anunciado anteriormente, sea controvertido el uso del concepto «discapacidad» para la particularidad de lo que el TEA como condición supone, lo cierto es que a partir de ese concepto surgen los instrumentos de protección nacional o local. Así, como consecuencia de «la sujeción del imperio de la ley al imperio de la supremacía del tratado internacional, en virtud de la participación voluntaria de los Estados, en la formulación y aprobación de los tratados internacionales» (Landa, 2016, p. 15), no resultaría sistemáticamente coherente ignorarlo.

La referida Convención fue aprobada en el Perú por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa n.º 29127, el 30 de octubre de 2007, y fue ratificada por el presidente de la República de conformidad con el Decreto Supremo n.º 073-2007-RE, el 30 de diciembre del mismo año. Su implementación en el país, sin embargo, no se llevó a cabo sino hasta la promulgación del primer instrumento nacional sobre la materia, la Ley n.º 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada el 24 de diciembre de 2012, y su Reglamento, publicado el 8 de abril de 2014. Como se observa, fueron siete años después de la ratificación de este instrumento internacional que se implementó legalmente el documento matriz de protección de este grupo de personas en el derecho interno.

La ley está compuesta por 86 artículos, estructurados según XIII capítulos, catorce disposiciones complementarias modificatorias, trece disposiciones complementarias finales, y una única disposición complementaria derogatoria. Ninguna de sus disposiciones normativas aborda la problemática respecto del acceso a la justicia, genéricamente, sobre las personas con discapacidad. Por otro lado, su reglamento está compuesto por 117 artículos, ordenados en XVII capítulos y, actualmente, quince (una derogada en el 2019) disposiciones complementarias finales. Es en este instrumento que, en su artículo 23.1, sobre acceso a la justicia, se prevé lo siguiente:

23.1. Los organismos vinculados a la administración de justicia garantizan la tutela preferente y accesibilidad de las personas con discapacidad a la infraestructura de los órganos que lo conforman; disponen las medidas conducentes al acceso a todos los servicios aprobados que requieran, así como la disposición de los apoyos y recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comprensión, privacidad y comunicación. Establecen e implementan manuales de buenas prácticas de revisión permanente.

23.2. Para el caso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos les es aplicable, en lo que corresponda, lo señalado en el párrafo anterior.

Aunque este apartado será analizado con mayor detenimiento en la sección siguiente, es importante anunciar que este es el único referido, puntualmente, a este aspecto de tutela que resultaría genérica para la particularidad de la comunidad abordada como objeto de estudio en esta investigación. Precisamente, es en virtud de la necesidad de protección específica de esta que se promulga la Ley n.º 30150, Ley de Protección de las Personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA), publicada el 8 de enero de 2014, cuyo reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 001-2015-MIMP y publicado el 2 de abril de 2015. El primero en mención es un instrumento sumamente breve que consta de solo seis artículos y cinco disposiciones complementarias finales. Por otro lado, el segundo es de mayor extensión, pero tampoco basta; consta de treinta y cuatro artículos estructurados en IX capítulos, y tres disposiciones complementarias y finales.

Al respecto, un aspecto particular sobre la ley especial se encuentra en su artículo 2, que prescribe la definición de Trastorno del Espectro Autista para efectos de dicho cuerpo normativo y las características de las personas que lo presentan. Así, se tiene:

2.1. Para los efectos de la presente Ley, se entiende por trastorno del espectro autista (TEA) a los trastornos generalizados o penetrantes del desarrollo neurobiológico de las funciones psíquicas que engloban un continuo amplio de trastornos cognitivos y/o conductuales que comparten síntomas centrales que lo definen: socialización alterada, trastornos de la comunicación verbal y no verbal y un repertorio de conductas restringido y repetitivo. 2.2. Estos trastornos generan una condición de capacidades especiales permanente del desarrollo que se manifiesta desde antes de los tres primeros años de edad y, que se regula en el marco de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad.

El concepto que se ofrece sobre el TEA, en el inciso 2.1 del enunciado normativo, se encuentra adecuado a los parámetros científicos que en la primera sección del trabajo se han precisado. Tal como lo señala, las actividades psíquicas y cognitivas se ven afectadas por una alteración neurobiológica en el desarrollo del individuo, lo que genera en él necesidades especiales en cuanto a comunicación e interacción social. Luego, en el inciso 2.2, se hace una expresa mención a la verdadera naturaleza del TEA, conforme también se ha elaborado en la sección anterior de este trabajo, como una condición que produce capacidades especiales permanentes en el desarrollo del ser humano, lo que no representa *per se* una discapacidad. Si bien, lógicamente, la Ley General de la Persona con Discapacidad es la norma matriz de protección, esta ley especial de protección a la comunidad con TEA deja de manifiesto que el verdadero tratamiento jurídico que debería dársele en el Perú no está dirigido a su asunción como discapacidad, sino como una condición generadora de necesidades y, a su vez, de capacidades especiales que tienen ser apropiadamente entendidas y atendidas por la sociedad neurotípica.

Además de ello, tanto la ley como el reglamento abordan aspectos importantes para las personas con TEA, como el acceso a la salud, a la educación, a la inserción laboral, al transporte público, entre otros. Sin embargo, ninguno atiende lo referido al acceso a la justicia específicamente para esta comunidad. Esto resulta un vacío legislativo relevante en tanto no define los mecanismos concretos a través de los cuales las necesidades de estas personas serán atendidas. Dicha cuestión, como ya se ha anunciado, se abordará más adelante en el texto.

Aun así, de ambos instrumentos se deriva uno de gran relevancia que fue presentado en el artículo 3 de la Ley n.º 30150, así como su plazo de elaboración en la quinta disposición complementaria final, definida en el inciso 3.27 del artículo 3 de su reglamento: El Plan Nacional para las Personas con Trastorno del Espectro Autista.

Conforme a la referida definición, este instrumento fue creado para condensar los «principios, enfoques, objetivos, políticas y acciones que guían la acción del Estado, en sus tres niveles de gobierno, referente a la atención de personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA)». En efecto, se parte por plantear un diagnóstico sobre la situación de esta comunidad en el Perú, hacia el 2018 en que fue publicado. De la revisión de su índice, se advierte que se abordan aspectos, ciertamente, importantes en el ámbito de todas las personas (neurotípicas y atípicas), como la salud, la educación, el trabajo, el transporte, la familia y la inclusión social. Posteriormente, en la sección tercera denominada «Situación deseada», se plantea en su primer párrafo el objetivo nuclear y resumido del plan, hacia la finalización del periodo planteado:

Al 2021 las personas con Trastorno del Espectro Autista en el Perú ejercerán sus derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales; con énfasis en las materias de accesibilidad,

salud y rehabilitación, educación, trabajo y empleo, transportes y las disposiciones vigentes en materia de protección social, en igualdad de condiciones y oportunidades, mejorando su calidad de vida a nivel personal, familiar y social al interior de una sociedad pacífica, justa e inclusiva que reconoce plenamente sus derechos y el ejercicio de su capacidad jurídica.

Dicho apartado representa la columna vertebral de todo el plan en la medida en que los objetivos específicos que le siguen en el resto de los párrafos, así como el plan de acción propuesto en la sección cuarta, se fundan en él. Sin embargo, la gran ausencia que entre todos los aspectos mencionados se advierte es el del acceso a la justicia. Precisamente, no se plantea como objetivo el mejoramiento de este aspecto y mucho menos los mecanismos concretos que puedan consumir o coadyuvar a su logro. De hecho, es apenas en el Informe de Resultados de la Implementación y Evaluación del Plan Nacional para las Personas con Trastorno del Espectro Autista 2019-2021, emitido mediante Decreto Supremo n.º 001-2019-MIMP, en agosto de 2023, que el concepto de acceso a la justicia es abordado mínimamente. De la sección de anexos de dicho último instrumento, se obtiene de las tablas –contenidas en las páginas 93 y 94– aquellas intervenciones realizadas para coadyuvar el plan con relación a este aspecto, pero los enunciados formulados son meramente declarativos, que no dan cuenta de algún mecanismo concreto en favor de este grupo de personas.

En ese sentido, después de todo lo expuesto, se tiene que, en el Perú, no existe regulación alguna que prevea el acceso a la justicia como un aspecto relevante que se debe considerar para consolidar la tutela y la protección de la comunidad con TEA. Evidentemente, esto es preocupante en tanto es un aspecto desatendido; por tanto, el sistema de justicia debe actuar.

3.2. Los servicios de diagnóstico y el acceso a la justicia

El acceso a los servicios de diagnóstico adecuados es un componente esencial en el camino hacia la justicia para las personas que enfrentan el desafío del Trastorno del Espectro Autista (TEA). Esta intersección entre el diagnóstico y la justicia se erige sobre una serie de etapas lógicas que van desde la identificación de los síntomas, pasando por la certificación después de un largo proceso de diagnóstico, hasta la implementación de medidas legales y de apoyo específicas para estas personas, especialmente, en el ámbito del desarrollo de la práctica judicial forense. Como se ha expuesto, el TEA se presenta como una condición de naturaleza compleja que impacta profundamente en la percepción y la interacción del individuo con su entorno. Esta complejidad se refleja en la variedad de síntomas que pueden manifestarse, lo que dificulta en ocasiones su diagnóstico preciso. La importancia de contar con los servicios de diagnóstico especializado y accesible se hace evidente en el país, donde se precisa la comprensión de las necesidades individuales como fundamento para una intervención efectiva.

En el contexto peruano, se identifican tres problemas importantes relacionados con el acceso al diagnóstico del Trastorno del Espectro Autista. En primer lugar, se evidencia una escasa disponibilidad de instituciones públicas que ofrezcan este servicio. Tal como destacan Canchaya et al. (2018), corroborado posteriormente por Baltazar (2023), la oferta de servicios para su diagnóstico se limita a estas entidades de salud pública en el país: el Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado Hideyo Noguchi (INSM) y los hospitales Víctor Larco Herrera, Hermilio Valdizán y el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins. Esta palpable restricción en la infraestructura diagnóstica se traduce directamente en desafíos significativos para obtener un certificado oficial del TEA, lo cual

constituye un impedimento tangible para el acceso a la justicia de estas personas. El reconocimiento legal de esta condición se erige como el punto de partida para garantizar la protección de los derechos y las necesidades de esta población. Esta ausencia de institucionalidad se ve reflejada en las cifras puestas a disposición por la Defensoría del Pueblo (2023); se deja constancia que la comunidad con TEA en el país, al 2020, estaba compuesta por 204 818 personas, pero solo el 2.6 % de ellas se encontraba certificada. Esto supone que hay más de un 97 % de individuos que teniendo dicha condición no están formalmente reconocidos y, por tanto, jurídicamente no son asumidos como tal.

La limitada disponibilidad de instituciones de diagnóstico especializadas en el TEA en el Perú se entiende como un reflejo de las carencias estructurales en el sistema de salud pública, especialmente, en lo concerniente a la atención de condiciones neurológicas complejas. Este déficit institucional no solo obstaculiza la detección temprana y precisa de esta condición, sino que también genera inequidades en el acceso a servicios de intervención y apoyo necesarios para las personas afectadas y sus familias. La escasez de instituciones de diagnóstico del TEA en el sector público peruano resalta la necesidad apremiante de ampliar y fortalecer la infraestructura de salud mental en el país, con un enfoque específico en la atención de trastornos del neurodesarrollo. Esta expansión debería abarcar la creación de centros especializados en diversas regiones del país, con profesionales capacitados en la evaluación, el diagnóstico y el tratamiento del TEA , así como el establecimiento de protocolos estandarizados para garantizar la calidad y la equidad en la prestación de servicios, con el fin de anular las inequidades, y las disparidades sociales y económicas que todavía subsisten en el país.

La segunda cuestión problemática, por otro lado, responde a la complejidad inherente de la actividad diagnóstica del TEA, la que se

deriva de la variabilidad y multiplicidad de síntomas que se presentan en cada uno de los individuos de forma particularizada. Al respecto, de acuerdo con las características diagnósticas, el DSM-5 establece una diversidad de categorías derivadas de este trastorno: «Autismo infantil, autismo de Kanner, autismo de alto funcionamiento, autismo atípico, trastorno generalizado del desarrollo no especificado, trastorno desintegrativo de la infancia y trastorno de Asperger» (American Psychiatric Association, 2014, p. 53). El método de diagnóstico y aproximación de cada uno de estos tipos es, evidentemente, distinto en cada caso. Solo por dar un ejemplo de la complejidad técnica de esta actividad, Rengifo y Cano (2021) formulan una descripción estándar de la evaluación que se realiza para la detección de esta condición:

llegan los pacientes menores de 18 años referidos de la Red correspondiente, para diagnóstico y tratamiento de la especialidad, son programados por consulta ambulatoria o externa donde se realiza la Historia Clínica correspondiente con el paciente y el familiar, la entrevista debe durar un mínimo de 30 minutos a una hora si es paciente nuevo, siendo este uno de los problemas álgidos de la atención con sobredemanda de pacientes. Se cita al paciente para una consulta próxima en donde se determina el diagnóstico de presuntivo a definitivo, el examen semiológico del niño variará de acuerdo a la edad del niño o del adolescente, es generalmente directa e indirecta con los familiares, se utilizan exámenes auxiliares si son necesarios como exámenes de sangre, bioquímica sanguínea, como perfil hepático, perfil lipídico, perfil tiroideo, glucosa, urea, creatinina de acuerdo a criterio clínico, si hay antecedente de epilepsia se solicita estudio electroencefalográfico, y si hay presencia de morbilidad neurológica se interconsulta a neuropediatría o neurología según la edad del paciente, es posible solicitar

exámenes de imágenes cerebrales como TAC cerebral, RM cerebral o Spect cerebral también de acuerdo al criterio clínico. (p. 137)

Como señalan Barthélémy et al. (2019), «hasta la fecha no se han identificado marcadores biológicos específicos para los trastornos del espectro del autismo. Es por ello por lo que el autismo sigue definiéndose en virtud de los síntomas comportamentales» (p. 7). En dicho mismo sentido, Velarde et al. (2021) precisan que «realizar un diagnóstico del TEA es complejo, por su particularidad, en cómo se manifiesta y cómo se expresan los síntomas a lo largo de las diferentes etapas de la vida, con el añadido de no existir un biomarcador específico que determine el trastorno; siendo el diagnóstico fundamentalmente clínico» (p. 176). Es dicha realidad científica la que pone en evidencia las dificultades en el diagnóstico. Al ser múltiples las posibles razones que generan el trastorno, lógicamente serán más los especialistas involucrados en todo el procedimiento de evaluación y valoración del sujeto.

Asimismo, a pesar de que no existen estudios en el ámbito nacional sobre la demora diagnóstica de TEA, es posible utilizar ejemplos comparados, tal como el que plantean Fortea et al. (2013), en España, quienes especifican que para casos de detección temprana, «la demora médica o tiempo transcurrido desde que una familia consulta por primera vez sus sospechas hasta que reciben el diagnóstico de TEA, fue de 13.6 meses. La demora diagnóstica o tiempo transcurrido desde entre las primeras sospechas y el primer diagnóstico de TEA fue de 16 meses» (p. 197). Eso solo respecto de un diagnóstico temprano, pero en algunos casos las barreras son aún más altas cuando se trata de diagnósticos tardíos, producto del entrapamiento propio que supone el poco cimentado sistema de salud mental en el país, específicamente relacionado a esta comunidad.

Dicha complejidad, propia de la referida condición, genera el tercer problema: los altos costos asociados al proceso de diagnóstico del TEA, tanto en el ámbito de la salud pública, pero sobre todo en el sector privado. Las instituciones privadas como el Instituto de Lenguaje y Aprendizaje (ILA), el Centro Peruano de Audición, Lenguaje y Aprendizaje (CPAL), el Instituto Médico de Lenguaje y Aprendizaje (IMLA), entre otros, ofrecen el servicio de diagnóstico y descarte del TEA a precios que no son necesariamente accesibles para las familias que poseen integrantes con esta condición. Esta situación surge debido a los altos costos de transacción que el diagnóstico conlleva. Encarecen dicha actividad la tecnología y los equipos especializados utilizados para la realización de evaluaciones exhaustivas; los honorarios profesionales de los especialistas, también escasos en número; y los procedimientos diagnósticos propios, que son realizados en múltiples sesiones (mayor capital humano en horas hombre). Evidentemente, esto limita el acceso a evaluaciones especializadas y a una atención integral para todos los individuos con esta condición. Esta barrera económica representa un obstáculo significativo en el camino hacia la identificación temprana y el manejo adecuado del TEA, lo que puede tener consecuencias negativas en el desarrollo y bienestar de las personas afectadas.

La relevancia de una declaración oficial de TEA en el acceso a la justicia radica en su capacidad para desbloquear una serie de servicios y de apoyos específicos que son cruciales para el desarrollo y el bienestar de otras personas. Por ejemplo, en el ámbito educativo, esta declaración puede ser el catalizador para la implementación de planes de educación personalizados, para asegurar un entorno inclusivo y de calidad para el aprendizaje. En el ámbito laboral, por otro lado, esta declaración puede allanar el camino hacia programas de apoyo y de ajustes razonables que faciliten la integración laboral y el crecimiento profesional. Bajo esta misma lógica se opera en el ámbito de la justicia: Si no existe un sistema diagnóstico o de salud consolidado que permita

a las personas con esta condición tener acceso a un diagnóstico seguro y temprano, estos no podrán ser certificados debidamente. Si ello ocurre, no serán jurídicamente entendidos como integrantes de esta comunidad y, por tanto, sus necesidades no serán atendidas conforme realmente se requiera en la práctica judicial forense.

La falta de acceso a servicios de diagnóstico del TEA no solo constituye una barrera para el acceso a la justicia, sino que también perpetúa la marginación y la exclusión social de las personas afectadas. En un sistema legal que requiere de pruebas documentadas y del reconocimiento oficial de la condición para acceder a los recursos y a los derechos específicos, la ausencia de un diagnóstico oficial de TEA puede dejar a estas personas vulnerables ante la discriminación y la falta de apoyo adecuado.

4. ANÁLISIS COMPARADO

En la región latinoamericana, pocos los países son los que han adoptado legislaciones tuitivas dirigidas a las poblaciones con TEA. La mayor parte de estos países, en cumplimiento del mandato convencional, han incorporado cláusulas de protección genéricas en favor de las personas con discapacidad en general; mas no, específicamente, a las que poseen dicho trastorno. Esta carencia se traduce en una tangible desatención a las particularidades producidas por esta condición, lo que impide el acceso equitativo a oportunidades educativas, laborales, de atención médica especializada y, por supuesto, a una actuación judicial adecuada a sus necesidades.

Se sabe que son múltiples los «déficits» que se presentan en la práctica judicial y legal forense. Si esto afecta a personas propiamente neurotípicas, sobre cuya estructura cognitiva está construido el sistema jurídico, la disparidad para las personas con condiciones especiales,

lógicamente, se incrementa. La infraestructura legal y judicial ha sido diseñada para satisfacer las necesidades y las expectativas de los individuos neurotípicos, lo que implica un conjunto de prácticas arraigadas en la comprensión de dicha cognición típica. Esto incluye la capacidad para comprender y participar en los procedimientos legales, comunicarse efectivamente con los abogados y los jueces, y ejercer derechos autónomamente. En definitiva, estos mismos esquemas no pueden ser utilizados tratándose de personas con TEA. Ello pone de relieve la necesidad de adecuar la legislación peruana a las necesidades científicamente determinadas de esta visible población.

Entre los pocos países de la región que han adoptado cuerpos legales relacionados con la protección de las personas con esta condición, así como disposiciones normativas en las que específicamente se aborda el aspecto de acceso a la justicia de esta población, tenemos a Chile, Bolivia y México. A partir de las legislaciones de estos países, en esta sección, se realizará un análisis comparativo del que se obtendrán los elementos nucleares de cada legislación sobre materia de justicia; del mismo modo, se verificarán las áreas de oportunidad para la mejora del marco tuitivo a favor de esta comunidad en el Perú.

4.1. Legislación chilena

En Chile, la Ley n.º 21545, publicada el 10 de marzo de 2023, suscrita por el presidente Gabriel Boric Font, es aquella que «establece la promoción de la inclusión, la atención integral, y la protección de los derechos de las personas con Trastorno del Espectro Autista en el ámbito social, de salud y educación». Está compuesta por veinticinco artículos, divididos en cinco títulos y tres disposiciones transitorias.

El primer elemento de relevancia se encuentra en el literal a de su artículo 2, que prescribe lo que sigue:

Artículo 2: Conceptos. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

- a. Personas con trastorno del espectro autista. Se entenderá por personas con trastorno del espectro autista a aquellas que presentan una diferencia o diversidad en el neurodesarrollo típico, que se manifiesta en dificultades significativas en la iniciación, reciprocidad y mantención de la interacción y comunicación social al interactuar con los diferentes entornos, así como también en conductas o intereses restrictivos o repetitivos. El espectro de dificultad significativo en estas áreas es amplio y varía en cada persona.

El trastorno del espectro autista corresponde a una condición del neurodesarrollo, por lo que deberá contar con un diagnóstico.

Estas características constituyen algún grado de discapacidad cuando generan un impacto funcional significativo en la persona a nivel familiar, social, educativo, ocupacional o de otras áreas y que, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, impida o restrinja su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás lo que deberá ser calificado y certificado conforme a lo dispuesto en la ley n.º 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

Esta disposición normativa es sumamente completa y se encuentra adecuada a la concepción científica del TEA. La ley chilena entiende que es una condición y que no supone una discapacidad por defecto, sino que exige determinado grado de alteración en aspectos específicos del ámbito del desarrollo de la persona para ser considerado

como tal. Así también, entiende de la diversidad y la complejidad del trastorno, dejando claramente sentado que cada persona con esta condición es distinta. Si bien no es una norma prescriptiva, previendo solo un concepto, se establece que debe estar diagnosticada y certificada, lo cual es fundamental para la identificación correcta e inmediata de las necesidades de estas personas en cualquier marco de acción tuitiva. Este entendimiento holístico del TEA se refuerza con el literal f) de su artículo 3, que precisa el siguiente principio:

Artículo 3.- Principios. La aplicación de esta ley, en lo que se refiere a personas con trastorno del espectro autista, deberá sujetarse al cumplimiento de los siguientes principios:

[...]

f) Neurodiversidad. Las personas tienen una variabilidad natural en el funcionamiento cerebral y presentan diversas formas de sociabilidad, aprendizaje, atención, desarrollo emocional y conductual, y otras funciones neurocognitivas.

La interpretación del concepto antes abordado a partir de este principio resalta aún más la comprensión integral del TEA por parte de la ley chilena. Se reconoce que la diversidad neurocognitiva es una parte natural y valiosa de la condición humana, y que las diferencias en el funcionamiento cerebral no deben ser percibidas como una deficiencia, sino como variaciones legítimas en la forma en que las personas experimentan el mundo. Con la incorporación positiva de este principio, se proporciona una base legal sólida para la implementación de políticas y prácticas respetuosas a la dignidad de las personas con dicha condición en ese país. Entre las múltiples disposiciones normativas positivas que se encuentran en la ley chilena, se manifiesta con énfasis en el artículo 7 h sobre los

ámbitos elementales de protección de las personas con esta condición, incluyendo el de justicia, se señala:

Artículo 7. Abordaje integral del trastorno del espectro autista. El Estado realizará un abordaje integral del trastorno del espectro autista, y considerará el desarrollo de las siguientes acciones:

[...]

h) Fomentar la capacitación, perfeccionamiento y desarrollo de protocolos de actuación de las funcionarias y funcionarios públicos, en especial de quienes se desempeñan en las áreas de salud, educación, justicia, trabajo, fuerzas de orden, seguridad pública y que brindan atención al público, en materias relativas al trastorno del espectro autista, con perspectiva de género y de derechos humanos.

El abordaje integral por parte del Estado es un aspecto fundamental para garantizar la inclusión y bienestar de las personas con TEA. Este enfoque reconoce la necesidad de consolidar acciones coordinadas y específicas en diversas áreas con el objetivo de conseguir la satisfacción de las necesidades de esta población. En el marco estatal, solo puede lograrse a partir del perfeccionamiento profesional de sus funcionarios respecto del TEA, de manera que puedan ofrecer los servicios públicos adecuados a sus exigencias cognitivas y posibilidades de interacción sociocultural. Es desde este enunciado normativo que se tiene por introducida la necesidad de capacitación en el sector justicia que, entre todos, es el que mayores vacíos cognitivos presenta sobre materia de condiciones mentales. Los ámbitos de la salud, de lo social y de la educación tienen un carácter extrajurídico en los que existen marcos teóricos completos para el abordaje de trastornos y afecciones

mentales. Esto dota a sus operadores de mayores herramientas para la atención debida de esta población. En el derecho, por el contrario, al ser una ciencia que procura ser independiente (de conformidad con la teoría pura del Derecho) solo puede acudir a ellas para la formulación de enunciados principalmente teóricos relacionados con los ámbitos de culpabilidad del ser humano, más no para su ejecución práctica de abordaje, es decir, para el tratamiento directo con personas con TEA en la práctica forense. Es bajo dicha lógica, interpretativamente obtenida, que el artículo 23 de la ley chilena establece razonablemente lo siguiente:

Artículo 23.- Derechos de las personas con trastorno de espectro autista en los procedimientos judiciales. En los procedimientos judiciales se velará por que las personas con trastorno del espectro autista sean debidamente tratadas. Ellas tendrán que ser escuchadas, se les entregará la información mediante un lenguaje claro y de fácil entendimiento, y podrán utilizar señaléticas, apoyos visuales o pictogramas, en el caso de ser necesario.

Todos los conceptos anteriormente abordados se encauzan en un enunciado normativo que programa un estándar de corrección en el tratamiento de las personas con esta condición en ámbito judicial forense. Este marco se fundamenta en el principio de equidad, a partir del que se tienen que adoptar medidas concretas para asegurar que las personas con este trastorno sean adecuadamente atendidas, conforme con su necesidad particular. No se trata de igualdad, en tanto las formas de aproximarse comunicativamente a una persona con esta condición no es idéntica a las de un agente neurotípico. La facilitación de herramientas lingüísticas alternativas para esta población se sustenta científicamente en las dificultades que dicho trastorno conlleva en

ese aspecto. En ese orden, en una práctica judicial, cuando menos, es mentalmente fatigante, la comunicación es farragosamente técnica y hostil en ciertos momentos; por ello, la transmisión de ideas debe ser particularmente asertiva para las personas con esta condición. De ahí que, incluso, la norma ofrezca herramientas concretas como las señaléticas, apoyos visuales o pictogramas. Esta idea es concordante con lo posteriormente expuesto en el artículo 24 de la norma chilena, que expresa:

Artículo 24. Difusión de derechos de las personas con trastorno del espectro autista. En los establecimientos de salud, educacionales, bancarios y en todos aquellos que sean de amplia concurrencia se deberá contar con carteles u otros formatos de comunicación en los cuales se señala que las personas con trastorno del espectro autista deben recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia, y que respeto de ellas debe adoptarse un lenguaje claro y sencillo en las atenciones que se les brinden.

En este apartado, sobre todo en la parte *in fine*, se enfatiza el requerimiento de un lenguaje claro y sencillo, para las personas con TEA, en contextos que supongan la operatividad de sus derechos. El uso de estructuras lingüísticas abstractas, ambiguas y complejas, muchas veces preponderantes en la comunicación entre operadores judiciales, promueve la confusión y los malentendidos sobre conceptos jurídicos fundamentales para cualquier tipo de persona. En ese orden, es determinante que para dotar de eficacia y validez (jurídica) a una actuación judicial en Chile se respeten las fórmulas comunicacionales que la norma exige.

En síntesis, la Ley n.º 21545 de Chile, promulgada el 10 de marzo de 2023, constituye un avance sustancial en la salvaguardia y

fomento de los derechos de individuos que están dentro del trastorno del espectro autista en los ámbitos social, sanitario y educativo. La normativa adopta una perspectiva comprensiva y respetuosa del TEA, reconoce su variabilidad y complejidad, e instaura los principios esenciales como el de neurodiversidad. Además, la ley establece medidas específicas destinadas a asegurar la inclusión y la disponibilidad de atención apropiada para personas con esta condición, abarca la formación del personal público y la divulgación de información sobre los derechos de esta población. En el contexto judicial, se fijan estándares particulares para garantizar un trato digno y de respeto hacia los individuos con TEA, y se enfatiza la necesidad de emplear un lenguaje claro y accesible en las interacciones con dicho grupo. En conjunto, esta legislación representa un paso fundamental hacia la edificación de una sociedad más equitativa e inclusiva para las personas con TEA en Chile. Para el Perú, el avance legislativo chileno es de suma importancia, dada las áreas de oportunidad que se abren comparativamente.

4.2. Legislación boliviana

De la revisión del marco normativo boliviano en materia de protección de personas con TEA, se advierten hasta tres instrumentos legislativos relevantes, dos de alcance departamental y uno de carácter nacional. El primer grupo está constituido por la Ley Departamental n.º 396, del 23 de agosto de 2019, de protección para la persona con autismo, emitida por la Asamblea Legislativa Departamental de Tarija, y la Ley Departamental n.º 276, del 21 de octubre de 2022, para garantizar los derechos de las personas con Trastorno del Espectro del Autismo (TEA), emitida por el órgano legislativo homólogo de Santa Cruz. El segundo grupo, por otro lado, trata de la Ley n.º 223, Ley General para Personas con Discapacidad, del 2 de marzo de 2012, promulgada por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

La ley departamental de Tarija es un cuerpo normativo breve, compuesto por solo dieciséis artículos, divididos en tres capítulos. Sus enunciados normativos están escasamente desarrollados en cuanto a terminología especializada, así como en principios interpretativos coadyuvantes a la protección de esta población, en comparación con la normativa chilena antes abordada. En ese orden, no se advierte aporte novedoso alguno de este cuerpo legal. Sin embargo, esta situación no ocurre con la ley departamental de Santa Cruz, pues si bien el abordaje sobre el acceso a la justicia, de forma específica, es nulo, ofrece mayores alcances conceptuales que aportan claridad, coherencia y precisión a la regulación tuitiva sobre esta población.

El artículo 7 del referido cuerpo normativo recoge en su primer párrafo una definición del concepto autismo, pero no sobre su denominación como Trastorno del Espectro Autista. Sin que este sea un aporte sustancial, la primera situación que, inevitablemente, resalta y debe ser objeto de comentario es que existe una contradicción entre el título de la ley con el desfasado concepto de «autismo» del que se parte terminológicamente en dicho enunciado. Como se ha señalado del recorrido científico histórico, este concepto fue utilizado desde inicios del siglo XX por los precursores de su estudio, hasta pasado mediados del mismo, tras la emisión del DSM-3, en el que se le incorpora la denominación de «trastorno». Adicionalmente, la definición que se apunta es breve e incompleta, considerando la vastedad y complejidad de su abordaje. Sin embargo, lo relevante se identifica en los literales I) al IV), previstos en el segundo párrafo de la misma disposición normativa.

El referido enunciado, ampliamente desarrollado, prevé los niveles de severidad del TEA, de conformidad con el DSM-5. Son tres los grados específicamente prescritos sobre el particular, adecuado cada uno al apoyo requerido, según el nivel de dificultad comunicativa

del agente y la necesidad adicional que cada uno presente. Esto refuerza la operatividad del principio de neurodiversidad, entendiendo que no todo individuo con TEA presenta las mismas dificultades y, por tanto, no suponen toda la calificación de discapacitados como expresión y regla absoluta. Esta es una importante área que se debe tomar en cuenta para, precisamente, delimitar los alcances de cualquier norma genérica que pretenda proteger a una población considerada como discapacitada.

Como se puede observar, ninguna de las leyes departamentales aborda el aspecto del acceso a la justicia para las personas con TEA. Es con la ley de alcance nacional que se tiene una aproximación a dicho aspecto, entendiendo que esta condición está reconocida en la normativa boliviana como discapacidad y, por tanto, resulta aplicable a situaciones propias de esta población. Es el artículo 38 de la Ley General para Personas con Discapacidad, que precisa lo siguiente:

Artículo 38. (ACCESO A LA JUSTICIA) I. El Estado Plurinacional de Bolivia, asegurará que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia y ayuda psicológica, social y comunicacional en igualdad de condiciones con los demás, transversalizando la normativa vigente, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos o indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales.

II. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, el Estado Plurinacional promoverá la capacitación adecuada de los operadores y administradores de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Este cuerpo normativo es explícito al señalar que las personas con discapacidad, entre las que se encuentra la población boliviana

con TEA, asegurará los ámbitos psicológico, social y comunicacional de las personas con esta condición, a efectos de que su participación en el ámbito judicial, cual sea su posición de sujeto procesal en el marco de la relación jurídica generada y que le importe, se consolide conforme con sus requerimientos. Posterior a ello, en el segundo literal, se prevé a la capacitación de todos los integrantes del sistema de justicia (asistentes, jueces, fiscales, policía, entre otros) para el eficaz acceso a los tribunales de las personas con esta condición; aunque sea una norma prescriptiva, está formulada en virtud de la discrecionalidad de la simple promoción, lo que no necesariamente supone la incorporación de herramientas concretas para la coadyuvancia del fin propuesto.

Aunque la ley boliviana no logra el nivel de equidad y de inclusión que tiene la normativa chilena, el aporte respecto de los niveles de afección particular de cada individuo con TEA es relevante para el entendimiento integral del fenómeno cognitivo. Esto es parte de una precisión científica necesaria, porque reafirma el principio de neurodiversidad y la importancia de la individualización en el diagnóstico y el tratamiento de cada agente, más aún, tratándose de una declaración de discapacidad. Así, esta precisión científica es un área en la que la legislación peruana puede mejorar.

4.3. Legislación mexicana

En México, el 30 de abril de 2015, se publicó la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista, suscrita por Enrique Peña Nieto. Está compuesta, originalmente,² por dieciocho artículos, divididos en IV capítulos y seis disposiciones transitorias. Aunque no sea un cuerpo normativo

2 Ciertos artículos fueron declarados, posteriormente, inválidos mediante sentencia de la SCJN DOF 27-05-2016.

extenso, es posible extraer dos aportes conceptuales que son relevantes para el área del acceso a la justicia para las personas con TEA.

En primer lugar, el artículo 6 recoge en su literal VI a la justicia como uno de los principios fundamentales que deben contener las políticas públicas en materia del fenómeno autístico. Al respecto, se precisa:

Artículo 6. Los principios fundamentales que deberán contener las políticas públicas en materia del fenómeno son:

[...]

VI. Justicia: Equidad, virtud de dar a cada uno lo que le pertenece o corresponde. Dar a las personas con la condición del espectro autista la atención que responda a sus necesidades y a sus legítimos derechos humanos y civiles.

Construir el concepto de justicia a partir del de equidad es una idea planteada por John Rawls en su libro *Teoría de la justicia* (2008). Cuchumbé, sintetizando las ideas de la obra de aquel, señala que «el eje fundamental de la cultura política pública de los participantes de la sociedad democrática es comprender que nuestra sociedad es una empresa donde predomina la cooperación social» (2003, p. 227). Este enfoque implica un compromiso intrínseco con la equitativa distribución de recursos y oportunidades, garantizando que todos los individuos, sin distinción de condición, tengan acceso a los servicios adecuados a sus particularidades. La atención y la consideración de las necesidades específicas de las personas con autismo dentro del marco de las políticas públicas representa un avance hacia la realización de un principio de justicia que busca asegurar la igualdad de oportunidades y el bienestar de todos los miembros de la sociedad. De otro lado, el artículo 17 prevé en su literal X una prohibición expresa para el ámbito jurídico:

Artículo 17. Queda estrictamente prohibido para la atención y preservación de los derechos de las personas con la condición del espectro autista y sus familias:

[...]

X. Negar la asesoría jurídica necesaria para el ejercicio de sus derechos.

La única forma en que pueden ejercerse derechos es a través del pleno conocimiento sobre su titularidad y de la manera en que estos pueden, tangiblemente, manifestarse en la realidad. Sin ambas circunstancias resulta imposible que estos se consoliden. Es así como la asesoría jurídica está contemplada como aquella acción comunicativa a través de la que se consolida la plenitud cognitiva de los individuos sobre toda circunstancia que los afecte y tenga una repercusión jurídica sobre ellos. En ese derrotero, la compulsoria asistencia técnica especializada surge como una garantía para todo justiciable, sin importar su condición, de acceder a la información precisa sobre su situación jurídica y a las eventuales estrategias que exijan aplicar, de manera que todos puedan manifestar válidamente su voluntad respecto de ellas. La asesoría jurídica, por tanto, es el mecanismo coadyuvante para el ejercicio irrestricto del derecho de defensa en cualquier espacio del procesamiento, siendo este un requisito de procedibilidad para su consecución.

5. PLANTEAMIENTO DE LEGE FERENDA

Tal como expresa Sánchez (2005), citando a Cerezo Mir (2004), «la crítica y propuestas de reforma del derecho positivo no se pueden realizar sin un conocimiento previo, profundo, del mismo» (p. 79). Sin duda, para que la valoración sobre fórmulas legislativas sea racional y razonable, su objeto de referencia debe conocerse con suficiencia.

Si bien, en todo estado democrático, la crítica es un derecho que puede ser ejercido ampliamente, pero siempre dentro de los límites de la libertad de expresión; es un imperativo ético para quien pretende formular una reflexión teórica legítima hacerlo a partir de una comprensión fundamentada de lo que se propone analizar. En ese sentido, para plantear estructuras normativas que desafíen el *statu quo* justificadamente, es decir, que postulen un cambio válido y tangible aplicable al sistema jurídico, es necesario que se supere el estándar de eficiencia y eficacia fijado por la norma imperante.

El nivel de suficiencia cognitiva para realizar esta actividad modificativa variará de acuerdo con la materia que se pretenda, legislativamente, modificar. La información requerida para plantear un cambio de naturaleza estrictamente jurídica no tendrá la misma complejidad que aquel que pretenda reglamentar áreas del conocimiento extrajurídicos. Ello ocurre, particularmente, con las ciencias de la salud. No solo porque su estructura concibe al ser humano como eje de protección, propia de una construcción ontológica del Estado de Derecho y fundamento del constitucionalismo moderno, sino también porque las múltiples disciplinas en ella comprendidas exigen un alto nivel de especialización. Esto, más aún, cuando muchas de las materias que se estudian no tienen, hasta la actualidad, respuestas concretas a ciertos fenómenos. El Derecho, en ese derrotero, no podría pretender otorgar respuestas certeras a lo que la propia ciencia no ha podido racionalmente acceder. Precisamente, es lo que sucede con el estudio y subsecuente legislación en materia del TEA.

De todos los aspectos desarrollados en las secciones anteriores de esta investigación, se ha procurado definir, específicamente, los elementos teóricos y legislativos nucleares que pongan de manifiesto el conocimiento suficiente para plantear una propuesta válida *de lege ferenda* respecto de la protección jurídica de personas con TEA en el

Perú. Justamente, es a partir de las precisiones sobre su concepto y tratamiento científico, obtenidas de su propia disciplina de origen, así como de los aspectos positivos extraídos de la legislación comparada descrita y analizada, que resulta plausible sustentar una propuesta que supere con el estándar de eficiencia y de eficacia del marco legal que, actualmente, rige en el país sobre este ámbito. Es solo a partir de dichas herramientas que se podrá sustentar una propuesta válida, por racional y razonable, que suponga un aporte consistente a la tutela de los derechos fundamentales de esta población. Como corolario de esta introducción, resulta pertinente citar a Peces-Barba et al. (2000), quienes señalan:

Hablar de cambio social implica hacer referencia a cambios en las estructuras normativas de la sociedad, es decir, a cambios en las relaciones y roles sociales de todo tipo, a saber, económicas, étnicas, culturales, morales, políticas [...] y a cambios, por tanto, en la distribución del poder social. Pueden existir muchos tipos de evoluciones en las sociedades, tanto en las primitivas (o estáticas) como en las modernas (o dinámicas), pero tan sólo se puede hablar con propiedad de cambio social cuando dicho cambio afecta a la estructura organizativa y, por tanto, normativa de la sociedad y no se trata de simples alteraciones repetitivas o imitativas de los comportamientos sociales. (p. 44)

Las variaciones normativas, ciertamente, responden a las transformaciones culturales tangiblemente observables en la práctica social empírica. Sin embargo, estas solamente estarán justificadas siempre que dichos cambios penetren, suficientemente, en el núcleo de la estructura organizativa sostenida por el *statu quo* legislativo. Así, como se ha expresado en el párrafo anterior, en la medida en que se visibilicen herramientas cuyo uso demuestren la posibilidad de un

cambio de paradigma que resulte más eficiente, no habrá posibilidad racional de negarse a él. En este apartado, se procurará sustentar ello.

5.1. Reforma legislativa

En el Perú, en la medida en que los individuos con TEA están normativamente considerados como población discapacitada *in toto*, situación que como se ha explicado es imprecisa, la ley marco de protección que los alcanza es la Ley n.º 29973. Sin embargo, como también se ha dejado sentado, en tanto existe un cuerpo legal de protección específica para las personas con TEA, este es el que debe contener los enunciados normativos que procuren, suficientemente, su específica y particular protección por sobre lo demás. Esta condición, así como las tantas otras existentes, requiere de un tratamiento especializado en sus distintos ámbitos de acción que, por tanto, genera una atención jurídica individualizada a su favor.

En ese orden, para que esta ley especial cumpla su función tuitiva debe contener todas las precisiones puntuales sobre la población a la que se compromete a proteger, distinguiéndose de la genérica comunidad discapacitada a la que se le ha, erróneamente, integrado. Si se asumiera que la persona que tiene TEA no está integrada por una comunidad con necesidades diferenciadas, simplemente, no tendría sentido la existencia de una ley especial para su protección. Si el legislador ha elegido individualizarla jurídicamente a través de la creación de un cuerpo legal determinado, la Ley n.º 30150 debe responder a la rigurosidad científica de sus conceptos, a partir de la disciplina que la estudia. Ese es el galardón o derrotero que la reforma legislativa sobre la materia debe seguir como núcleo.

Atendiendo a ello, el primer elemento a reformarse, no en virtud de la advertencia de algún error sino como un área de mejora, responde a la definición propuesta para el TEA en su ley de protección. Si bien, como se anunció en la sección segunda de este manuscrito,

la ley peruana describe este fenómeno conforme con su naturaleza como una «condición», distándola del concepto de «discapacidad», la referencia final contenida en el inciso 2.2 del enunciado normativo respecto de su regulación en el marco de la Ley n.º 29973 podría acentuar la imprecisión en cuanto a su tratamiento científico o, cuando menos, su mal entendimiento. Resulta relevante resaltar la definición recogida por la normativa chilena, conforme se expone en la sección anterior, ya que pone de manifiesto, con meridiana claridad, que no toda expresión de TEA supone *per se* una discapacidad y, por tanto, determina lo innecesario de la aplicación de la ley de protección de personas con discapacidad en ciertos contextos. Para plantear una propuesta de definición es indispensable revisar el artículo 2 de la Ley n.º 30150 - Ley de Protección de las Personas del Espectro Autista (TEA) de Perú y el artículo 2 de la Ley n.º 21545 de Chile.

Sobre la base de la ley chilena, la norma peruana, a efectos de darle una justificación científicamente válida al enunciado, debe tomar en cuenta tres puntos. Primero, la definición debe construirse en base al principio de la neurodiversidad, tal como lo reconoce también la norma chilena en su artículo 3. Si bien se ha establecido que el TEA es una «condición», es necesario acentuar la idea de la existencia de personas con multiplicidad de habilidades, muchas de ellas especiales, que son y deben ser abordadas de forma diferenciada.

La también llamada neurodivergencia, conforme Hughes (2016), hace referencia a la variación del funcionamiento neurocognitivo entre las personas (p. 3). Precisamente, enfatizando esta idea, Glannon (2007) señala que ciertos rasgos mentales que se desvían de los de la población general deben caracterizarse como diferencias, en lugar de discapacidades (p. 1). En ese sentido, fuera del hecho de definir al TEA como una «condición», es necesario que, a efectos de plantear un concepto inclusivo, se establezca como una expresión

de neurodiversidad, esto es, de reconocer la existencia de personas con habilidades diferentes, sin otorgarles el valor negativo o, cuando menos, limitativo que supone el uso del concepto «discapacidad».

Segundo, en este marco de diversidad, la definición debe precisar que esta condición varía de persona a persona. Que ello sea así supone que el tratamiento educativo, de salud y jurídico deberá concretarse conforme con las necesidades de cada individuo. En ese orden, será posible calificar a una persona con esta condición como discapacitada, conforme lo establece la ley chilena, solo cuando dichas características generen «un impacto funcional significativo en la persona a nivel familiar, social, educativo, ocupacional o de otras áreas». Esto permite traer a colación el ya anunciado importante aporte que supone el artículo 7 de la Ley Departamental n.º 276 santacruceña, en la que se especifican los niveles de severidad que pueden manifestarse en una persona con TEA y que refuerza la idea de la individualización en el tratamiento. Si bien podría incluirse en la definición la referencia a la existencia de tales rangos de afección, estos podrían ser integrados en un enunciado normativo independiente. Los espacios de inclusión, hasta teóricos, deben ampliarse, mientras que los escenarios que procuren la calificación negativa de las diferencias deben reducirse.

En tercer lugar, sea en la definición o en algún apartado distinto que lo complementa, es necesario precisar la importancia del diagnóstico y la posterior certificación de esta condición mental, lo que se intensifica con el contexto estadístico que se vive en el Perú. Se ha señalado en la sección segunda que, haciendo referencia a los datos recabados por la Defensoría del Pueblo, para el 2020, la población total de TEA en el país estaba compuesta por más de doscientas mil personas, de las que solo un escaso 2.6 % estaba certificada. Dicha falencia en la formalización del estado de los integrantes de esta población no permite la operatividad cabal del ejercicio de sus derechos

en diversos ámbitos, entre los que se incluye, de manera superlativa, el del acceso a la justicia.

Concretamente, para ser formalmente considerado como titular de derechos propios de las personas con habilidades diferentes en el Perú, es necesario obtener un certificado de discapacidad. Precisamente, el artículo 76 de la Ley n.º 29973 señala que «el certificado de discapacidad acredita la condición de persona con discapacidad. Es otorgado por todos los hospitales de los ministerios de Salud, de Defensa y del Interior y el Seguro Social de Salud (EsSalud). La evaluación, calificación y la certificación son gratuitas». Para obtener un certificado, el interesado deberá someterse al procedimiento de evaluación de su condición, lo que en nuestro país se dificulta particularmente para las personas con TEA, debido a la escasez de centros de salud que diagnostican esta condición. Este es el requisito primordial para, posteriormente, acceder al registro del Conadis que, si bien no acredita discapacidad, sirve para obtener determinados beneficios estatales.

Ahora bien, si la persona de habilidad distinta no está diagnosticada, no podrá acceder a la certificación que lo acredite como tal. Sin dicho registro, por tanto, no será formalmente tratada como un individuo con TEA y, lógicamente, sus necesidades no serán atendidas adecuadamente. Ante los tribunales, específicamente, no se le dará un tratamiento jurídicamente correcto en la medida en que no hay correspondencia entre su estado material y formal. Para que esta población pueda, verdaderamente, acceder a su derecho a la justicia, el Poder Judicial, dentro de su finalidad pacificadora, debe coadyuvar a que, previo a que personas presumiblemente con habilidades diferentes seas juzgadas o sometidas a una cuestión judicial, se tenga certeza sobre su condición mental. De lo contrario, el índice de errores judiciales podría aumentar con respecto a esta población. Aquí toma importancia la introducción del concepto de justicia como equidad, propia

de la ley mexicana, con lo que se debe procurar la operatividad de los derechos de este grupo humano en igualdad de oportunidades.

Tomando en cuenta dichos aspectos para la reformulación de la definición del TEA en la ley peruana, lo que se instituye como primer cimiento de protección, es posible atender el área relacionada con los mecanismos normativos para coadyuvar al acceso a la justicia en igualdad de condiciones para esta población. En principio, como ya se ha mencionado antes, la legislación peruana sobre la materia hace nula referencia a este aspecto. Distintas son las normas chilenas y bolivianas, en las que sus respectivos instrumentos prevén apartados específicos sobre este tema. En el primer caso, se encuentran los artículos 23 y 24; en el segundo, el artículo 38.

De estos enunciados normativos es posible obtener tres conceptos de los que, a su vez, pueden plantearse diversidad de herramientas concretas. Aunque estas no serán propuestas en este manuscrito, lo importante es tener en cuenta los tres principios a partir de cuales estas herramientas se pueden formular. Nos referimos a la «comprensión», la «comunicación» y la «capacitación», que pueden ser fácilmente recordadas a través de la regla nemotécnica que, en este trabajo, será denominada como la «Triple C». Este trabajo considera que, en conjunto, proporcionan un marco integral para garantizar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones para las personas con trastorno del espectro autista (TEA). Al respecto, tenemos:

- **Comprensión:** Dependiendo del concepto que se asuma de TEA en la legislación, como ha quedado demostrado, el tratamiento jurídico variará. Si se equipara este fenómeno, de plano, al de la discapacidad, claramente estaremos generando una distinción que no contribuirá a la inclusión de la comunidad. Ello, no como capricho, sino, justamente, por no comprender lo que supone ser una persona con

habilidades especiales en una sociedad construida conforme estructuras mentales neurotípicas. El TEA es una condición que exige ser comprendida de acuerdo con los alcances modernos de la ciencia que la estudia para poder formular herramientas específicas que coadyuven a su protección. Sin un cabal entendimiento, cuando menos, de que ella no representa una enfermedad, una deficiencia o una incapacidad, no se podrán plantear políticas públicas adecuadas a sus reales necesidades, dándoles, por el contrario, un tratamiento hostil para su condición de seres humanos. Así pues, la aplicación de este principio implica asegurar que las personas con TEA sean comprendidas adecuadamente en el contexto judicial. Esto, a su vez, no solo supone reconocer sus necesidades individuales, sino también garantizar que se les brinde el apoyo necesario para que comprendan el proceso judicial en el que están involucradas. Por tanto, este principio opera con una doble función: la primera, en la que el Estado, a través de su legislación, demuestre comprensión del fenómeno del TEA para que, en la segunda, se incorporen los mecanismos idóneos para que los participantes con dicha condición, en un proceso judicial, lo comprendan. La segunda exige la primera.

- **Comunicación:** La comunicación efectiva en el contexto del acceso a la justicia para las personas con TEA es primordial. Una comunicación clara y accesible es un componente fundamental para garantizar que estas personas comprendan y participen plenamente en los procesos judiciales. En primer lugar, la comunicación efectiva implica utilizar un lenguaje sencillo en todas las interacciones relacionadas con el sistema judicial. Esto significa evitar el uso de términos técnicos o legales complejos que puedan

resultar confusos para estas personas. En su lugar, se deben emplear expresiones y vocabulario que sean fácilmente comprensibles, adaptándose al nivel de comprensión de cada individuo. Además, es importante reconocer que algunas personas con TEA pueden beneficiarse de apoyos adicionales para facilitar su comunicación. Estos pueden incluir señaléticas, pictogramas, sistemas de comunicación alternativa o dispositivos tecnológicos diseñados para ayudarles a expresarse de manera efectiva. Proporcionar estos recursos adecuados es esencial para garantizar que estas personas puedan comunicarse de manera independiente y expresar sus necesidades, opiniones y experiencias durante los procedimientos legales. Todo esto implica reconocer y aceptar las formas individuales de expresión de cada persona, ya sea a través del habla verbal, la comunicación gestual, el uso de dispositivos de comunicación o cualquier otro medio. Es importante brindar un espacio seguro y libre de juicios en el que estas personas se sientan cómodas para comunicarse y ser escuchadas. Es crucial asegurar que las voces de las personas con TEA sean escuchadas de manera significativa en los procedimientos legales, garantizando su participación en todas las etapas del proceso judicial, desde la recopilación de pruebas hasta la toma de decisiones finales. Se deben implementar medidas específicas para asegurar que estas personas puedan expresar sus opiniones y preferencias de manera efectiva, ya sea a través de la asistencia de un defensor legal capacitado, la adaptación de los métodos de comunicación utilizados en la sala del tribunal o cualquier otro medio necesario.

- **Capacitación:** La capacitación adecuada de los operadores y administradores de justicia, así como del personal policial

y penitenciario, emerge como un elemento indispensable para garantizar la eficaz atención a las personas con TEA dentro del sistema judicial. Este aspecto no solo abarca la mera familiarización con las características de esta condición, sino que implica un compromiso más profundo con el entendimiento de las necesidades particulares y los desafíos que enfrentan estas personas en el contexto legal. En primer lugar, la formación de los profesionales judiciales debe estar orientada hacia el conocimiento exhaustivo de las especificidades del TEA. Esto incluye comprender las diversas manifestaciones del trastorno, así como sus implicaciones en términos de comunicación, interacción social, comportamiento y procesamiento sensorial. Tal comprensión es esencial para garantizar una atención adecuada y sensible a las necesidades individuales de las personas con TEA en el marco judicial. Además, la capacitación debe proporcionar a los profesionales del sistema judicial un conjunto de herramientas prácticas y estrategias específicas para interactuar de manera respetuosa y comprensiva con estas personas. Esto puede implicar el aprendizaje de técnicas de comunicación adaptadas, el uso de apoyos visuales o tecnológicos, y la implementación de medidas para reducir el estrés y la ansiedad durante los procedimientos legales. Es fundamental promover la sensibilización sobre el TEA en todos los niveles del sistema judicial. Esto implica no solo la formación de jueces, abogados y funcionarios judiciales, sino también la difusión de información sobre el trastorno entre el personal de seguridad, los agentes penitenciarios y otros actores relevantes dentro del sistema legal. Al aumentar la conciencia y la comprensión sobre la materia, se puede fomentar una mayor empatía y una respuesta más adecuada

a las necesidades de las personas con este trastorno en el ámbito judicial.

Es crucial desarrollar estrategias y herramientas concretas basadas en estos tres principios, con el objetivo de garantizar que las personas con TEA puedan ejercer sus derechos de acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos. Estas herramientas pueden incluir programas de capacitación para profesionales del Derecho, la implementación de protocolos de comunicación accesibles en los procedimientos judiciales, y la creación de recursos educativos y de divulgación para informar a la comunidad sobre los derechos y necesidades de esta población. En última instancia, la aplicación efectiva de estos principios contribuirá a promover una mayor inclusión y equidad dentro del sistema judicial peruano.

En suma, la reforma legislativa de este cuerpo normativo, en materia de acceso a la justicia, exige, principalmente, reformular la definición legal del Trastorno del Espectro Autista y la inclusión de tres principios rectores para coadyuvar a la formulación de estrategias específicas que permitan el acceso a la justicia.

5.2. Labor de la Comisión del Poder Judicial sobre Acceso a la Justicia

La Resolución Administrativa n.º 028-2016-CE-P. J., emitida por el Poder Judicial, instauró el «Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad». Su propósito radica en optimizar el desempeño y la implementación de las funciones, estrategias y actividades vinculadas a la ejecución de las 100 Reglas de Brasilia y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ante el Poder Judicial Peruano. Posteriormente, en marzo de 2017, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ratificó el Acuerdo n.º 193-2017, que facultó la incorporación de la «Comisión

Permanente de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad» dentro de la estructura orgánica del «Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad».

En el año 2018, la Comisión Permanente publicó el «Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad», instrumento que fue creado para «garantizar el ejercicio del derecho humano de acceso a la justicia de los grupos más vulnerables» (Poder Judicial, 2018, p. 9). A través de él, se procuró fijar «los lineamientos que permitan a los operadores de justicia brindar una atención adecuada para las personas con discapacidad, reconociendo el ejercicio pleno de su capacidad jurídica, disponiendo de las medidas de apoyo personalizadas y efectivas que permitan su accesibilidad» (Poder Judicial, 2018, p. 10).

Sin embargo, aunque este documento fue creado bajo la consigna de la buena intención, este no supone un aporte sustancial ni mucho menos tangible para la operatividad del derecho de acceso a la justicia. De la revisión de su índice se puede observar que este responde a una sencilla recopilación de normas. Si bien, ciertamente, todas estas son relevantes para la tutela de los derechos fundamentales de las poblaciones vulnerables, entre estas aquellas con TEA, no suponen la protocolización de un marco estructurado de reglas que coadyuven al fin que se persigue. El Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad, el Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre el Poder Judicial de la República del Perú y el Conadis, la Ley General de la Persona con Discapacidad y su Reglamento, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de las Naciones Unidas, y la sentencia de la Corte IDH recaído en el caso *Furlán y Familiares vs. Argentina* son solo normas que más allá de dar los alcances normativos y, cuando

mucho, jurisprudenciales sobre el acceso a la justicia no suponen la especificación de herramientas, instrumentos, métodos o estrategias funcionales que coadyuven al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, lo que tampoco aporta a los individuos con TEA.

En consecuencia, ante la falta de un conjunto de reglas sistematizadas en el Perú para facilitar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluida la población con TEA, es imperativo que se desarrollen tales protocolos. Esto representa el cumplimiento mínimo que debería ser asumido por el órgano competente del Poder Judicial. Sin embargo, lo que realmente necesitan las personas con TEA es un protocolo específicamente diseñado para satisfacer sus necesidades, basado en la evidencia científica y la legislación comparada, tal como se ha detallado ampliamente en este trabajo de investigación. Hay que evolucionar y empezar a tratar a estas personas en virtud de la condición que poseen, y sobre todo entenderlas desde su complejidad. Nuestra mirada neurotípica debe atender a una comunidad atípica en virtud de sus necesidades especiales.

6. CONCLUSIONES

El Trastorno del Espectro Autista (TEA) constituye un fenómeno de gran complejidad que impacta en el desarrollo cognitivo de quienes lo experimentan, requiriendo un enfoque multidisciplinario para su comprensión y tratamiento efectivo en las diversas esferas de la vida. Sin embargo, se observa una falta de integración teórica entre las disciplinas que lo abordan, lo que conlleva a imprecisiones conceptuales y obstaculiza la formulación de una definición consensuada y transversal sobre este trastorno, particularmente en el ámbito del derecho de acceso a la justicia.

Desde la perspectiva científica, este fenómeno se concibe como una condición del neurodesarrollo que incide principalmente

en la comunicación social, debiendo ser comprendido dentro del paradigma de la neurodiversidad y no equiparado a una enfermedad ni necesariamente asociado a la discapacidad. Por otro lado, a nivel jurídico, la falta de una definición específica ha resultado en su tratamiento como una forma de discapacidad, lo que ha generado políticas públicas y disposiciones normativas que pueden no ajustarse adecuadamente a las necesidades reales de las personas con este trastorno. Esto afecta seriamente su participación plena y efectiva en la sociedad.

En el contexto peruano, el problema respecto de la legislación protectora a favor de esta población se ve acentuado por diversas razones. En primer lugar, la disponibilidad de instituciones públicas que ofrecen servicios de diagnóstico para el TEA es limitada, lo que dificulta el acceso a la justicia para las personas afectadas. La escasez de centros especializados en distintas regiones del país y la falta de profesionales capacitados representan desafíos significativos que deben ser abordados de manera urgente.

En segundo lugar, la variabilidad y la multiplicidad de síntomas del TEA dificultan el proceso diagnóstico, el cual requiere de evaluaciones exhaustivas y la intervención de múltiples especialistas. Esta complejidad contribuye a la demora en la obtención de un diagnóstico preciso, lo que afecta negativamente el acceso a la justicia y a los servicios de apoyo necesarios. Los elevados costos asociados al proceso de diagnóstico, tanto en el sector público como en el privado, representan una barrera económica significativa para muchas familias, limitando así el acceso a evaluaciones especializadas y a una atención integral, lo que perpetúa la exclusión social y la marginación de las personas afectadas.

La falta de acceso a un diagnóstico oficial de TEA impide que estas personas accedan a recursos y derechos específicos, tanto en

el ámbito educativo, laboral y judicial. Una certificación oficial de diagnóstico es fundamental para desbloquear una serie de servicios y apoyos cruciales para el desarrollo y el bienestar de las personas afectadas.

La carencia de legislaciones específicas para la protección de personas con TEA en la mayoría de los países latinoamericanos resulta en una falta de atención concreta a las necesidades particulares de esta población en áreas como la educación, el empleo, la atención médica especializada y el acceso a la justicia. La infraestructura legal y judicial en la región latinoamericana está diseñada para satisfacer las necesidades de individuos neurotípicos, generando disparidades significativas para las personas con condiciones especiales como el TEA, lo que incrementa la dificultad de acceso equitativo a la justicia y otros derechos fundamentales.

Las legislaciones chilena, boliviana y mexicana ofrecen algunos avances en el reconocimiento de los derechos de las personas con TEA, pero en la legislación peruana aún existen áreas en las que se debe mejorar como el abordaje específico sobre el acceso a la justicia para esta población, la necesidad de una mayor precisión científica en la definición y la atención de las diferentes manifestaciones de este espectro.

Es crucial reformar la legislación peruana para mejorar la protección y el acceso a la justicia para las personas con TEA, lo que incluye una definición más precisa y científicamente fundamentada en la ley. Por otro lado, los principios rectores como la comprensión, la comunicación y la capacitación deben ser incorporados en la legislación para garantizar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones para las personas con TEA.

La labor de la Comisión del Poder Judicial sobre Acceso a la Justicia debe enfocarse en desarrollar protocolos específicos y

estructurados para facilitar el acceso a la justicia para las personas con TEA, basados en evidencia científica y la legislación comparada. Es imperativo evolucionar hacia un enfoque que reconozca la diversidad y la complejidad de las personas con TEA y que garantice sus derechos fundamentales, incluido el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones.

REFERENCIAS

- Álvarez-López, E., Saft, P., Barragán-Espinosa, J. A., Calderón-Vázquez, I. A., Torres-Córdoba, E., Beltrán-Parrazal, L., López-Meraz, L., Manzo, J. y Morgado-Valle, C. (2014). Autismo: Mitos y realidades científicas. *Revista Médica de la Universidad Veracruzana*, 14(1), 36-41. <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=56028&id2=>
- American Psychiatric Association (2014). Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales - DSM-5. Editorial Médica Panamericana. <https://www.federaciocatalanatdah.org/wp-content/uploads/2018/12/dsm5-manualdiagnosticoyestadisticodelostrastornosmentales-161006005112.pdf>
- American Psychiatric Association (1995). Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales - DSM-5. MASSON S. A. <https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-iv-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf>
- Barthélémy, C., Fuentes, J., Howlin, P. y Van der Gaag, R. (2019). Personas con Trastorno del Espectro del Autismo, identificación, comprensión, intervención. https://www.autismeurope.org/wp-content/uploads/2019/11/People-with-Autism-Spectrum-Disorder.-Identification-Understanding-Intervention_Spanish-version.pdf

- Bobbio, N. (2018). *Teoría general del Derecho*. Ara Editores.
- Canchaya, A. (2018). El costo de ser autista en el Perú. *Punto seguido*.
<https://puntoseguido.upc.edu.pe/el-costo-de-ser-autista-en-el-peru/>
- Celis, G. y Ochoa, M. (2022). Trastorno del Espectro Autista (TEA). *Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM*, 63(1), 7-20.
<https://doi.org/10.22201/fm.24484865e.2022.65.1.02>
- Cuchumbé Holguín, N. (2023). John Rawls: La justicia como equidad. *Criterio Jurídico*, 1(3), 7-33. Recuperado a partir de <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1048>
- Defensoría del Pueblo (2023). Defensoría del Pueblo advierte que las personas autistas, principalmente mujeres, enfrentan barreras para acceder al diagnóstico temprano. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-advierte-que-las-personas-autistas-principalmente-mujeres-enfrentan-barreras-para-acceder-al-diagnostico-temprano/>
- Defensoría del Pueblo (2022). Defensoría del Pueblo advierte falta de políticas públicas para la atención a personas con autismo. <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-advierte-falta-de-politicas-publicas-para-la-atencion-a-personas-con-autismo/>
- Decreto Supremo n.º 001-2015-MIMP, Aprueban Reglamento de la Ley n.º 30150, Ley de protección de las personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA). Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú (2 de abril de 2015).
- Fortea, M. Sevilla, M., Escandell Bermúdez, O. y Castro Sánchez, J. (2013). Detección temprana del autismo: profesionales implicados. *Revista Española de Salud Pública*, 87(2), 191-199.
https://scielo.isciii.es/pdf/resp/v87n2/08_original4.pdf

- García Amado, J. (2023). *Teoría del Derecho: Una introducción*. Zela Editorial.
- Glannon, W. (2007). A Neurodiversity Theme Article. *Journal of Ethics and Mental Health*. https://jemh.ca/issues/v2n2/documents/JEMH_V2N2_Theme_Article1_Neurodiversity.pdf
- Hughes, J. (2016). Increasing Neurodiversity in Disability and Social Justice Advocacy Groups. Autistic Self Advocacy Network. <https://autisticadvocacy.org/wp-content/uploads/2016/06/whitepaper-Increasing-Neurodiversity-in-Disability-and-Social-Justice-Advocacy-Groups.pdf>
- Informe Temático n.º 3 - Situación de las personas con Trastornos del Espectro Autista en el Perú. Observatorio Nacional de Discapacidad. CONADIS (2016). <https://docplayer.es/91231017-Informe-tematico-n-3-situacion-de-las-personas-con-trastornos-del-espectro-autista-en-el-peru.html>
- Martín, F., García, A. y Losada, R. (2022). Trastornos del espectro del autismo. *Protoc diagn ter pediatr*, (1), 75-83. <https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/08.pdf>
- National Institute of Mental Health (2022). Trastornos del espectro autista. <https://www.nimh.nih.gov/sites/default/files/documents/health/publications/espanol/trastornos-del-espectro-autista/trastornos-del-espectro-autista.pdf>
- Nueva Ley DOF 30-04-2015, Ley general para la atención y protección a personas con la condición del espectro autista. Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (30 de abril de 2015).
- Landa, C. (2016). *Convencionalización del Derecho peruano*. Palestra Editores.
- Ley n.º 223, Ley general para personas con discapacidad. Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, La Paz (2 de marzo de

- 2012). <https://www.minedu.gob.bo/files/publicaciones/veaye/dgee/Ley-223-2012-Personas-con-discapacidad.pdf>
- Ley n.º 29973, Ley general de la persona con discapacidad. Congreso de la República del Perú (24 de diciembre de 2012).
- Ley n.º 30150, Ley de protección de las personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA). Congreso de la República del Perú (8 de enero de 2014).
- Ley Departamental n.º 276, Ley Departamental para garantizar los derechos de las personas con Trastorno del Espectro del Autismo (TEA). Asamblea Legislativa Departamental de Santa Cruz (21 de octubre de 2022). <https://gacetaoficial.santacruz.gob.bo/verpdf/ley-departamental-276>
- Ley n.º 21545, Establece la Promoción de la Inclusión, la atención integral y la protección de los derechos de las personas con trastorno del espectro autista en el ámbito social, de salud y educación. Ministerio de Salud de la República de Chile (2 de marzo de 2023).
- Organización Mundial de la Salud (2014). Medidas integrales y coordinadas para gestionar los trastornos del espectro autista. https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA67/A67_17-sp.pdf
- Organización Mundial de la Salud (2023). Autismo. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/autism-spectrum-disorders>
- Palacios, A. (2015). El modelo social de la discapacidad. En Salmón, E. y Bregaglio, R. (eds.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>
- Peces-Barba, G. y De Asís Roig, R. (2000). *Curso de Teoría del Derecho*. Marcial Pons.

- Plan Nacional para las personas con Trastorno del Espectro Autista. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (10 de enero de 2019).
- Poder Judicial (2018). Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3c0964804f87943fa46eb56976768c74/PROTOCOLO-DE-ATENCION-PERSONAS-CON-DISCAPACIDAD%2B02_02_2018-comprimido.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3c0964804f87943fa46eb56976768c74
- Reaño, E. (2022). El autismo en el Perú: Una mirada desde el Equipo de Investigación y Trabajo en Autismo. *Revista de Investigaciones de la Universidad Le Cordon Bleu*, 9(1), 110-116. <https://doi.org/10.36955/RIULCB.2022v9n1.009>
- Rengifo-Guevara, L. y Cano-Uría, C. (2021). Características de la atención de personas con Trastornos del Espectro Autista en un hospital del Perú. *Diagnóstico*, 60(3), 134–139. <https://doi.org/10.33734/diagnostico.v60i3.301>
- Resolución Ministerial n.º 166-2020-MINSA (2 de abril de 2020). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/574914/RM_166-2020-MINSA_Y_ANEXOS.PDF?v=1585925836
- Salas, D. (2015). La discapacidad desde el análisis cultural. En Salmón, E. y Bregaglio, R. (eds.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>
- Sánchez, F. (2005). ¿Cómo se elabora una propuesta *de lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales, primera parte: Tipicidad. *Revista de Derecho Penal y*

Criminología, 16, 79-137. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2005-16-3030/PDF>

Velarde-Incháustegui, M., Ignacio-Espíritu, M. y Cárdenas-Soza, A. (2021). Diagnóstico de Trastorno del Espectro Autista-TEA, adaptándonos a la nueva realidad. *Telesalud, Revista de Neuro-Psiquiatría*, 84(3), 175-182. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S0034-85972021000300175&script=sci_abstract

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

El autor declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

Investigación, análisis comparado, redacción y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

El autor agradece las valiosas contribuciones bibliográficas y teóricas brindadas por la Lic. Damaris Elizabeth Zuloaga Alva, pedagoga por el Instituto Nacional Pedagógico de Monterrico (hoy Escuela de Educación Superior Pedagógica Pública de Monterrico), especialista en terapia de lenguaje por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ), estudiante del primer año de Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), egresada de la Maestría en Gestión Pública del programa de EUCIM y de la Universidad de San Martín de Porres (USMP), además es docente nombrada por el Estado. Su aporte especializado sobre las ciencias del aprendizaje permitió el desarrollo íntegro de esta investigación. Del mismo modo,

agradecen sus observaciones y revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Diego Alonso Noronha Val es abogado por la Universidad de Lima con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), estudiante de maestría en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires (UBA), y egresado de la maestría en Gestión Pública del programa de EUCIM y la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Es asistente de juez superior en la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. Es autor de varios artículos científicos.

Correspondencia

diego.noronha@unmsm.edu.pe



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 189-217

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.972>

Explorando el acceso a la justicia: perspectivas de las personas con discapacidad en el marco de las Reglas de Brasilia

Exploring Access to Justice: Perspectives of People with Disabilities
within the Framework of Brasilia Rules

Explorando o acesso à justiça: perspectivas das pessoas com
deficiência no contexto das Regras de Brasília

YENIVA ISABEL LLEELLISH JUSCAMAYTA

Universidad Nacional Federico Villareal

(Lima, Perú)

Contacto: yллеellish@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0001-0924-9780>

RESUMEN

En este trabajo, examinaremos el impacto de las políticas y de las prácticas actuales en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, centrándonos especialmente en las necesidades de las personas con discapacidad auditiva y visual. Exploraremos cómo la barrera de la incompreensión del lenguaje judicial afecta a esta población y el surgimiento de iniciativas de lenguaje accesible a nivel mundial. Específicamente, discutiremos la implementación de las

Reglas de Brasilia, resaltando la importancia del lenguaje inclusivo y se enfatizará la urgencia de adoptar medidas concretas en el Perú. Concluimos en que la consolidación de las prácticas inclusivas no solo protege los derechos de los ciudadanos, incluidos aquellos con discapacidad auditiva, sino que también subraya la necesidad de que el Poder Judicial peruano logre verdaderamente una justicia equitativa en el país.

Palabras clave: acceso a la justicia; personas con discapacidad; derechos humanos; humanidad; acción en conjunto judicial.

Términos de indización: derecho a la justicia; incapacidad; derechos humanos; humanidad; administración de justicia (Fuente: Tesaurus Unesco).

ABSTRACT

In this work, we will examine the impact of current policies and practices on access to justice for people with disabilities, focusing especially on the needs of individuals with hearing disabilities. We will explore how the barrier of incomprehension of legal language affects this population and the emergence of accessible language initiatives globally. Specifically, we will discuss the implementation of the Brasilia Rules, highlighting the importance of inclusive language and emphasizing the urgency of adopting concrete measures in Peru. We conclude that the consolidation of inclusive practices not only protects the rights of citizens, including those with hearing disabilities, but also underscores the need for the Peruvian Judiciary to truly achieve equitable justice in the country.

Key words: Access to justice; people with disabilities; human rights; humanity; joint judicial action.

Indexing terms: right to justice; disabilities; human rights; humans; administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Neste trabalho, examinaremos o impacto das políticas e práticas atuais no acesso à justiça para pessoas com deficiência, focando especialmente nas necessidades das pessoas com deficiência auditiva. Exploraremos como a barreira da incompreensão da linguagem judicial afeta essa população e o surgimento de iniciativas de linguagem acessível em nível mundial. Especificamente, discutiremos a implementação das Regras de Brasília, destacando a importância da linguagem inclusiva e enfatizando a urgência de adotar medidas concretas no Peru. Concluímos que a consolidação de práticas inclusivas não apenas protege os direitos dos cidadãos, incluindo aqueles com deficiência auditiva, mas também destaca a necessidade de que o Poder Judiciário peruano alcance verdadeiramente uma justiça equitativa no país.

Palavras-chave: acesso à justiça; pessoas com deficiência; direitos humanos; humanidade; ação judicial conjunta.

Termos de indexação: direito à justiça; deficiência; direitos humanos; humanidade; administração da justiça (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 28/03/2024

Revisado: 04/04/2024

Aceptado: 11/06/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto peruano, se estima que alrededor de 3 209 261 personas enfrentan alguna forma de dificultad o de limitación permanente que impacta su vida diaria, según el informe Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad, 2017, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en colaboración con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis). Esta cifra engloba a personas de diversas edades, siendo el grupo más afectado los adultos mayores de 60 años, que representan el 40.1 % de la población con discapacidad. Está seguido por los adultos de 45 a 59 años (21.9 %), los adultos jóvenes (12.8 %), los jóvenes de 18 a 29 años (10.7 %), los adolescentes de 12 a 17 años (6.9 %), los niños y las niñas de 6 a 11 años (5.6 %) y los menores de 6 años (1.9 %) (INEI, 2019, p. 1).

Las estadísticas muestran que la dificultad visual es la discapacidad más común, que afecta al 48.3 % de la población discapacitada en Perú, seguida por problemas de movilidad (15.1 %), de audición (7.6 %), de aprendizaje (4.2 %), de interacción social (3.3 %) y de comunicación (3.1 %) (INEI, 2019). Estas cifras resaltan la necesidad de asegurar un acceso justo al sistema judicial para todas las personas, incluyendo aquellas con discapacidades visuales o auditivas.

En Perú, las personas con discapacidad auditiva o visual encuentran desafíos considerables al tratar de acceder al sistema legal. La falta de intérpretes especializados en lengua de señas peruana (LSP) y la escasez de recursos adaptados a sus necesidades, como información accesible o tecnologías de apoyo, son barreras que limitan su participación efectiva en los procesos legales.

Del mismo modo, las personas con discapacidad visual se enfrentan a desafíos relacionados con el acceso a la información escrita y visual en el contexto legal. La falta de documentos en formatos

accesibles, como Braille o versiones digitales accesibles, así como la limitada disponibilidad de tecnologías de lectura asistida, dificultan su capacidad para comprender y participar de manera autónoma en los procedimientos legales que les competen (Rosas, 2020).

En esta situación es fundamental analizar cómo las 100 Reglas de Brasilia, un conjunto de principios y directrices internacionales para promover el acceso a la justicia de manera inclusiva, se han implementado y desarrollado en el contexto peruano. Este análisis permitirá identificar los desafíos y las deficiencias existentes en el acceso a la justicia para personas con discapacidad auditiva y visual en Perú, así como proponer las recomendaciones y las estrategias más adecuadas para mejorar la situación, y garantizar una mayor igualdad y justicia para todos los ciudadanos peruanos.

2. PROBLEMÁTICA

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que todas las personas deberían poder ejercer plenamente, independientemente de sus condiciones físicas o sensoriales. Sin embargo, para las personas con discapacidad auditiva y visual en Perú, el acceso a la justicia enfrenta desafíos significativos debido a las diversas barreras que limitan su participación efectiva en el sistema judicial (Plena Inclusión España, 2019).

Uno de los principales problemas radica en la falta de recursos y servicios adaptados a las necesidades específicas de las personas con discapacidad auditiva y visual. La escasez de intérpretes especializados en lenguaje de señas peruano (LSP) y la falta de materiales legales en formatos accesibles, como Braille o versiones digitales accesibles, dificultan la comprensión de los procedimientos legales y la comunicación con los abogados y los funcionarios judiciales (Martín, 2022).

Además, la infraestructura física de los juzgados y otros espacios judiciales a menudo no están adecuadamente adaptados para personas con discapacidad, lo que dificulta su acceso físico y su movilidad dentro de estas instalaciones (Ávila, 2017). Estas limitaciones tienen un impacto directo en la capacidad de las personas con discapacidad auditiva y visual para ejercer sus derechos legales de manera equitativa y efectiva.

El impacto de las políticas y prácticas actuales en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad auditiva y visual en Perú es una cuestión crucial que requiere de una revisión detallada. En este contexto, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué impacto tienen las políticas y prácticas actuales en el acceso a la justicia para personas con discapacidad auditiva y visual en Perú? ¿Cómo se han implementado las 100 Reglas de Brasilia en el Perú?

Para abordar estas preguntas, se empleará una metodología mixta que combina la revisión documental y el análisis de datos disponibles. La revisión documental se centrará en analizar las políticas, las leyes y las normativas relacionadas con el acceso a la justicia para personas con discapacidad en el Perú; la disponibilidad de intérpretes especializados; y la adaptación de recursos en formatos accesibles.

Los instrumentos de investigación incluirán el uso de matrices de análisis para sistematizar la información obtenida de la revisión documental, y la identificación de patrones y tendencias en la implementación de las políticas y las prácticas relacionadas con el acceso a la justicia para las personas con discapacidad auditiva y visual.

Con esta metodología y estos instrumentos, se buscará obtener una visión integral de la situación actual para proponer recomendaciones concretas, basadas en la evidencia documentada y el análisis crítico de las políticas y prácticas existentes, con el fin de mejorar el acceso a la justicia para personas con discapacidad auditiva y visual en el Perú.

3. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

En el contexto de la sociedad, las políticas representan un compendio de los ideales y de metas colectivas que guían el desarrollo y el bienestar social. Estas políticas delimitan los objetivos de progreso y definen las estrategias para alcanzarlos, destacan la importancia de la intervención estatal y la equitativa distribución de recursos y responsabilidades entre los diferentes sectores sociales. Dentro de este marco, las políticas se conciben como respuestas específicas a problemáticas que son de interés público, siendo su diseño, implementación y evaluación una pieza fundamental en la gestión gubernamental.

El proceso de la formulación de políticas implica el uso efectivo del poder estatal para asignar los recursos en función de satisfacer las necesidades de la población. Este proceso se sirve de una serie de herramientas como incentivos económicos, regulaciones directas, provisión de servicios y bienes, así como el establecimiento de seguros para situaciones adversas. En este sentido, las políticas públicas se convierten en instrumentos clave para abordar los desafíos sociales y económicos, y para promover un desarrollo equitativo y sostenible (Piscoya, 2020).

En el contexto peruano, la Ley n.º 29973 desempeña un papel crucial al establecer parámetros y derechos específicos para las Personas con Discapacidad (PCD). Esta normativa define a las PCD como aquellas que presentan deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente, y que enfrentan barreras que les impiden ejercer plenamente sus derechos y participar activamente en la sociedad (Piscoya, 2020). Es esencial comprender que la discapacidad va más allá de una condición médica, siendo también el resultado de las barreras sociales y las ambientales que limitan la inclusión y el pleno ejercicio de derechos.

Una de las iniciativas más destacadas es el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad del Poder Judicial en el Perú, que incluye específicamente a personas con discapacidad (Blouin, 2016). Este plan aborda tres niveles de accesibilidad establecidos en la CDPD: física, legal y comunicacional.

En el ámbito físico, se han establecido objetivos para facilitar el acceso de personas con discapacidad a las instalaciones judiciales, incluyen diagnósticos de necesidades y adecuaciones arquitectónicas. En términos legales, se promueve la protección de derechos mediante reformas en el Código Civil, la elaboración de protocolos y la atención especial a víctimas con discapacidad en procesos judiciales (Blouin, 2016). Respecto de la accesibilidad comunicacional, se busca fomentar la participación mediante el uso de medios virtuales y la adaptación de recursos para personas con discapacidad visual, entre otras medidas.

Si bien el Plan representa un avance significativo al identificar las barreras y proponer medidas concretas, aún existen desafíos. Por ejemplo, la falta de metas claras para la capacitación de operadores de justicia podría limitar la efectividad de las acciones propuestas. Además, aspectos como el acceso a la justicia de mujeres con discapacidad requieren de una atención específica debido a su situación de doble vulnerabilidad.

La evolución de las medidas de acceso a la justicia para personas con discapacidad en Perú muestra avances significativos, pero también revela la necesidad de seguir fortaleciendo las políticas y las prácticas inclusivas que garanticen un acceso equitativo y efectivo a la justicia para todos los ciudadanos, independientemente de sus capacidades.

4. AVANCES Y DESAFÍOS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

4.1. Normativas internas del Poder Judicial para el acceso a la justicia

A continuación, se analizarán las normativas aprobadas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial relacionadas con el acceso a la justicia de personas con discapacidad, dado que son fundamentales para garantizar que todos los individuos, independientemente de sus capacidades, puedan acceder de manera efectiva y equitativa al sistema judicial.

En primer lugar, la Resolución n.º 114-2022-CE-PJ de fecha 29/03/2022, que aprueba la directiva de procedimiento virtual de restitución de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, el reconocimiento y la designación judicial de apoyos y salvaguardias, tiene como objetivo establecer las disposiciones que regulen las medidas de accesibilidad y los mecanismos de celeridad para las solicitudes de restitución de la capacidad jurídica, y además el reconocimiento de los apoyos y las salvaguardias para las personas con discapacidad (PcD).

Una de las disposiciones generales, clave de esta resolución, son las solicitudes de restitución de la capacidad jurídica que proceden a favor de la PCD, que ha sido declarada interdicta mediante sentencia judicial de interdicción civil. Si la PCD puede expresar su voluntad, la misma realiza la solicitud; de lo contrario, puede ser realizada por cualquier persona o de oficio por la autoridad jurisdiccional. Esto garantiza que las PCD tengan un acceso más ágil y directo a la restitución de su capacidad jurídica cuando sea posible.

Asimismo, la resolución contempla la solicitud de reconocimiento judicial de los apoyos y las salvaguardias para las PCD que pueden manifestar su voluntad, así como la solicitud excepcional de

designación judicial de apoyos y salvaguardias para aquellas personas que no pueden manifestar su voluntad. Esto amplía el espectro de medidas de apoyo disponibles y facilita su designación de manera más eficiente.

La implementación de formularios de solicitud diseñados por la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, en formato amigable y disponibles en la página web del Poder Judicial, contribuye significativamente a mejorar el acceso de las PCD a la justicia. Estos formularios facilitan el proceso y hacen que sea más comprensible y accesible para las PCD y sus representantes, promoviendo así una mayor inclusión y garantizando sus derechos legales de manera efectiva.

En segundo lugar, la Directiva de Alerta Judicial para Personas con Discapacidad, establecida por la Resolución n.º 066-2020-CE-PJ de fecha 12/02/2020, tiene como objetivo la implementación del Sistema de Alerta Judicial para informar a los jueces y las juezas sobre la participación de las personas con discapacidad en los procesos legales. Este sistema busca garantizar la celeridad y la atención prioritaria en dichos procesos, independientemente de la nacionalidad de las personas involucradas.

Esta atención prioritaria se justifica en el marco de garantizar un acceso equitativo a la justicia para las personas con discapacidad, quienes suelen enfrentar barreras adicionales para participar plenamente en los procesos legales debido a diversas dificultades, comunicativas o de movilidad. Priorizar su atención en el sistema judicial no solo es una cuestión de equidad, sino también de protección de los derechos, dado el mayor riesgo de vulnerabilidad que pueden experimentar.

Adicionalmente, la atención preferente contribuye a la eficiencia del sistema judicial al agilizar los procesos en los que participan personas con discapacidad, alineándose con los principios de igualdad y no

discriminación establecidos tanto a nivel nacional como internacional. Esta medida también implica la asignación de recursos y la adopción de ajustes razonables para garantizar que las necesidades específicas de las personas con discapacidad sean atendidas adecuadamente durante el proceso judicial.

En tercer lugar, analizaré el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos y Salvaguardias, aprobado por la Resolución n.º 046-2019-CE-PJ, el cual tiene como objetivo principal facilitar el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Algunos de los aspectos más relevantes del Reglamento incluyen: 1) El establecimiento de un proceso de apoyos y salvaguardias (art. 1 y art. 5). El Reglamento establece un proceso judicial para la designación de apoyos y de salvaguardias para las personas con discapacidad que lo necesiten. Estos apoyos y salvaguardias pueden ayudar a las personas con discapacidad a tomar decisiones informadas sobre su vida y a participar plenamente en los procesos judiciales. 2) Gratuidad del servicio (art. 7), es decir, el trámite de las solicitudes de apoyos y salvaguardias es gratuito. 3) Establece una serie de deberes para los jueces (art. 6), como brindar las condiciones necesarias para eliminar las barreras estructurales y efectuar los ajustes razonables a favor de las personas con discapacidad.

El Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos y Salvaguardias representa un paso importante para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el Perú. Sin embargo, para que este sistema sea efectivo es fundamental que las personas con discapacidad y la comunidad en general conozcan su existencia y cómo pueden acceder a este. Por ello, es importante la difusión del sistema, pues la falta de conocimiento sobre el sistema de apoyos y salvaguardias puede generar las siguientes situaciones: exclusión, pues las personas con discapacidad que no conocen el sistema no

podrán solicitar los apoyos y salvaguardias; desinformación, lo que puede generar desconfianza y dificultar su acceso; y discriminación, puesto que la falta de conocimiento sobre el sistema por parte de los operadores judiciales puede generar discriminación hacia las personas con discapacidad.

Finalmente, analizaré el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad aprobado por la Resolución n.º 010-2018-CE-PJ de fecha 10/01/201, el cual representa un paso importante en la lucha por el acceso a la justicia para las personas con discapacidad en el Perú. El Protocolo establece lineamientos específicos como estándares claros y detallados para la atención de personas con discapacidad auditiva y visual; reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para la atención de personas con discapacidad auditiva y visual; establecer medidas de apoyo para facilitar la participación de las personas con discapacidad en los procesos judiciales, y garantizar el respeto de la autonomía y dignidad de las personas con discapacidad. De esa manera, se contribuye a eliminar las barreras que enfrentan estas personas para participar plenamente en los procesos judiciales. Además, esto permite a los operadores de justicia brindar una atención más adecuada y respetuosa a las necesidades de estas personas con medidas de apoyo que incluyen provisión de intérpretes de lengua de señas, sistemas de Braille y otros apoyos necesarios.

El acceso a la justicia para las personas con discapacidad es un derecho fundamental que es reconocido en las 100 Reglas de Brasilia y en la legislación peruana. Las medidas analizadas como la Resolución n.º 114-20 CE-PJ, la Directiva de Alerta Judicial para Personas con Discapacidad, el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos y Salvaguardias, y el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad representan avances significativos para garantizar la igualdad de oportunidades y la participación plena de las personas con discapacidad en los procesos judiciales como los siguientes:

el reconocimiento de la capacidad jurídica, la facilitación del acceso a la justicia, la atención prioritaria, la comunicación efectiva y la eliminación de barreras.

4.2. Políticas y protocolos nacionales

En 2021, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), a través del Conadis, presentó la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030 (PNMDD). Esta política, la primera de su tipo en el Perú, busca abordar las desigualdades y las barreras que enfrentan las personas con discapacidad, alineándose con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley n.º 29973.

La PNMDD establece objetivos prioritarios, entre los cuales se incluye garantizar la igualdad de las condiciones en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Para ello, se proponen medidas como la eliminación de las barreras arquitectónicas, la provisión de servicios de interpretación en lenguaje de señas, los materiales informativos accesibles, el apoyo personalizado durante los procesos judiciales, la capacitación del personal del sistema de justicia y el acceso a tecnologías asistenciales (Noles y Guerrero, 2020; Martín Pérez, 2022).

En un esfuerzo por abordar las barreras de comunicación y las necesidades de apoyo para las personas con discapacidad y las personas adultas mayores, el Poder Judicial del Perú ha aprobado el Protocolo denominado «Evaluación de las Barreras de la Comunicación y Necesidades de Apoyos para Persona con Discapacidad y Persona Adulto Mayor» - Versión 001. Esta acción está respaldada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y busca mejorar la accesibilidad y la equidad en el sistema judicial para aquellos con discapacidades y adultos mayores (Resolución Administrativa n.º 000068-2024-CE-PJ, 2024).

El protocolo, desarrollado con la participación de diversos organismos, busca mejorar el acceso a la justicia para personas con discapacidad y adultos mayores en Perú. Además, enfatiza la evaluación integral de las barreras de comunicación y propone medidas como servicios de interpretación, de asistencia personalizada y de adaptaciones necesarias, así mismo obliga a su difusión y al cumplimiento en todas las instancias judiciales, promoviendo la igualdad y el acceso a la justicia, y sobre todo reforzando el compromiso con principios de igualdad y de justicia para avanzar hacia una sociedad más inclusiva y accesible.

Para garantizar la igualdad de condiciones en el acceso a la justicia, es imperativo implementar una serie de medidas integrales (Noles y Guerrero, 2020). Es necesario eliminar barreras arquitectónicas en los lugares de acceso a la justicia y proporcionar servicios de interpretación, materiales informativos accesibles y apoyo personalizado durante los procesos judiciales. Asimismo, se requiere sensibilizar y capacitar al personal del sistema judicial y garantizar el acceso a tecnologías asistenciales para las personas con discapacidad. Aunque existen avances con la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo, aún se necesita traducir esta política en acciones concretas en todos los niveles para transformar la realidad de las personas con discapacidad en el Perú.

5. ANÁLISIS DE LAS 100 REGLAS DE BRASILIA: EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron establecidas en la Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia en 2008 y actualizadas en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana en 2018 (Salazar, 2022).

El propósito fundamental de estas reglas es eliminar las barreras y los obstáculos que impiden el acceso efectivo a la justicia sin discriminación para las personas en condiciones de vulnerabilidad (Salazar, 2022). Para lograr este objetivo, las Reglas de Brasilia contienen recomendaciones dirigidas a diversos actores del sistema judicial, como el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública, la Policía Nacional, INPE, Demuna, los centros de Atención Mujer, Conadis, entre otros. También, involucran a los colegios de abogados, consultorios jurídicos y abogados litigantes, todo ello con el fin de que trabajen activamente en la eliminación de discriminaciones y las barreras que limitan el acceso a la justicia de las personas vulnerables.

En el contexto peruano, el Poder Judicial se adhirió a estas Reglas mediante la Resolución Administrativa n.º 000198-2020-CE-PJ y ha implementado actividades para poner en práctica las recomendaciones establecidas en estas. Ello se realiza a través del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad para el periodo 2016-2021 (Salazar, 2020), destaca la importancia de que el sistema judicial otorgue el acceso igualitario a la justicia para todos los ciudadanos.

El derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental que garantiza que toda persona pueda acudir a los órganos o a las entidades autorizadas por el Estado para buscar la resolución de conflictos, defender sus derechos y acceder a la tutela judicial efectiva (Seda, 2015). Este derecho, consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, es fundamental para asegurar la igualdad y la protección de los derechos legales de todos los individuos.

A pesar de que no esté expresamente mencionado en la Constitución, se reconoce como un principio y garantía implícita de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela

jurisdiccional (Salazar, 2022). El Tribunal Constitucional ha establecido que este derecho incluye el acceso a los tribunales internacionales, no solo a los tribunales internos del país. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado que el acceso a la justicia implica no solo la existencia formal de los recursos judiciales, sino su efectividad en la protección de los derechos fundamentales de las personas. Estas reglas han sido respaldadas por tratados internacionales de derechos humanos, como la «Convención Interamericana contra todas las formas de discriminación a las personas con discapacidad» y la «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» (Seda, 2015).

En este análisis se abordarán las Reglas de Brasilia que son fundamentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Específicamente, se examinarán las reglas 7, 8, 52, 53, 58 y 77, las cuales cubren aspectos esenciales como la definición inclusiva de discapacidad, la accesibilidad al sistema judicial, la provisión de información clara y comprensible, y la eliminación de las barreras físicas. Estas reglas son cruciales para asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en los procesos judiciales, garantizando así sus derechos y promoviendo una justicia inclusiva.

La Regla 7 proporciona una definición inclusiva y amplia de discapacidad, reconociendo tanto las deficiencias permanentes como temporales. Esta definición subraya la influencia del entorno económico y social en la exacerbación de las limitaciones. Este enfoque multidimensional es crucial para entender la discapacidad no solo como una condición médica, sino también como una cuestión social y de derechos humanos. En el contexto de las 100 Reglas de Brasilia, esta definición es fundamental para identificar a las personas que deben recibir atención y apoyo especial en el sistema judicial.

La Regla 8 destaca la obligación de los sistemas judiciales de ser accesibles para las personas con discapacidad. Esto implica no solo la eliminación de barreras físicas, sino también la implementación de recursos y servicios que aseguren la participación plena y efectiva de estas personas, medidas como la provisión de intérpretes, la adaptación de documentos a formatos accesibles y la capacitación de personal judicial son fundamentales. En el Perú, la implementación de estas medidas ha sido respaldada por políticas estatales y marcos normativos, aunque persisten desafíos en la plena aplicación de estas medidas.

La Regla 52 garantiza que las personas en condición de vulnerabilidad reciban información clara y comprensible sobre su participación en actuaciones judiciales. Esta regla es esencial para asegurar la transparencia y la comprensión de los procesos judiciales por parte de las personas vulnerables. En el contexto peruano, la implementación de esta regla ha implicado la creación de programas de formación y la provisión de materiales informativos adaptados. No obstante, la efectividad de estas medidas depende en gran medida de la sensibilización y capacitación continua del personal judicial.

La Regla 53 extiende el derecho a la información detallada y relevante a las personas vulnerables que son parte en un proceso judicial. Esto incluye la información sobre la asistencia y el apoyo, los derechos procesales, y el acceso a los servicios jurídicos gratuitos. En el Perú, la implementación de esta regla ha involucrado la colaboración con organizaciones no gubernamentales y la Defensoría del Pueblo para asegurar que las personas vulnerables estén bien informadas y apoyadas; sin embargo, la eficacia de estas medidas puede variar según la religión y los recursos disponibles.

La Regla 58 enfatiza el derecho de las personas en condición de vulnerabilidad a entender y a ser entendidas en el ámbito judicial, reconociendo la importancia de la comunicación efectiva en los

procesos judiciales, especialmente para aquellos con barreras debidas a su vulnerabilidad (Castro, 2020). Esta regla establece que se deben adoptar medidas para reducir las dificultades de comunicación y asegurar que las personas comprendan plenamente el alcance de las acciones judiciales en las que participan. Además, destaca la importancia de garantizar que estas personas puedan expresarse y ser comprendidas durante el proceso judicial, lo cual puede requerir el uso de herramientas de comunicación alternativas, como intérpretes de lenguaje de señas o mediadores (Castro, 2020). La Regla 58 subraya la necesidad de una comunicación inclusiva y accesible en el sistema judicial, reconociendo el derecho de todas las personas a comprender y participar plenamente en los procesos legales que les conciernen.

La Regla 77 se centra en la accesibilidad física a los edificios judiciales, destaca la importancia de eliminar las barreras arquitectónicas para las personas con discapacidad. Esta regla aboga por la adecuación de la infraestructura judicial para garantizar que todas las personas puedan acceder y permanecer en los espacios judiciales de manera segura y cómoda. En el Perú, la adaptación de los edificios judiciales ha sido una prioridad, aunque la implementación plena enfrenta desafíos debido a limitaciones presupuestarias y lógicas.

Con respecto a un análisis detenido sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, es necesario comentar el Decreto Legislativo 1384 que reconoce y que regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, y que establece importantes disposiciones relacionadas con la protección y el ejercicio de derechos para este grupo de personas.

El artículo 45-A del decreto establece la figura de los representantes legales para las personas con capacidad de ejercicio restringida, quienes ejercerán los derechos de acuerdo con las normas sobre patria potestad, tutela o curatela. Esta disposición busca garantizar una

adecuada protección legal para aquellos que, debido a su condición, requieren de asistencia en la toma de decisiones.

Por otro lado, el artículo 45-B aborda la designación de apoyos y de salvaguardias. Destaca la posibilidad de que las personas con discapacidad designen apoyos y salvaguardias, ya sea de forma judicial o notarial, permitiendo así que puedan contar con la asistencia necesaria para garantizar el ejercicio de sus derechos.

El artículo 1976-A establece la responsabilidad de la persona con apoyo en sus decisiones, siendo responsable incluso de aquellas tomadas con dicho apoyo, con la posibilidad de repetir contra él. No obstante, se aclara que las personas con capacidad de ejercicio restringida no son responsables por decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que actúen con dolo o culpa.

Finalmente, el artículo 119-A reconoce el derecho de las personas con discapacidad a contar con ajustes razonables y ajustes de procedimiento en todos los procedimientos judiciales, lo que asegura su participación efectiva en el sistema judicial. Estas disposiciones del Decreto Legislativo 1384 son fundamentales para garantizar la igualdad de condiciones y la protección de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito legal y judicial.

Las Reglas de Brasilia y el Decreto Legislativo 1384 se complementan y refuerzan mutuamente en el objetivo de garantizar el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Ambos instrumentos reconocen la necesidad de eliminar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad para participar en los procesos judiciales y establecen medidas concretas para lograrlo. La definición de discapacidad en el Decreto Legislativo 1384 es compatible con la definición establecida en las Reglas de Brasilia, al reconocer el carácter multidimensional de la discapacidad, y la influencia del entorno social y económico. Tanto las Reglas de Brasilia como el Decreto Legislativo

1384 enfatizan la importancia de la accesibilidad del sistema judicial para las personas con discapacidad. Ambos instrumentos reconocen el derecho de las personas con discapacidad a recibir información clara y comprensible.

6. PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las personas con discapacidad, especialmente las personas ciegas y sordas, enfrentan barreras significativas para acceder a la justicia de manera efectiva. La Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, establece claramente que la falta de intérpretes de lengua de señas o subtítulos en programas informativos, educativos y culturales transmitidos por televisión es considerada una infracción grave (Tapara, 2020). Sin embargo, es irrisorio que esta falta sea solo una infracción, especialmente cuando las Reglas de Brasilia exigen el derecho a un intérprete como parte fundamental del acceso a la justicia para las personas con discapacidad auditiva.

La omisión de proporcionar un intérprete adecuado no solo constituye una violación al derecho de defensa y al debido proceso, sino que también afecta negativamente la legalidad de las decisiones judiciales. La falta de un intérprete adecuado compromete la garantía del derecho de defensa y el acceso a un proceso justo, lo que puede llevar a la declaración de nulidad de ciertas actuaciones judiciales, según lo establecido en el Código Procesal Penal.

Es imperativo que se garanticen los servicios de interpretación adecuados y efectivos para las personas con discapacidad auditiva y visual, como parte esencial del acceso a la justicia y del respeto al debido proceso legal. Esto no solo implica cumplir con lo establecido en la ley, sino también con los estándares internacionales de derechos humanos que promueven la igualdad y la equidad en el acceso a la

justicia para todas las personas, independientemente de sus capacidades o discapacidades.

El acceso a la justicia para las personas con discapacidad sigue siendo un desafío significativo en el sistema judicial actual. A pesar de los avances en la legislación y las políticas destinadas a garantizar la igualdad de acceso, aún persisten barreras que obstaculizan el ejercicio pleno de los derechos legales para este grupo vulnerable. Dos casos recientes ocurridos en los juzgados de paz letrado de Lima ilustran claramente estas dificultades y ponen de manifiesto la necesidad de una reflexión más profunda sobre las medidas políticas adoptadas hasta el momento.

El primer caso involucra a un demandante ciego que buscaba exonerarse del pago de una pensión alimenticia. Si bien este individuo tiene derecho a acceder a la justicia en igualdad de condiciones como cualquier otra persona, se enfrenta a una serie de obstáculos que ponen en tela de juicio la efectividad de las políticas existentes. La falta de un sistema que identifique automáticamente los casos relacionados con personas con discapacidad resulta en una falta de atención adecuada a las necesidades específicas de este grupo. Además, la ausencia de servicios de apoyo para la movilidad y la comunicación impide que el demandante participe plenamente en el proceso judicial (Expediente n.º 890-2023-0-1801-JP-FC-09).

El segundo caso involucra a una persona sorda que denuncia haber sido agredida, pero encuentra obstáculos insuperables en su búsqueda de justicia. La falta de recursos para personas con discapacidad auditiva en el poder judicial se hace evidente cuando el juez exige al demandante que presente su propio intérprete. Esta exigencia, si bien puede parecer razonable en principio, ignora las realidades socioeconómicas y las limitaciones de acceso a recursos para personas con discapacidad. La incapacidad del demandante para proporcionar

un intérprete conduce a la negación de la justicia y refleja la falta de consideración de las necesidades específicas de este grupo vulnerable (Expediente n.º 532-2022-0-1801-JP-PE-10).

En ambos casos, se evidencia la desconexión entre las medidas políticas adoptadas y las necesidades reales de las personas con discapacidad en el acceso a la justicia. Si bien las Reglas de Brasilia ofrecen pautas valiosas para garantizar la igualdad de acceso, es evidente que aún queda mucho por hacer. Por ejemplo, el derecho a un intérprete, presente en las Reglas de Brasilia, es fundamental para garantizar la igualdad de acceso a la justicia para personas con discapacidad auditiva. Sin embargo, este derecho solo tiene valor si se proporcionan los recursos necesarios para hacerlo efectivo. La falta de intérpretes disponibles en el Poder Judicial revela una brecha significativa entre la teoría y la práctica, y subraya la necesidad de una mayor inversión en servicios de apoyo para las personas con discapacidad.

En resumen, estos casos destacan la importancia de abordar las barreras sistémicas que impiden el acceso equitativo a la justicia para personas con discapacidad. Si bien se han realizado avances significativos en la promoción de la igualdad de acceso, queda claro que aún queda mucho por hacer. Es necesario un enfoque más integral que no solo aborde las necesidades inmediatas de las personas con discapacidad, sino que también aborde las causas subyacentes de la discriminación y la exclusión en el sistema judicial. Solo, entonces, podremos garantizar que todas las personas, independientemente de sus capacidades, puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones.

7. CONCLUSIONES

El camino hacia una justicia verdaderamente equitativa y accesible para todas las personas, especialmente aquellas con discapacidad

auditiva y otras poblaciones vulnerables, requiere de un compromiso continuo, y acciones concretas por parte del Estado peruano y de todos los actores involucrados en el sistema judicial. La implementación efectiva de medidas que aseguren el acceso efectivo a la justicia para las Personas con Discapacidad (PCD) no solo es un mandato legal, sino también un imperativo ético y social que refleja nuestra responsabilidad colectiva de garantizar la igualdad de oportunidades y el respeto a la dignidad humana.

A partir del análisis realizado sobre las normativas internas aprobadas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial como el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad, las Reglas de Brasilia y el Decreto Legislativo 1384, se proponen las siguientes recomendaciones para garantizar un acceso efectivo a la justicia para las personas con discapacidad en el Perú:

1. Fortalecer la capacitación de los operadores de justicia:

- Implementar programas de capacitación continua y obligatoria para jueces, fiscales, abogados, defensores públicos y demás operadores de justicia en materia de derechos de las personas con discapacidad, incluyendo el Protocolo de Atención Judicial para Personas con Discapacidad, las Reglas de Brasilia y el Decreto Legislativo 1384.
- Incluir contenidos específicos sobre discapacidad en las mallas curriculares de las facultades de Derecho y Ciencias Jurídicas.
- Promover el intercambio de experiencias y buenas prácticas entre los operadores de justicia a nivel nacional e internacional.

2. Garantizar la disponibilidad de recursos y servicios que faciliten la participación de las personas con discapacidad en los procesos judiciales:

- Contratar e implementar un servicio de interpretación de lengua de señas en todos los juzgados y tribunales del país, garantizando la presencia de intérpretes calificados en todas las audiencias y diligencias judiciales.
- Permitir la participación de perros guía y otros animales de asistencia en los espacios judiciales, de acuerdo con las normas establecidas.
- Capacitar al personal judicial en el uso de herramientas de comunicación alternativa y aumentativa para facilitar la interacción con personas con discapacidades del habla o la comunicación.

3. Establecer mecanismos de monitoreo y evaluación para garantizar la implementación efectiva de las medidas propuestas:

- Crear una comisión o instancia encargada de monitorear y evaluar el cumplimiento de las medidas propuestas, incluyendo la capacitación de operadores de justicia, la eliminación de barreras físicas y arquitectónicas, la disponibilidad de recursos y servicios, y la realización de campañas de sensibilización.
- Recopilar datos e indicadores sobre el acceso efectivo a la justicia para las personas con discapacidad, identificando los avances, desafíos y áreas de mejora.
- Elaborar informes periódicos sobre el estado de implementación de las medidas propuestas y compartirlos con las autoridades competentes, la sociedad civil y las personas con discapacidad.

REFERENCIAS

- Blouin, C. (2016, 13 de octubre). El derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el Perú: Avances y desafíos a la luz de la normativa vigente. *Parthenon*. <https://www.parthenon.pe/publico/internacional-publico/el-derecho-de-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-con-discapacidad-en-el-peru-avances-y-desafios-a-la-luz-de-la-normativa-vigente/>
- Castro, M. F. (2020). Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. En Tello Gilardi, J. y Calderón Puertas, C. (comps.), *Reglas de Brasilia: justicia que protege a las poblaciones vulnerables* (pp. 151-168). Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, Fondo Editorial del Poder Judicial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1c80bf8040231132aeb9bf6976768c74/Reglas+de+Brasilia+justicia+que+protege+a+las+poblaciones+vulnerables_web.pdf?MOD=AJPERES
- Decreto Supremo n.º 007-2021-MIMP. Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (5 de junio de 2021). <https://www.gob.pe/institucion/mimp/normas-legales/1953329-007-2021-mimp>
- De Robledo, A. P. y Del Valle, R. A. (2017). Derechos humanos y acceso a la justicia de las personas con discapacidad. <https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/546149>
- Expediente n.º 532-2022-0-1801-JP-PE-10. (2022). Poder Judicial de Perú.
- Expediente n.º 890-2023-0-1801-FC-09. (2023). Poder Judicial del Perú.

- Federación Iberoamericana del Ombudsman-FIO (2018). Orientaciones para la implementación y el fortalecimiento del mecanismo de supervisión de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad por parte del ombudsman. <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2349>
- Ferrero, E. (2021). El lenguaje jurídico como barrera para el acceso a la justicia de personas con discapacidad. *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 11(2), 3-16 (julio-diciembre). <https://ojs.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/5960>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019, 25 de julio). Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad, 2017. <https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-pais-existen-3-millones-209-mil-261-personas-con-discapacidad-11687/>
- Ley n.º 29973. Ley General de la Persona con Discapacidad. Congreso de la República Poder Legislativo (24 de diciembre de 2012). <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29973.pdf>
- Martín Pérez, J. A. (2022). Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y ajustes de procedimiento. *Derecho Privado y Constitución*, 40, 11-53. <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.40.01>
- Noles, M. y Guerrero, R. (2020). La discapacidad en emergencia: una aproximación a las medidas adoptadas por el Estado peruano frente a la pandemia. *IUS ET VERITAS*, (61), 68-77. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202002.004>
- Piscoya, A. E. (2020). *Políticas públicas entorno a los derechos de las personas con discapacidad auditiva en la región Lambayeque: Deficiente gestión de recursos para la atención básica en los centros primarios de salud, que genera una barrera comunicacional y de accesibilidad a la prestación del servicio de calidad*. [Tesis para optar al título profesional de Politólogo, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/9923>

- De Araoz, I. (2018). Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual o del desarrollo. *Plena Inclusión España*. http://riberdis.cedid.es/bitstream/handle/11181/5614/Acceso_a_la_justicia_ajustes_procedimiento.pdf?sequence=1&rd=0031344256404459
- Resolución Administrativa n.º 000068-2024-CE-PJ. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (12 de marzo de 2024).
- Resolución Administrativa n.º 114-2022-CE-PJ. Directiva de procedimiento virtual de restitución de capacidad jurídica de la persona con discapacidad, reconocimiento y designación judicial de apoyos, salvaguardias (29 de marzo de 2022).
- Resolución Administrativa n.º 066-2200-CE-PJ. Directiva de Alerta Judicial para personas con discapacidad (12 de febrero de 2020).
- Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ. Reglamento de transición al sistema de apoyos y salvaguardias, en observancia al modelo social de la discapacidad (23 de enero de 2019).
- Resolución Administrativa n.º 010-2018-CE-PJ. Protocolo de Atención Judicial para personas con discapacidad (10 de enero de 2021).
- Rosas Ccama, M. F. (2020). *El mecanismo de las aportaciones compartidas en aplicación a las personas con discapacidad en el sistema privado de pensiones del Perú a la luz del principio de discriminación positiva* [Tesis para optar al Título Profesional de Abogado, Universidad Católica San Pablo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12590/16301>
- Salazar Soplapuco, J. L. (2022). 100 Reglas de Brasilia: Propuestas para asegurar el derecho de acceso a la justicia de las personas en condiciones de pobreza. *Rev. investig. cient. Erga omnes*, 2(1), 1-21. <https://revistas.unh.edu.pe/index.php/rceo/article/view/87/1012>

- Seda, J. A. (2015). Aspectos procesales y acceso a la justicia de personas con discapacidad. Análisis crítico de las Cien Reglas de Brasilia. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal (RLADP)*. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1551>
- Tapara, J. A. (2020). *Aplicación de la ley n.º 29973 – Ley general de la persona con discapacidad y la protección de los derechos fundamentales, en el distrito de Wanchaq periodo 2017-2018* [Tesis para optar al título profesional de Abogado, Universidad Andina del Cusco]. <https://repositorio.uandina.edu.pe/handle/20.500.12557/4025>
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

La autora declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

La autora agradece los alcances brindados por Sujey Abarca Lleellish. También, es oportuno señalar nuestro reconocimiento por sus observaciones y revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

Yeniva Isabel Lleellish Juscamayta es bachiller por la Universidad Nacional Federico Villarreal, titulada en la Universidad Inca Garcilaso

de la Vega, egresada de la Segunda Especialidad en Docencia Superior y Universitaria de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Es Economista por la Universidad Nacional del Callao. Es egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Se desempeñó como Fiscal Adjunto Provincial de la Segunda Fiscalía Penal Corporativa de Lima - Breña - Rímac - Jesús María Segundo despacho. Actualmente, se desempeña como Juez de Paz Letrado del Noveno Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Correspondencia

yllellish@pj.gob.pe



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 219-277

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.980>

La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la seguridad ciudadana. Una justicia sin rostro humano no es justicia

The Prevention of Juvenile Delinquency is an Essential Part of Public
Safety. A Justice without a Human Face is not Justice

A prevenção da delinquência juvenil é uma parte essencial da
segurança pública. Justiça sem um rosto humano não é justiça

HÉCTOR MANUEL VILLALOBOS MENDOZA

Corte Superior de Justicia de la Selva Central
(La Merced, Perú)

Contacto: hvillalobos@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0008-3291-6044>

RESUMEN

Los niños y los jóvenes son nuestro porvenir y el tesoro de la nación; por ello, es primordial otorgarles una especial atención y consideración. Debe optarse por medidas que estén destinadas a la prevención de la infracción por parte de los menores y los jóvenes, no solo cuando se haya promovido una investigación por infracción a la ley penal. Una situación de vulnerabilidad puede presentarse cuando se encuentran en un estado de debilidad e incapacidad para ejercitar con plenitud sus

derechos ante la instancia correspondiente para acceder a la justicia. Tenemos el deber de servir con singular determinación y forjar las alianzas estratégicas con los todos entes del Estado para realizar políticas públicas y actividades de prevención a favor de nuestra niñez y juventud. Eso nos dará mayor seguridad ciudadana, mayor tranquilidad, mayor disfrute y goce de los derechos fundamentales para todos.

Palabras clave: niño; situación de vulnerabilidad; seguridad ciudadana; prevención del delito.

Términos de indización: niño; grupo desfavorecido; seguridad humana; prevención del crimen (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

Children and youth are the future, they are our destiny, and they are the nation's treasure. They require special attention, and their consideration is of paramount interest. This priority in decision-making should not be focused on only when an investigation for criminal law infringement has been initiated; on the contrary, measures aimed at preventing infringement should be opted for. The situation of vulnerability may arise when accessing justice, especially when there is a situation of weakness and incapacity to fully exercise their rights before the relevant authority. We must serve with singular determination and forge strategic alliances with state entities to carry out prevention policies and activities. Greater citizen security leads to greater tranquility, greater enjoyment, and fulfillment of rights.

Key words: child; vulnerability situation; citizen security; crime prevention.

Indexing terms: child; disadvantaged groups; citizen security; crime prevention (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

As crianças e os jovens são o nosso futuro e o tesouro da nação; portanto, é de suma importância dar-lhes atenção e consideração especiais. Devem ser escolhidas medidas que visem à prevenção de delitos cometidos por crianças e jovens, e não apenas quando for iniciada uma investigação sobre um delito contra a lei penal. Uma situação de vulnerabilidade pode surgir quando eles estiverem em um estado de fraqueza e incapacidade de exercer plenamente seus direitos de acesso à justiça. Temos o dever de servir com determinação singular e forjar alianças estratégicas com todas as entidades do Estado para realizar políticas públicas e atividades de prevenção em favor de nossas crianças e jovens. Isso nos proporcionará maior segurança cidadã, maior paz de espírito, maior gozo e fruição dos direitos fundamentais para todos.

Palavras-chave: crianças; vulnerabilidade; segurança pública; prevenção de crime.

Termos de indexação: criança; grupo desfavorecido; segurança humana; prevenção de crimes (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 01/04/2024

Revisado: 04/04/2024

Aceptado: 13/06/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

Como flechas en manos del guerrero
son los hijos de la juventud.
Salmos 127, 3

1. INTRODUCCIÓN

Es una noche de insomnio porque ayer declaramos fundado el requerimiento de prisión preventiva contra una persona de veintidós años, condenamos a un joven de veinte años por robo agravado y declaramos absuelto de la acusación fiscal a un procesado por el delito de hurto agravado. Uno mira a su alrededor, a su entorno más cercano, a su familia y se pregunta: ¿Basta cumplir nuestro rol como magistrado para sentir que cumplió con el deber?, ¿es posible hacer algo más?, ¿es suficiente con imponer una sanción o condenar o absolver?, ¿basta resolver los casos de nuestra competencia para estar en paz?

Pasan noches de reflexión y días en búsqueda de respuestas, pero nada se me ocurre. Hace más de diecinueve años desde que inicié con un pequeño grupo de personas, hoy dignos magistrados y dignas magistradas, el Proyecto «La Justicia más cerca de ti»¹ que consistía en dar charlas en las instituciones educativas acerca de variados temas jurídicos: «El proceso de alimentos», «El sistema de justicia y el rol de las instituciones», «El proceso penal», «La dignidad de la persona humana», entre otros. Realizamos nuestras discusiones en la hora de almuerzo o fuera del horario de trabajo. La satisfacción obtenida era invalorable. En mi caso, me sentías bien, pues encontraba luz en la oscuridad. El grupo sentía que servía a la comunidad, si bien era poco lo que hacíamos, eran ladrillos en el edificio de la vida por lo que continuamos, perseveramos y muy pronto más personas se unieron a

1 Resolución Administrativa n.º 047-2007-CE-PJ, Lima, 23 de febrero de 2007 y la Resolución Administrativa n.º 115-2008-P-CSJU/PJ, Huancayo, 3 de marzo del 2008.

nuestro grupo. Se logró masificar esta buena práctica y en la ciudad de Lima, en muy similar experiencia, un grupo de magistrados hicieron lo propio desarrollando y dictando charlas en los colegios. Como está escrito, nada nuevo existe bajo el sol, denominaron al proyecto «La justicia en tu comunidad», «La justicia en tu colegio». Gracias a nuestros líderes visionarios, personas sensibles con el sentir de su sociedad, lo convirtieron en pilar de nuestra institución, siendo actualmente una de las comisiones más emblemáticas del Poder Judicial.

A pesar de ello, y de que se proseguía con esta actividad, mi espíritu no se sentía conforme. La noble misión de ser magistrado nos lleva a resolver los conflictos, a dar a cada uno lo suyo, a decidir diariamente en uno u otro sentido, si «absolver o condenar», «declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva o dictar comparencia con restricciones», «dictar internamiento o dictar una medida socioeducativa no privativa de libertad a favor de un adolescente infractor». Nuestra labor es diaria y tesonera; esta misión titánica que el[a] magistrado [a] realiza en su diario quehacer no es ajena a su condición de persona, sentimientos y emociones, pues como todo ser humano tiene familia. No es posible resolver un caso y después olvidarse de los rostros, del sentimiento que provocó nuestro fallo en el interno[a], de las palabras expresadas por las personas juzgadas o por su familia. Todo ello queda en nuestro corazón y en nuestra mente. Es necesario continuar, seguir resolviendo, pero la reflexión y el silencio se hace parte de nuestra búsqueda de respuestas a las preguntas no contestadas. Todo esto nos inquieta y agobia; pero es necesario proseguir, pues mañana será un nuevo día.

Releemos cómo habíamos enfocado nuestra anterior experiencia, cuál fue nuestro punto de partida y el enfoque que le habíamos dado. El fin que buscamos fue acercarnos a los jóvenes, capacitarlos, redireccionar su conducta, hacerles conocer el sistema de justicia y empoderarlos. En definitiva, queremos invitarlos a reflexionar en los

dilemas que se presentan en la vida, hacerlos mejores personas y buscar su bienestar. Estas ideas surcaban mi mente, cómo enfocar y manejar una nueva buena práctica, hacerla viable y útil, que pueda ser replicada, que no genere mayor costo, y sobre todo que el beneficio redunde en el bienestar de nuestra comunidad y en la mejora de imagen de nuestra amada institución. Consideré mi la experiencia como magistrado y sobre todo de haber laborado en la provincia de Satipo –considerada zona VRAEM²– con alta incidencia en procesos de narcotráfico y con significativa presencia del terrorismo. No soy ajeno a su realidad, a la violencia familiar que allí se vive, así como a los delitos de sicariato, de robo agravado, de corrupción de funcionarios, de violación sexual principalmente de menores de edad y de tráfico ilícito de drogas, entre muchos otros.

Nítidamente recordaba algunas experiencias en el desempeño de la función, como de aquella niña de doce años que en una diligencia de inspección judicial se aferró a mi brazo al ver a su agresor, temblaba y balbuceando me pedía que no la soltara, y que esa persona no se acercara; o tal vez de aquel estudiante de una región de la sierra que vino a esta parte de la selva a trabajar en sus vacaciones para comprar sus útiles y que fue obligado a transportar droga en su mochila, que manifestaba que solo había venido a trabajar, que no tenía padre y que su intención era comprar sus útiles, porque su madrecita no tenía plata y ellos eran varios hermanos; o de aquella niña que vendía caramelos y que al verla desvalida y vulnerable un sujeto despreciable, aprovechando de su necesidad y con engaños la llevó a un hotel, y la violó atrocemente; o de aquel interno joven que habiendo transcurrido más de la mitad de la pena, clamaba por

2 Decreto Supremo n.º 0132-2023-PCM de fecha 5 de diciembre de 2023. Prórroga del Estado de Emergencia en distritos de las provincias de Huanta y La Mar del departamento de Ayacucho; de la provincia de Tayacaja del departamento de Huancavelica; de la provincia de La Convención del departamento de Cusco; de las provincias de Satipo, Concepción y Huancayo del departamento de Junín.

libertad, pero al tener dos sentencias con pena privativa de libertad efectiva le fue denegada. El semblante de cada una de estas personas es tan nítido que se agita mi interior y me exige hacer, gestar o iniciar algo que enseñe o fortalezca el conocimiento del sistema penal en las instituciones educativas. Es urgente realizar labores de prevención, porque aquellos que han tenido una experiencia traumática por un delito cometido en su contra, es difícil que lo superen si no recurren a terapias; estas vivencias marcan la vida, la destruyen y aniquila, en algunos casos, el proyecto de vida. Por otro lado, aplicar la ley sin considerar los principios constitucionales y la calidad de persona humana quitan la esperanza, y muchas veces convierten a la justicia en crueldad, en persecución, porque se estigmatiza al sujeto y no se da esa nueva oportunidad tan clamada, tan suplicada, tan llorada.

Cómo seguir resolviendo los casos que involucran nuestra competencia y no hacer algo más; cómo olvidar los gestos, el semblante desencajado; cómo olvidar las peticiones de clamor «ayúdame», «por favor, dame una nueva oportunidad», «no sabía», «no conocía», «nadie me orientó, nadie me enseñó», «no me hacen caso, no me creen». Por demás está decir que así como estas experiencias hay muchas más, están los lamentos de los adolescentes que manifiestan con sentida ira «no nos escuchan», «en este lugar cualquier cosa nos puede pasar», «nadie hace nada», entre otros. No podemos ser indiferentes ante su reclamo, ante su clamor. Estas son palabras que retumban en mi mente y en mi corazón.

En estos años de ejercicio de la magistratura, cuántas veces me habré equivocado, de cuánto de hacer lo justo y aplicar la ley no habré caído en la crueldad. Aflora en mí un sentimiento de culpa que me desvela y atormenta. Tenemos que hacer el extra, lo diferente a lo ordinario. ¿Qué es ese algo más? No podemos caer en la indiferencia. Me pregunto: «si los otros no lo hacen o no está dentro de mi rol

¿por qué hacerlo?, ¿de qué me va a servir realizar el proyecto?» No pasemos indiferentes ante la injusticia, el abuso, el abandono y la indolencia, o el desconocimiento de lo más elemental como son los derechos humanos. No olvidemos que la justicia es un servicio básico y fundamental de todo ser humano. La omisión no nos exime de responsabilidad, si estuvo en nuestras manos realizar un acto de justicia. En algún momento rendiremos cuentas de nuestra acción. Por ello, no seamos una voz que clama en el desierto, en la que solo existe silencio y soledad, donde no hay respuesta y solo eco, y solo se encuentra la indiferencia de las autoridades. La voz de nuestros adolescentes y jóvenes debe ser escuchada y atendida.

Continuamos investigando y reflexionando. Recordé haber leído hace muchos años la experiencia que se venía dando en EE. UU. de llevar a adolescentes que tenían conductas disfuncionales a los centros penitenciarios, donde los internos les daban su testimonio de vida; también, los adolescentes interactúan con los funcionarios de dicha institución. Esta experiencia generó un cambio en la conducta de los adolescentes; se direcciona y enfoca toda la energía hacia un destino mejor en busca del bienestar de la persona, les generaba un cambio de actitud, un cambio en el rumbo de sus vidas. Me preguntaba si era suficiente coordinar para que internos que venían cumpliendo su condena pudieran dar su testimonio de vida o si solamente con llevar a un grupo de jóvenes a los centros penitenciarios para que conozcan los ambientes y reciban charlas y orientaciones se cumplía el objetivo y finalidad; o si era posible incorporar a otras instituciones para que los estudiantes puedan tener una experiencia vivencial y una visión de manera global y en conjunto del sistema de justicia; si es posible hacer un recorrido desde el momento en que se tiene conocimiento de la *notitia criminis* por todas las instituciones que participan en la investigación del delito. Estas y otras preguntas surcaban mi mente, y en la reflexión buscaba respuestas. Poco a poco,

el destello fue tomando forma, haciéndose más intensa su luz, había más fortalezas que debilidades para ponerlo en marcha. Llegamos a la conclusión de que era menester incorporar a otras instituciones en esta nueva buena práctica, a la Policía Nacional, Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Instituto de Medicina Legal, Instituto Nacional Penitenciario, y Defensoría del Pueblo.

De algo estaba seguro, nada es posible realizar en solitario; se podían lograr resultados, pero estos serían mínimos en el mejor de los casos. En un mundo globalizado, se requería tender puentes, convocar a las instituciones para iniciar y dar forma y sustento a la idea; solo la articulación, el engranaje con las otras instituciones y la búsqueda de un bien común podrían dar resultados al menos satisfactorios en cantidad y calidad.

En esa consideración, lo reflexionado y las ganas de realizarlo no podían quedar en ideas o pensamientos insatisfechos; no podía quedarse en buenas intenciones y esto exigía ponerse a trabajar y trabajar duro, empezando por convocar a las instituciones aliadas para dar a conocer nuestro plan de trabajo, despejar las dudas, y de ser el caso buscar soluciones, vías y caminos para superar los inconvenientes y obstáculos que se presentaran.

No seamos el barquero que transporte a nuestra niñez a la otra orilla, a esa orilla de muerte, de injusticia, de indiferencia, de conformismo y de abuso; a esa orilla donde ya no queda esperanza, donde el dolor se conjuga con la soledad y la hace un modo de vida, donde solo existe la penumbra, el dolor y la aflicción. Debemos llevarlos a esa orilla donde exista la esperanza, las oportunidades, la fraternidad, la solidaridad, el amor a la vida y a la justicia, donde su voz sea escuchada y tengan su espacio, donde la justicia sea un servicio tan igual como lo es la salud y la educación, donde se respete la ley

y sobre todo la firme convicción de sus autoridades de cumplirla y hacerla cumplir.

El compromiso estaba hecho y había que cumplirlo.

2. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS SON UNIVERSALES

La ley que está hecha para el bien común. Nuestra realidad económica, social, política y cultural nos exige una mirada distinta y particular hacia el ciudadano en atención a sus condiciones personales y particulares. En esa consideración, las Cien Reglas de Brasilia, los Tratados Internacionales, la Carta Magna y la Ley hacen imperativa su aplicación.

En los tratados internacionales y leyes se ha escrito y plasmado la importancia que tienen los niños³ para el mundo.

La Declaración de Ginebra⁴ invoca a prestar una atención preferente y primordial al niño o niña; en uno de sus hermosos contenidos sabiamente dice que «deben ser el primero». El garantizar el respeto y protección del menor, buscar su bienestar, su crecimiento

3 La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, prescribe en el «Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> en adelante nos referiremos a los menores de dieciocho años como «niños».

4 La Declaración de Ginebra, PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, 26 de septiembre de 1924, señala: Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia: 1. El niño ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente. 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser estimulado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero [...]. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf

espiritual y personal tiene un fin legítimo y una necesidad social elemental que debe ser cubierta, así que la consecución y logro de la satisfacción de sus derechos y de su bienestar general debe ser «el primero» como política pública del Estado.

En esa línea, la Declaración de los Derechos del Niño,⁵ aprobada el 20 de noviembre de 1959, en el principio II resalta:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño,⁶ suscrita por el Perú en 1990, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3 señala:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

5 La Declaración de los Derechos del Niño. [https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/#:~:text=El%2020%20de%20noviembre%20de,la%20Resoluci%C3%B3n%201386%20\(XIV\)](https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/#:~:text=El%2020%20de%20noviembre%20de,la%20Resoluci%C3%B3n%201386%20(XIV))

6 Convención sobre los Derechos del Niño suscrita por el Estado peruano el 26/01/1990. Aprobada por Resolución Legislativa 25278, publicada el 04/08/1990. Instrumento de ratificación depositado el 04/09/1990 ante el Secretario General de la ONU. Entra en vigencia en el Perú: 04/10/1990, de conformidad con el artículo 49 de la CDN. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

La jurisprudencia convencional ha enfatizado que:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.⁷

En esa consideración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH o Corte– señaló que «el niño es un individuo vulnerable, cuya fragilidad física y falta de madurez son las variables determinantes de su sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos convencionales»⁸; asimismo, con relación a las mujeres,

7 Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 184.

8 Corte IDH, OC-17/02, precitado, párr. 60, 86-87, 93; Corte IDH, Servellón García et al. vs.

señaló: «pueden adolecer de fragilidad física cuando se encuentran al mismo tiempo sometidas a una situación de fragilidad social o cuando viven en un contexto particular (por ejemplo, los conflictos armados), que las expone a causa de su género, a amenazas o ataques de carácter específicamente sexual»⁹, consolidando que «Esta vulnerabilidad también se ve acrecentada cuando se trata de niñas»¹⁰.

Es evidente que las normas supranacionales y la jurisprudencia convencional destaca el interés superior del niño, como consideración primordial que deben tener los órganos del Estado para la consecución de sus fines. Consolida esta posición la Opinión Consultiva n.º 17-02, de 28 de agosto de 2002:

[...]

58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño¹¹.

Honduras, 21 de septiembre de 2006, párr.116; Corte IDH, Familia Barrios vs. Venezuela, 24 noviembre 2011, párr. 55.

9 CIDH, doc. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1, 7 marzo 2006, Informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos en las Américas, párr. 226-232; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, precitado, párr. 139-141; Corte IDH, Masacre de Río Negro vs. Guatemala, precitado, párr. 59.

10 Corte IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, precitado, párr.134; Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, precitado, párr.103; Corte IDH, Masacres de Río Negro vs. Guatemala, precitado, párr.142, 226; Corte IDH, Plan de Sánchez vs. Guatemala, precitado, párr. 42.18; Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México, precitado, párr. 408.

11 El Comité de Derechos del Niño ha establecido la necesidad de integrar en la legislación, o bien, de efectivizar lo consagrado en la misma, como una de las recomendaciones principales para atender el interés superior del niño, *inter alia*, Informe del Comité de Derechos del Niño

[...]

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades¹². A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

60. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño¹³ establece que éste requiere «cuidados especiales»,

en Paraguay, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en Guatemala, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en República Dominicana, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en Surinam, 2000; Informe del Comité de Derechos del Niño en Venezuela, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Honduras, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Nicaragua, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Ecuador, 1999; e Informe del Comité de Derechos del Niño en Bolivia, 1998.

12 En igual sentido el Principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) estableció lo siguiente: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. Así también el Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo adoptada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994) señala: «El interés superior del niño deberá ser el principio por el que se guíen los encargados de educarlo y orientarlo; esa responsabilidad incumbe ante todo a los padres».

13 La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que «el niño, por su

y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir «medidas especiales de protección». En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

61. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño.

Las medidas especiales que deben adoptarse no deberían estar referidas únicamente cuando al menor se le haya promovido una investigación por infracción a la ley penal, sino también establecer medidas destinadas a la prevención de la infracción.

El Guardián de la Constitucional ha proclamado: «que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Constitución, en cuanto establece que «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente [...]». La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad. Toda medida concerniente al niño y al adolescente que el Estado adopte a través de los poderes, instituciones y órganos constitucionales considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente, *el respeto de sus derechos*. Siendo esta situación de vulnerabilidad y debilidad exige una atención reforzada y prioritaria, en otras palabras, una atención especial y primordial.

falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».

El Convenio 169 de la OIT¹⁴ establece responsabilidades de los Estados, siendo uno de sus pilares básico el respeto a las culturas, que son formas de vida e instituciones tradicionales de las comunidades nativas. En su artículo 2, inciso 1, 2 a y 2 b, prescribe:

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
2. Esta acción deberá incluir medidas:
 - a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
 - b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

En base a esto, cuando se presenten hechos que tengan relevancia penal, sea cuando se trate de promover una investigación o una medida de internamiento o cuando se trate de un proceso penal, la norma prescribe que se deben tener en cuenta sus costumbres, su identidad social y cultural, sus tradiciones, su arraigo y su pertenencia a la comunidad nativa al momento de la pena o la imposición de una medida socioeducativa (artículo 9).

14 Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Por otro lado, las Cien Reglas de Brasilia¹⁵, sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, define a la condición de vulnerabilidad:

Regla 3. Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

La Corte IDH «considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos»¹⁶. La «expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y el ejercicio de sus derechos fundamentales, y de la atención y la satisfacción de sus necesidades específicas»¹⁷. Dicho en otras palabras, un grupo se encuentra en condición de vulnerabilidad cuando encuentra obstáculos o existen especiales dificultades, barreras o circunstancias que impiden que puedan beneficiarse del disfrute y goce de sus derechos.

15 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad - Las Cien Reglas de Brasilia. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 al 6 de marzo de 2008. Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ, Lima, 26 de julio de 2010. Se RESUELVE: Artículo Primero: Se dispone la adhesión del Poder Judicial a la «Implementación de las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad».

16 Sentencia de Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 de julio de 2006, § 103.

17 «Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos, políticas públicas y compromisos internacionales». http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf

La condición o situación de vulnerabilidad puede presentarse en un caso en concreto para acceder a la justicia, cuando se presenta una situación de debilidad, de fragilidad e incapacidad para ejercitar con plenitud, totalidad e integridad sus derechos ante la instancia correspondiente. En posición o circunstancia de condición de vulnerabilidad, la Corte IDH, de manera contundente, reiteró que «no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre»¹⁸. En relación con ello, sería legítimo y legal tener en consideración estas condiciones de vulnerabilidad para adoptar medidas positivas de aplicación, e interpretación de los principios y valores que enaltece y proclama la Carta Fundamental, en mayor medida que la Ley exige una especial atención y preferente en los casos de los niños.

En la Regla 4 –100 Reglas de Brasilia–, se establece que:

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

En ese sentido, precisa que pueden constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad (Regla 5), la discapacidad (Regla 7), la

18 Sentencia de Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 de julio de 2006, § 103.

pertenencia a comunidades indígenas o a minorías (Regla 9), la pobreza (Regla 15), el género (Regla 17).

En la Regla 5 relativa a la edad, párrafo segundo, prescribe: «Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo».

El niño no solo estaría en condición de vulnerabilidad por la edad, sino esta se acrecentaría por circunstancias particulares que reflejen aún más su fragilidad y debilidad (niño abandonado, niño huérfano, niño integrante de una familia monoparental), que no le permitan tener soporte emocional, circunstancia especial que debe ser ponderada para establecer las medidas adecuadas o los cuidados especiales a su favor. Estas medidas podrían ser la evaluación psicológica y el apoyo emocional, registro en los programas sociales, trámites y obtención de su Documento Nacional de Identidad, si carece de ello, entre otros.

En relación con la fragilidad social, Chapman y Carbonetti señalan que «La fragilidad social –sensibilidad social ante la amenaza– es definida como el conjunto de características económicas, jurídicas, políticas, etc., de un individuo o grupo de individuos que lo ponen en situación de desventaja en un momento dado». De hecho, la fragilidad social es altamente sensible a las políticas públicas del Estado y su transformación a partir de ellas es altamente deseable¹⁹. Esta situación de desventaja y falta de oportunidades de un grupo de individuos frente a otros generan una situación de desarmonía o descontento social; si a ello sumamos la pobreza (medio en el que desarrolla su vida), la precariedad de los servicios básicos (agua potable, desagüe,

19 Chapman y Carbonetti hablan de *variable statute* en su enfoque de la tipología de la vulnerabilidad en el seno de las Naciones Unidas, p. 706 cit. en *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología*, de Rosmerlin Estupiñán-Silva, Universidad París I, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39780.pdf>

energía eléctrica, alimentación, educación), el no disfrute de sus derechos básicos y elementales, se agudiza el riesgo social y está latente de ser captado por personas que se encuentran al margen de la Ley.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoció que la pobreza extrema atenta contra el derecho fundamental a la vida y determinó los derechos humanos que son esenciales para la protección del derecho a la vida (la alimentación, el agua potable, la salud). Por su parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, consideró que la pobreza extrema constituye un atentado contra la dignidad humana, determinable en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

No es ajeno a la realidad del poblador de la selva –comunidades nativas– y sierra –comunidades campesinas– la pertenencia a su forma de vida, a sus tradiciones. La falta de carreteras, el difícil acceso a las comunidades, la enorme distancia que existe entre la comunidad y los distritos más cercanos no debe constituir en una barrera u obstáculo para acercarnos, capacitarlos y darles a conocer sus derechos, sino debe ser considerado como una prioridad su capacitación. Es así como la Regla 42 reza «Proximidad, se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación». Estos lugares de difícil acceso incrementan la condición de vulnerabilidad, pues transportarse de un lugar a otro genera gasto de tiempo y dinero, lo que repercute de manera negativa en su precaria economía. «Los individuos pertenecientes a los pueblos indígenas y a los pueblos tribales son considerados como personas vulnerables debido a su identidad étnica y cultural minoritaria, que aumenta el riesgo de que vean amenazados

sus derechos en el seno de una sociedad mestiza»²⁰. Esta condición de vulnerabilidad ha sido reconocida por la Corte «Sus pueblos, más allá de los individuos, son igualmente reconocidos como portadores de una condición de vulnerabilidad dentro de los Estados del sistema interamericano»²¹.

3. MARCO NORMATIVO PARA ESTABLECER MEDIDAS ESPECIALES A FAVOR DE LOS NIÑOS

La Convención, numeral 2, artículo 6, prescribe:

2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Por otro lado, establece que «Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación» –artículo 32.1–, asimismo, como obligación del Estado, la Convención establece que se adoptarán «medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas», de igual forma «impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de drogas –artículo 33–, aunado a ello, se establece el «compromiso a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales», y en el artículo 40 se aborda lo referente a la «Administración de Justicia de Menores».

20 Corte IDH, Chitay Nech et al. vs. Guatemala, precitado, párr:167, 169; Corte IDH, Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, precitado, párr: 261.

21 Corte IDH, Yatama vs. Nicaragua, precitado, párr: 201, 202; Corte IDH, Comunidad Moiwana vs. Suriname, precitado, voto del juez Cançado Trindade, párr:79; Corte IDH, Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay, precitado, párr:63.

El artículo 4 de la Constitución expresa lo siguiente: «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono [...]». Dicha tutela también se reconoce en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y en el artículo 3, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño²².

En el Resumen Ejecutivo, de acuerdo con los resultados obtenidos en el Censo Nacional de Población en los Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación²³, con el apoyo del Poder Judicial a través de la Gerencia de Centros Juveniles se empadronó a 1965 jóvenes que representan el 100 % de la población en los 10 Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación a nivel nacional:

Respecto al crecimiento de la población en los centros juveniles, en los últimos diez años (2007-2016), se registró un incremento de 117 %, registrándose en el 2016 una sobrepoblación de 565 adolescentes infractores respecto a la capacidad de albergue.

En cuanto a la distribución por sexo, el 95.57 % de la población de los centros juveniles son hombres y el 4.43 % son mujeres. La edad promedio de la población juvenil es de 17 años.

[...]

En cuanto a la educación básica regular, el 10.6 % de la población juvenil terminó la secundaria y el 89.4 % no lo hizo por

22 Expediente n.º 03910-2019-PHC/TC Arequipa O.C.E.A. y otro representado por Reynaldo Jorge Escalante Jihuallanca y otra. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03910-2019-HC.pdf>

23 CENSO NACIONAL DE POBLACIÓN EN LOS CENTROS JUVENILES DE DIAGNÓSTICO Y REHABILITACIÓN, 2016. INFORME FINAL Lima, agosto 2016. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/censos/cejuv2016/Informe_Final_Juveniles.pdf

diversas razones como: no le gustaba estudiar (30.4 %), por haber ingresado al centro juvenil (26.2 %), tenía necesidad económica (18.6 %), la familia es o era muy pobre (5.4 %), entre algunas razones.

[...]

Según el antecedente de consumo de drogas, el 59.1 % de los adolescentes infractores consumió drogas. Por sexo, el 59.2 % que consumieron drogas fueron hombres mientras que el 58.6 % fueron mujeres.

El 46.5 % de los adolescentes infractores refirieron haber sufrido maltrato físico en su niñez; el 39.1 % algunas veces, mientras que el 7.4 % informó que siempre sufrió maltrato.

El 38.8 % de los adolescentes infractores manifestó haber abandonado su hogar antes de cumplir los 15 años.

El 39.7 % de los adolescentes infractores manifestó que tenían algún miembro de la familia internado en algún establecimiento penitenciario.

El 53.1 % de la población juvenil infractora refirió haber vivido en lugares con presencia de pandillas o bandas delictivas y el 59.5 % de los adolescentes infractores se relacionaron con amigos que cometían infracciones.

[...]

El 42.5 % de los infractores se encuentran internados en el centro juvenil debido a cometer robo agravado, el 12.7 % violación sexual y 8.6 % robo.

El 58.8 % de los adolescentes infractores cometió infracciones contra el patrimonio; 16.3 % contra la vida, el cuerpo y

la salud; 14.8 % contra la libertad; 9.3 % contra la seguridad pública y 0.7 % otras infracciones.

[...]

El 28.3 % de la población de los centros juveniles han tenido sanción disciplinaria; de ellos el 5.6 % han sido sancionados a lavar vajillas, el 5.5 % suspensión de visitas y el 3.7 % aislamiento.

De acuerdo con las expectativas de la población juvenil infractora, el 73.2 % quiere estudiar, 66.3 % trabajar, 4.0 % viajar, 2.0 % apoyar a su familia y el 2.4 % otros que comprenden cambiar de actitud, ayudar a otros, dedicarse a la religión y retornar a mi país.²⁴

Los niños ese gran sector de la población requieren de especial atención, tomamos en consideración «En la interpretación y aplicación de toda norma se debe privilegiar el sentido que optimice el ejercicio de los derechos del adolescente»²⁵. La estadística nos hace ver el incremento paulatino a través de los años –ciento diecisiete por ciento—. Este porcentaje no es halagador y exige adoptar medidas que incidan en la prevención de las infracciones a la ley y la delincuencia juvenil.

La invisibilidad social, la indiferencia de la sociedad ante niños considerados problemáticos, niños en conflicto con la ley penal o niños llamados «marginales» no puede seguir así. No deben ser invisibilizados, ignorados o marginados, pues la falta de atención que se

24 Censo Nacional de Población en los Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación, 2016. Informe Final. Lima, agosto 2016. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/censos/cejuv2016/Informe_Final_Juveniles.pdf

25 Artículo III del Título Preliminar del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

da a sus intereses, a sus inquietudes, a sus problemas no es la solución, más bien los ahonda y sus consecuencias a futuro se incrementarán.

Un gran sector de la población no tiene las mismas posibilidades de desarrollo en comparación con una persona promedio. Estos grupos que están al margen o se encuentran excluidos de los beneficios que da el Estado requieren de una atención especial más reforzada, una estrategia que podría ser capacitar, dar charlas a los estudiantes y sobre todo a los padres de familia, realizar talleres de prevención con la participación de las distintas instituciones que conforman el Estado.

Conocer y saber cuál es el rol de cada institución, transparentar los actos de quienes detentamos el poder, se hace necesario. Los niños están con sed de conocimiento por lo que es necesario empoderarlos, capacitarlos para que sean personas comprometidas con su comunidad y con su realidad. La justicia es un servicio social básico por lo que es preferible que esté dirigido a ellos, a personas en situación de vulnerabilidad y de fragilidad social en las que debemos enfocar nuestro mayor esfuerzo. El Estado no puede ser indiferente, quienes lideran las instituciones tienen la responsabilidad de seguir bregando con medidas atinadas y efectivas para que se cumpla el espíritu de la ley.

La Corte IDH ha reiterado recientemente en este respecto que «el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación»²⁶. En otros términos, toda dinámica de exclusión en el acceso y disfrute de los derechos de la Convención viola la obligación positiva de garantía contenida en el artículo 1.1 de

26 Corte IDH, *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, 24 febrero 2012, párr. 82.

la Convención Americana y, cualquier protección desigual derivada del derecho interno o de su aplicación debe ser considerada a la luz del artículo 24 de la citada Convención²⁷.

La verdadera riqueza de una nación está en su población. El objetivo básico del desarrollo es crear un ambiente propicio para que los seres humanos disfruten de una vida prolongada, saludable y creativa.²⁸ Además, en el Informe sobre Desarrollo Humano 2010 se indica que se debería «perseguir objetivos que ellas mismas consideren valorables; y participar activamente en el desarrollo sostenible y equitativo del planeta que comparten. Las personas son los beneficiarios e impulsores del desarrollo humano, ya sea como individuos o en grupo»²⁹.

Por añadidura, las Reglas de Beijing³⁰ en sus Principios generales prescriben:

1. Orientaciones fundamentales

1.2 Los Estados miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad

27 En este sentido, la Corte IDH tiene una jurisprudencia constante que fomenta las políticas públicas de diferenciación positiva (por ejemplo, medidas de protección, procedimientos apropiados) a fin de obtener el *effet utile* de la Convención Americana *vis-à-vis* las personas o los grupos vulnerables. Corte IDH, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 24 agosto de 2010, párr. 170, 257; Corte IDH, Furlán y familia vs. Argentina, 31 agosto de 2012, párr. 134; Corte IDH, Artavia Murillo (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica, 28 noviembre de 2012, párr. 292.

28 Desarrollo Humano, Informe 1990 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Bogotá – Colombia, 1990. https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1990escompleto_nostatspdf.pdf

29 Informe sobre Desarrollo Humano 2010. Edición del Vigésimo Aniversario. La verdadera riqueza de las naciones: Caminos al desarrollo humano. https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/HDR_2010_SP_Complete_reprint.pdf

30 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77cdaa804875a584af14af50d8336ffa/Reglas+de+Beigin+Reglas+minimas+de+las+NU+justicia+menores.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77cdaa804875a584af14af50d8336ffa>

fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible.

[...]

1.4 La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

En similar finalidad, las Directrices de Riad³¹ indican:

I. Principios fundamentales

[...]

3. A los efectos de la interpretación de las presentes Directrices, se debe centrar la atención en el niño. Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control.

4. En la aplicación de las presentes Directrices y de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales, los programas preventivos deben centrarse en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia.

5. Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas

31 Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil Aprobadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-guidelines-prevention-juvenile-delinquency-riyadh>

pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir:

a) La creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están patentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan cuidado y protección especiales;

b) La formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien;

c) Una intervención oficial que se guíe por la justicia y la equidad, y cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes;

d) La protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes;

[...]

6. Deben crearse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han establecido todavía organismos oficiales. Solo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social.

En armonía con ello, las 100 Reglas de Brasilia en relación con una política de prevención y actuación de los operadores de justicia,

en la Regla 26 establece «Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad». El espíritu de la norma exige que el juez tenga una actitud dinámica, de compromiso con su sociedad, y sobre todo con la niñez. Resulta evidente la mínima o nula información que tienen los niños y jóvenes acerca de lo que significa Estado democrático y social de derecho, el interés superior del niño, la dignidad de la persona, el proceso penal, los delitos y las faltas, la violencia familiar, el proceso de alimentos, entre otros. Una forma de revertir el desconocimiento es proporcionando la información básica sobre sus derechos, y así también cumplimos con acercamos a nuestra ciudadanía y a mejorar la escasa aceptación con la que contamos. En esa línea, la Regla 27 prescribe «Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades».

Como lo hemos señalado «una golondrina no hace el verano», uno puede tener una idea que significa ser excelente, bueno o viable, puede tener la mejor intención; pero si va querer realizarla y ejecutarla de manera individual, los resultados serán ínfimos, o en el mejor de los casos mínimos. Se requiere comprometer no solo a los funcionarios y servidores públicos de nuestra institución, sino también a otras instituciones para que participen de manera activa y propositiva para conseguir los resultados esperados. Es la única manera, tendiendo puentes, articulando esfuerzos, afianzando las fortalezas y mejorando las debilidades propias de la buena práctica. En ese fin, la Regla 39 nos dice: «Coordinación, se establecerán mecanismos de coordinación interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y

entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia». Siendo el objetivo el bienestar común, en el caso en concreto de nuestra institución –Poder Judicial–, se deberá adoptar medidas pertinentes y mecanismos que viabilicen un real acceso y protección a esos derechos fundamentales.

En otras palabras, las charlas también nos servirán para proponer medidas que mejor se adapten a esa condición de vulnerabilidad y de fragilidad social del público al que debemos capacitar, por lo que cumpliríamos también con los fines de la Regla 25 «Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad».

4. PROTEGER A LA POBLACIÓN DE LAS AMENAZAS CONTRA SU SEGURIDAD

El deber del Estado de proteger a la población contra amenazas a su seguridad, consagrado en el artículo 44 de la Constitución, es específicamente una obligación de protección a las personas frente a la actividad criminal realizada por terceros, incluso si estos son a su vez agentes estatales. Para cumplir con dicho mandato constitucional, el Estado debe combatir la delincuencia y establecer sanciones penales en función del grado de reprochabilidad social de las conductas criminales.

El Tribunal Constitucional refiere que la seguridad ciudadana corresponde a las acciones que en grupo se orientan a salvaguardar el desarrollo de la vida comunitaria dentro de un entorno de paz, tranquilidad y orden, y que se consolide la situación de convivencia normal, preservando a la comunidad de cualquier peligro o amenaza acerca de los derechos y los bienes esenciales para la vida comunitaria (Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018, p. 9). Asimismo,

ha precisado que la seguridad ciudadana tiene que ver con un estado de protección que debe garantizar el Estado «en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento»³². El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ha remarcado que:

La violencia y el miedo limitan las oportunidades de las personas y son obstáculos para el desarrollo humano, el ejercicio de los derechos humanos y el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática. Por tanto, la seguridad ciudadana no debe ser vista exclusivamente como una reducción de los índices de delincuencia, sino como el resultado de una política que se oriente hacia una estrategia integral, sostenible, participativa y multidisciplinar. Esta estrategia debe incluir elementos para la mejora de la calidad de vida de la población; la acción comunitaria para la prevención del delito; una justicia accesible, ágil y eficaz; y una educación que se base en los valores, el respeto a la ley y el respeto por los derechos humanos.³³

Teniendo en cuenta ello, se debe pensar en una visión más amplia e integral. En el caso de la responsabilidad que tenga el sistema de justicia, es necesario que cada institución u órgano del Estado se enmarque y cña su actuar desde lo que se proclama en nuestra Carta Magna, de un Estado Social y Democrático de Derecho, ejerciendo su labor dentro de sus competencias y en el rol especial que le

32 Sentencia emitida en el Expediente 05994-2005-PHC, fundamento 14.

33 SEGURIDAD CIUDADANA ¿Que hace el PNUD en Seguridad Ciudadana en América Latina y el Caribe? Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/latinamerica/481fbd4848731075a5a6594a19d83d5034467e634be69430a1c180a7cfc960f.pdf>

atribuye la Ley; en específico, será cuando exista una investigación o proceso abierto. Sin embargo, un fin primordial e indispensable es la prevención de delito; las charlas a las instituciones educativas, las visitas a las instituciones que conforman el sistema de justicia, la interacción de los estudiantes con los representantes del Ministerio Público, con los miembros de la Policía Nacional, con la médico legista y la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, con los jueces y juezas del Poder Judicial, con los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario, en diálogo abierto, horizontal y respetuoso, asegurarán un compromiso personal.

El aprendizaje vivencial conecta al individuo con los cinco sentidos a la experiencia. Una cosa es «aprender escuchando, aprender viendo, aprender viendo y escuchando», y otra es que participar en esta experiencia con nuestros cinco sentidos.

La Association of Experiential Education (1995) propone como definición del aprendizaje vivencial lo siguiente: «El aprendizaje vivencial está conformado por aquellos procesos por medio el cual los individuos logran construir su propio conocimiento, así como habilidades y a la vez realzar sus valores, de forma directa desde la experiencia» (*Association of Experiential Education*, 1995, p. 2)³⁴.

Existen cuatro tipos de experiencias en función de los objetivos que se pretendan en relación con el aprendizaje:

1. Recreacionales: están diseñadas para promover un cambio en la manera de sentir (buscan entretener, reenergizar, relajar, recrear, socializar, etc.).

34 Véase la tesis de Jorge Arnaldo Espinoza Colán, *Experiencias vivenciales como Estrategia Metodológica y su Impacto en el Desarrollo de Capacidades en Biocomercio de estudiantes universitarios de negocios internacionales*, p. 34. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/4397/espinoza_cja.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2. Educativas: están diseñadas para promover un cambio en la manera de sentir y pensar (pretender fomentar la expansión de la conciencia, el desarrollo de nuevos conocimientos y nuevas habilidades, y la integración de nuevas formas de observar los viejos conceptos adquiridos).
3. Transformacionales: están diseñadas para promover un cambio en la manera de sentir, pensar y comportarse (pretender estimular la aparición de comportamientos funcionales positivos y mejorar las relaciones inter e intrapersonales).
4. Direccionales: están diseñadas para promover un cambio en la manera de sentir, pensar, comportarse y resistirse (a partir de intentar disminuir el comportamiento disfuncional, generar mayor conciencia respecto de los mecanismos defensivos inconscientes, etc.).³⁵

Por decirlo de alguna manera, aplicando la experiencia vivencial estaremos en condiciones de redireccionar los comportamientos al margen de la ley o las conductas disfuncionales que puedan presentar los adolescentes; de hacerles entender la negatividad de su comportamiento y el hoyo en el cual cada vez más se van a hundir de proseguir con ello. Por otro lado, buscaremos fortalecer los comportamientos positivos, llenar el tiempo de los adolescentes con actividades positivas, con compromiso por parte de ellos como personas y de su familia, la posibilidad de que encuentren nuevas habilidades y aptitudes quizás no desarrolladas y hasta escondidas en su ser generará interés y bienestar.

En este contexto, frente a la existencia de poblaciones vulnerables como son los adolescentes, se ha podido advertir que existen

35 Véase *Aprendizaje Vivencial* Mayra Aidé Gómez Díaz, Milton Fabián Bolanos Muñoz, Mónica Londono García, Paola Andrea Ospina Carmona. <https://sites.google.com/view/icesi-curso-tic/aprendizaje-vivencial>

adolescentes que se encuentran en riesgo de conflicto con la ley penal. En los últimos años, la criminalidad juvenil ha tenido un aumento significativo, se ha podido identificar un incremento de la participación de adolescentes en hechos violentos o contextualizados como conductas típicas de infracción de la ley penal que generan inseguridad ciudadana. Esto se configura como uno de los problemas sociales más relevantes que requiere de atención por parte del Estado en el marco de políticas intersectoriales destinadas a prevenir y sensibilizar a dicha población, y que conlleve a la disminución del riesgo.

El propósito es que los estudiantes del nivel secundario se involucren con el conocimiento y la realidad del sistema de justicia, y las consecuencias que puede acarrear haber cometido una infracción penal o un delito. A través de la experiencia vivencial o experiencial, se los puede ayudar a condicionar y hasta determinar un cambio de rumbo –conductas negativas o disfuncionales–, la elección de una profesión u oficio, y el lograr sus aspiraciones y metas.

Otro aspecto importante es el acceso a la justicia y el derecho a la información; se debe establecer una política de divulgación, difusión y capacitación de una cultura cívica jurídica que implique que conozcan sus derechos fundamentales, pero también sus obligaciones y deberes ante una sociedad que late por un adolescente comprometido.

El PNUD refiere que la seguridad ciudadana y el desarrollo humano mantienen una relación de mutua retroalimentación:

La seguridad ciudadana es una condición necesaria para el desarrollo humano; y viceversa, el desarrollo humano condiciona la seguridad ciudadana. En efecto, sin seguridad ciudadana, que protege un núcleo básico de derechos, las personas no pueden desarrollar plenamente sus capacidades ni contribuir con todo

su potencial a mejorar a sus familias, sus comunidades y las instituciones. Además, las amenazas a la seguridad ciudadana pueden impactar también a las personas no directamente afectadas e incluso a las generaciones futuras.³⁶

Bajo esa consideración, buscamos una mayor seguridad, mayor tranquilidad y armonía. La paz trae progreso, y acorta las brechas y los abismos sociales; en cambio, la violencia los acrecienta.

El PNUD al abordar el tema «La seguridad ciudadana constituye un bien público y, como tal, su provisión es responsabilidad principal del Estado» establece que «La seguridad ciudadana es un bien público».³⁷ En el Informe, se señala que es «un bien al que todas las personas deben tener acceso sin distinción de clase social, preferencia política, raza, etnia, género o identidad sexual». En otras palabras, responde al interés común que es para todos sin distinción de ningún tipo. Además, acertadamente señala: «el Estado es el principal encargado de proveer seguridad ciudadana, en tanto que ésta constituye un bien público al que todas las personas tienen derecho. Asimismo, se subraya que, aunque muchos otros actores intervienen en la provisión de seguridad, el Estado es el único que tiene el mandato de asegurarse de que esta provisión no sirva a intereses privados limitados ni proteja a unos pocos, sino a todos los ciudadanos y de acuerdo con el “interés común”»³⁸; es evidente que la seguridad ciudadana no es responsabilidad de unos cuantos o solamente de algunas instituciones,

36 Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014 Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, p. 24. <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

37 Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. La idea de que la seguridad ciudadana constituye un bien público se ha utilizado por diversos autores y es especialmente relevante para este informe. Véase Loader y Walker (2006, 165-195), y Abello y Pearce (2007). <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

38 Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

la seguridad ciudadana requiere del compromiso de todos los ciudadanos.

En ese sentido, con la finalidad de dar cumplimiento a la séptima política de Estado, contenida en el Acuerdo Nacional, el Gobierno promulgó, el 11 de febrero de 2003, la Ley n.º 27933 que crea el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, en su artículo 2 la define como «la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas». Siendo que el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana tiene entre otras las siguientes funciones:

- a. Establecer las políticas y el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana.
- b. Aprobar los planes, programas y proyectos de Seguridad Ciudadana. –literales a) y b) del artículo 9 Ley n.º 27933–; en esa misma línea, los comités regionales, provinciales y distritales de Seguridad Ciudadana tienen entre otras las siguientes funciones:
- c. Formular, ejecutar y controlar los planes, programas y proyectos de Seguridad Ciudadana en sus respectivas jurisdicciones.
- d. Ejecutar los planes, programas y proyectos de Seguridad Ciudadana dispuestos por el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana.
- e. Supervisar la ejecución de los planes y programas de Seguridad Ciudadana.
- f. Celebrar convenios institucionales - literales c, d, e y f, artículo 17 Ley n.º 27933, siendo este haz de competencias por el cual se encuentran investidas las autoridades, jefes y representantes de cada una de las instituciones que tienen la facultad de proponer, de formular y de realizar actividades dirigidas, precisamente, a buscar la armonía, la paz y la tranquilidad en la población, y de un compromiso serio con la seguridad ciudadana en la búsqueda de la cohesión social –artículo 15 y 16 de la citada Ley–.

A todo esto, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) señala que: El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalen la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

No es ajeno a la seguridad ciudadana una política de prevención del delito; en esa consideración, las Reglas de Beijing³⁹ en sus Principios generales prescribe:

1. Orientaciones fundamentales

[...]

1.3 Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la

39 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77cdaa804875a584af14af50d8336ffa/Reglas+de+Beigin+Reglas+minimas+de+las+NU+justicia+menores.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77cdaa804875a584af14af50d8336ffa>

familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.

[...]

1.6 Los servicios de justicia de menores se perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados.

En similar finalidad, las Directrices de Riad⁴⁰ se indica:

I. Principios fundamentales

1. La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas.

2. Para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia.

Con mayor énfasis posteriormente señala lo siguiente:

III. Prevención general

9. Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que, entre otras cosas, comprendan:

40 Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil Aprobadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-guidelines-prevention-juvenile-delinquency-riyadh>

- a) Análisis a fondo del problema y reseñas de programas y servicios, facilidades y recursos disponibles;
- b) Funciones bien definidas de los organismos, instituciones y personal competentes que se ocupan de actividades preventivas;
- c) Mecanismos para la coordinación adecuada de las actividades de prevención entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales;
- d) Políticas, estrategias y programas basados en estudios de pronósticos que sean objeto de vigilancia permanente y evaluación cuidadosa en el curso de su aplicación;
- e) Métodos para disminuir eficazmente las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil;
- f) Participación de la comunidad mediante una amplia gama de servicios y programas;
- g) Estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de aplicación de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes.
- h) Participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluida la utilización de los recursos comunitarios, y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de indemnización y asistencia a las víctimas.
- i) Personal especializado en todos los niveles.

De otro lado, la Regla 24 considera destinatarios del contenido de las presentes Reglas: a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) Los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país; c) Los abogados y otros profesionales del Derecho, así como los colegios y agrupaciones de abogados; d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de *Ombudsman* (defensor del pueblo); e) Policías y servicios penitenciarios; f) Con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. En vista de ello, considerando una interpretación sistemática, podemos arribar que tienen obligaciones en los planes de desarrollo y sensibilidad social:

Los organismos gubernamentales deberán asignar elevada prioridad a los planes y programas dedicados a los jóvenes y suministrar suficientes fondos y recursos de otro tipo para prestar servicios eficaces, proporcionar las instalaciones y el personal para brindar servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros servicios necesarios, en particular de prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol, y cerciorarse de que esos recursos lleguen a los jóvenes y redunden realmente en beneficio de ellos. (Directrices de Riad, V. Política social)

En pocas palabras, cuando se trate de desarrollar, ejecutar planes o programas, en los cuales se involucra a un grupo de instituciones, se tiene el deber de realizarlos.

Es preciso establecer que la participación de los gobiernos regionales, provinciales y distritales no será ajena a este sentir; por el

contrario, se debe buscar promover la importancia de que participen de manera activa en el desarrollo y en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, Regla 87.

Por otro lado, merece mención aparte, y requiere de una especial prioridad y atención del Estado, la zona VRAEM. La realidad es más dura y cruel, pues en ese lugar se conjuga la pobreza y la violencia, el olvido y la desatención, la desesperanza y el conformismo, la brutalidad y la corrupción, la explotación, la pasividad y la indiferencia. La delgada línea que divide un actuar legal de lo ilegal es muy fina; las bandas organizadas, las organizaciones criminales, precisamente, buscan a los adolescentes que por su edad son más vulnerables e influenciables a la comisión del delito; ellos son la mano barata del crimen.

Actualmente, el VRAEM comprende seis regiones que se encuentran en estado de emergencia y en las cuales se han restringido determinados derechos por la presencia del fenómeno del narcoterrorismo en dichas zonas:

Región Junín: provincias de Satipo, Huancayo y Concepción

Región Cusco: provincia de La Convención

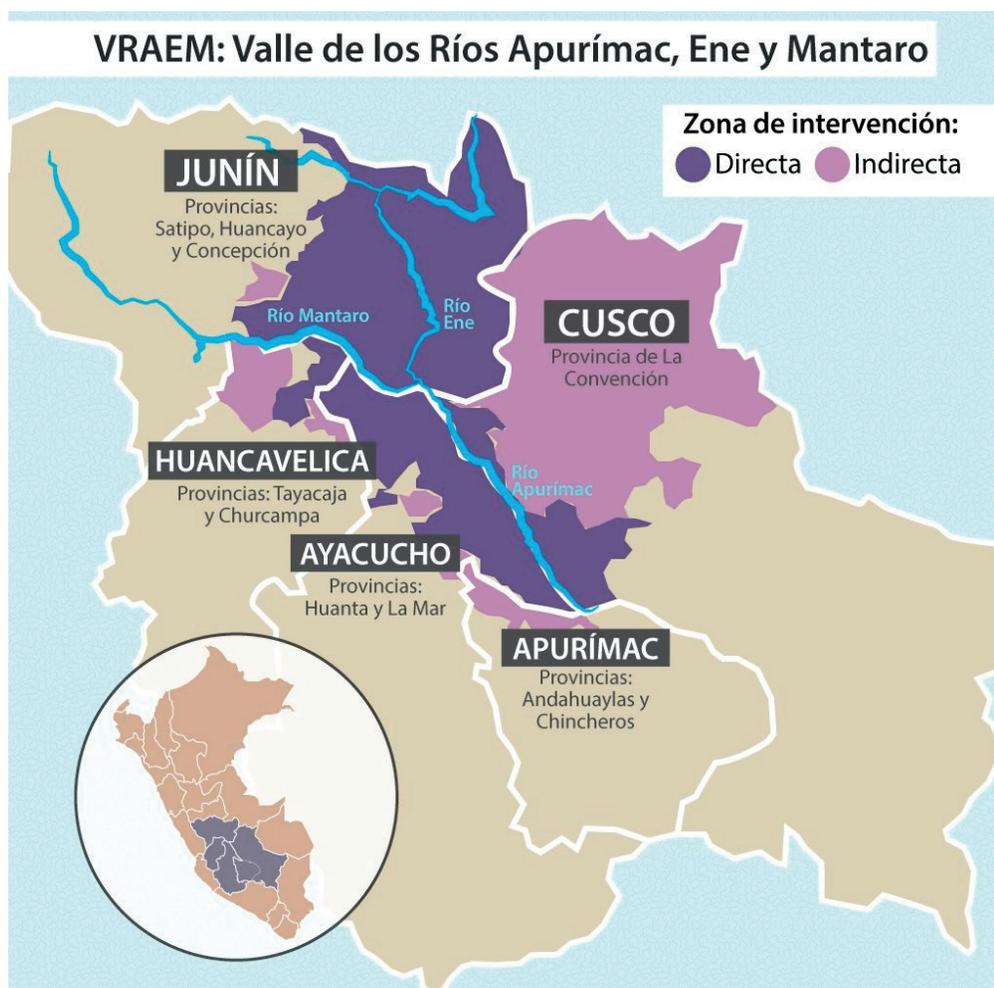
Región Huancavelica: provincias de Tayacaja y Churcampá

Región Ayacucho: provincias de Huanta y La Mar

Región Apurímac: provincias de Andahuaylas y Chincheros

Figura 1

Zonas de intervención en el VRAEM



Fuente: RPP

<https://rpp.pe/peru/narcotrafico/que-sucede-en-el-vraem-y-por-que-es-una-zona-tan-complicada-noticia-953452>

En relación con:

La Naturalización de los Ilícitos en el Imaginario de la Población. La presencia de grupos armados y el narcotráfico ha generado una situación de violencia y sensación de inseguridad que ha limitado el acceso de la población a servicios

básicos como la salud, la educación y la interconexión vial. [...] En el caso del VRAEM, la exclusión social se ha manifestado en la falta de acceso a servicios básicos y en la limitación de las oportunidades de desarrollo.⁴¹

La realidad del VRAEM exige medidas atinadas, especiales y prioritarias dadas las particularidades del terreno y la situación de violencia mantenida a través de decenas de años; el narcoterrorismo, a lo largo de estos años, ha generado muerte y aflicción en la población civil, ha debilitado las fuerzas policiales y fuerzas militares. La pobreza, el abandono, la pasividad en la toma de decisiones ahondan la situación de vulnerabilidad.

Las condiciones de vulnerabilidad del poblador del VRAEM –y de otras partes de nuestro territorio– se potencializan con los altos porcentajes de pobreza y de pobreza extrema, aunado al género, la interculturalidad, la edad, la discapacidad, de personas privadas de su libertad y la situación de los adultos mayores; por ello, es necesario enfocar en ellos nuestros esfuerzos y darles el tratamiento especial y prioritario que necesitan.

Es necesario articular esfuerzos entre todos los estamentos u órganos del Estado para efectuar labores de prevención del delito. Advertí que si había *tours* para conocer lugares bonitos como los museos, los lugares turísticos de una ciudad, por qué no podía haber un *tour* de la justicia.

Un «tours de la justicia» es un recorrido por todo el sistema de justicia, desde su inicio de cómo se investiga un delito; conocer las áreas de investigación y la carceleta –Policía Nacional–; posteriormente, seguimos por el Ministerio Público para conocer el local donde trabaja

41 Véase Gonzales, M. El Narcotráfico en el VRAEM, una amenaza naturalizada, *Revista de Ciencia e Investigación CAEN*, p. 47. <https://recide.caen.edu.pe/index.php/recide/article/view/109/149>

la fiscalía, las especialidades en la función fiscal –familia, prevención del delito, crimen organizado, corrupción de funcionarios–; seguidamente, nos constituimos al Instituto de Medicina Legal, donde realizan su labor la médico legista y la psicóloga, cómo se archivan los videos, las fotografías. Las charlas y la orientación son vitales para el conocimiento de los capacitados. Esta experiencia les genera mucha reflexión e interés.

Continuamos con el recorrido, nos dirigimos al Poder Judicial, que es la escuela de teatro conformada por los jueces, juezas y personal jurisdiccional. Despierta en nuestros jóvenes mucho interés y curiosidad, pero también genera en ellos compromiso; aquí se tocan los temas sobre consumo de drogas, violencia familiar; interactúan con los jueces penales, de la especialidad de familia y los jueces de trabajo, y reciben charlas de los jueces civiles.

Culminamos la trayectoria dirigiéndonos al establecimiento penal; la labor de orientación realizada con anterioridad da sus frutos, pues no han llevado ningún objeto prohibido –USB, celular, batería, tablet, cargador, chips, cortaúñas, etc.–; ingresan las niñas y los niños debidamente identificados y organizados, conocen los ambientes de mínima, mediana y máxima seguridad, y el área de meditación. Se inician los testimonios de vida de los internos y se orienta sobre la función de los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario; se concluye con las preguntas y respuestas, y una encuesta. Al involucrarse como parte activa con los internos, se cumple con las Regla 22 y la Regla 23:

(22) La privación de la libertad, ordenada por autoridad competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de los derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente

cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

(23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por la autoridad, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

De ahora en adelante, encontraremos voluntad y compromiso. Quizá reconociendo que ha sido una buena práctica diremos: ¿para qué continuar?, ¿no se inició en nuestra Corte?, ¿no se promovió en nuestra Región?, ¿para qué ejecutarla?; ¿se requiere demasiado tiempo y articulación entre instituciones?, ¿son varias las instituciones que participan?, ¿es todo un día?; ¿obtendremos algún rédito político? Estas preguntas, vistas desde una perspectiva simple y ajena a todo compromiso, harían desistir en el intento de proseguir; empero, no nos daremos por vencidos y continuaremos articulando esfuerzos, fomentando alianzas estratégicas, pues no somos pocos, sino hay muchas personas que coadyuvan con mística y misión, demostrando su valía y sensibilidad social.

El Tribunal Constitucional, guardián supremo de la Constitución, ha proclamado:

Que este Tribunal no ignora la realidad del país en la cual la delincuencia juvenil se ha convertido en un creciente problema de inseguridad ciudadana. Sin embargo, se tiene la obligación de enfatizar que ningún sistema de responsabilidad penal juvenil solucionará esta situación sin el desarrollo de políticas de prevención que logre socializar e integrar a los niños con sus familias, con su colegio y con su comunidad.⁴²

42 Expediente n.º 03247-2008-PHC/TC CUZCO J.V.C.B., fundamento 12. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03247-2008-HC%20Resolucion.pdf>

Un Estado de bienestar exige mirar a la población vulnerable, sensibilizar a la sociedad y capacitar en sus derechos a los menores, hacerles conocer del sistema de justicia, enseñarles lo que está y lo que no está permitido en la ley, darles a conocer las sanciones que se impone en caso de transgredirla. Solo divulgando la ley estaremos también legitimados a sancionar. En resumidas cuentas, esta buena práctica cumple con los estándares convencionales, constitucionales y legales.

5. EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO DEFIENDEN LOS INTERESES Y EL BIENESTAR COMÚN

Uno de los obstáculos más recurrentes que se ha podido advertir al realizar esta buena práctica ha sido, en algún momento, la falta de interés y el compromiso de algunos representantes de las instituciones involucradas en realizarla. Argumentaban, muchas veces, que no se contaba con los medios suficientes, ponían objeciones, trabas o, en otros casos, mostraban indiferencia y pasividad. Quizá no supe enfocar correctamente lo que pretendía con esta labor, o quizá no tomé en cuenta la falta de tiempo y de articulación con las demás autoridades. Asumo mi responsabilidad de no haber podido masificar esta práctica, y que se replique a nivel nacional y quizás internacional, porque la realidad de muchos países es similar a la nuestra.

Una de las estrategias que se utilizó, pero que en la práctica no dio mayores resultados son las reuniones que se sostuvieron como miembro del Comité Provincial de Seguridad Ciudadana – Coprosec–, y en el Comité Distrital de Seguridad Ciudadana –Codisec– en las que se planteó la necesidad de realizar esta buena práctica en mayor medida, se demostró que se cumplía con un tema de prevención del delito como política pública, además de tener fortalezas como: i. Compromiso con la seguridad ciudadana; ii. Transparentar los actos

de la función pública; iii. Fomentar una cultura de paz y respeto en los niños; iv. El acceso a la justicia especialmente de las personas en condición de vulnerabilidad. Pese a que se escuchaba y se mostraba aparente interés, en la práctica no había compromiso ni apoyo por parte de las instituciones y órganos locales involucrados.

El tiempo pasa inexorable, no se detiene y continúa de manera ordenada. Hoy es noche, mañana día y así sucesivamente continúa con su ciclo. La hierba se seca, las flores pierden su belleza y se marchitan; así, también, el poder que ahora tenemos en un momento acabará, no esperemos que acabe para recién darnos cuenta de que podíamos hacer algo, pues será tarde, no habrá vuelta atrás.

El sentimiento que nos animó a escribir este ensayo es precisamente que el ciudadano no puede estar a expensas del funcionario o servidor público, de su animosidad o de su estado emocional, o de si el capacitador obtendrá un interés o un beneficio personal. La única forma de cambiar es regular y establecer la necesidad de realizar esta buena práctica, de ejecutarla de manera permanente en las instituciones educativas, institutos superiores, en las escuelas, en las asociaciones de padres de familia. En ese sentido, debería establecerse como política pública y formular un plan de trabajo a corto y mediano plazo.

No necesita de mayor explicación cuando revisamos en nuestra legislación los deberes y obligaciones que impone la ley al funcionario o servidor público; en esa consecuencia, se deberían realizar acciones necesarias para su cumplimiento con mayor seguridad, pues «La persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado», y la seguridad pública es un bien público y el Estado es el principal actor en proveerla.

6. EL SER HUMANO ES LO MÁS VALIOSO EN NUESTRO MUNDO

Sin perjuicio de haber realizado una autocrítica personal y una visión a mi entender real al sistema en general, a través de estas líneas, quiero expresar mi profundo agradecimiento y reconocimiento a mi amada institución el Poder Judicial del Perú, representada por la CSJ Selva Central y CSJ Junín, que a lo largo de estos años han realizado la planificación y ejecución de esta buena práctica. Así también, a todas las instituciones que han participado de manera activa, pues sin ustedes nada hubiera sido posible, porque «una golondrina no hace el verano» y «un relumbrón no hace un día luminoso».

Desearía individualizar y reconocer a cada una de las personas de las diversas instituciones que han participado a lo largo de estos años –desde el 2016–, pues, sin su apoyo y mística no hubiera sido posible realizar esta buena práctica; son muchos, decenas, centenas o millares las personas capacitadas. No quiero mencionar solo algunos nombres y obviar otros, porque caería en la ingratitud y en la infamia.

Quiero reconocer a los jueces y juezas que disertaron sobre diversos temas jurídicos, aquellos que de manera personal asumieron los gastos de alimentación y el traslado de los estudiantes, al personal jurisdiccional y administrativo del Poder judicial que, a través del teatro, abordaron temas de violencia familiar, de consumo de drogas, de embarazo prematuro de adolescentes, de delitos de robo y de sus consecuencias; cómo no agradecer a aquellos internos e internas que se han parado al frente y han dado su testimonio de vida, que han hecho una catarsis; cómo no recordar a nuestra Policía Nacional del Perú, que en los eventos mostraba los tipos de droga, pasta básica de cocaína, clorhidrato de cocaína, marihuana, coca, anfetaminas, etc., y mostraban la carceleta donde la persona intervenida pasa sus primeras horas.

Rememoro la emoción de los señores fiscales al disertar sobre su rol y su competencia, cómo no ser grato con lo que expuesto por la médico legista y la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, que de manera sencilla abordaban su labor, proyectando a través de fotografías y videos sus competencias y atenciones. Cómo olvidar el compromiso de los jóvenes de una prestigiosa universidad, que colaboraban y ayudaban en la realización de la labor de control y las coordinaciones de apoyo; esa labor es invaluable, pues pese a no haber probado bocado alguno, estuvieron de principio a fin con esa mística que los caracteriza por querer cambiar el mundo, ellos son jóvenes con ideales y principios.

Cabe mencionar que después de hacer el recorrido por los diversos pabellones (de máxima, mediana y mínima seguridad), de conocer la sala de meditación y terminar con el testimonio de vida de los internos, en una tarde lluviosa, la banda de músicos recién formada con internos del establecimiento penal tocó diversas piezas musicales, todos nos pusimos a bailar –internos, estudiantes, profesores y funcionarios del INPE–, compartimos y fraternizamos, olvidándonos por unos momentos del cargo, del lugar donde nos encontrábamos, de los barrotes y de las celdas, de las mallas y de los cercos eléctricos, afloraron nuestros sentimientos de solidaridad, fraternidad y empatía. Ese día, la emoción y el amor al prójimo nos embargaba.

Se constriñe mi corazón al ver a la madre religiosa de una institución educativa, ver surcar sus lágrimas al escuchar el testimonio de vida de un interno que, con la voz quebrada, contaba su vida, llena de dolor, violencia y abandono; o de ver aquellas estudiantes que se abrazaban y lloraban al ver a un familiar, a un amigo en el penal, que no sabían que estaba preso. Afloraba en el ambiente un profundo sentimiento de fraternidad y solidaridad.

Solo es posible conseguir la meta trazada uniendo nuestros esfuerzos, armonizando y articulando nuestras fortalezas, resquebrajando las brechas y sanando las heridas. Nosotros que gozamos de libertad, también, a través de esta buena práctica, sanamos nuestras heridas y vemos la vida con gratitud hacia el Altísimo. Afianzamos nuestro sentir que lo más valioso en este mundo es el ser humano, que debemos luchar por prevenir la delincuencia, en especial la juvenil, con las herramientas que nos concede la ley y la Constitución. Los jóvenes quieren progreso, quieren oportunidades y buscan conocimiento. Es momento de que despertemos y nos comprometamos con ellos, con los niños en abandono, con los niños en condición de vulnerabilidad, con sus conductas disfuncionales que de manera gradual van apareciendo en nuestros jóvenes si tienen ayuda, con quienes no acceden al sistema y encuentran barreras. Si nos juntamos como las estrellas en el firmamento es posible realizar este sueño; los niños se lo merecen, es nuestro deber hacerlo.

Tengamos fortaleza en lo que nos anima, encontremos nuevas fuerzas en la unión y la alianza estratégica; es una labor, una práctica hecha para el bienestar común, no buscamos otro fin que mejorar el conocimiento que deben tener los jóvenes acerca del sistema de justicia. Ese conocimiento serán sus alas para sacudirse de las conductas nocivas, de las conductas disfuncionales, lo que les permitirá alejarse de los vicios y de las infracciones, alejarse del delito y la desidia.

Es grato recordar lo vivido. Las fotografías de las actividades realizadas nos alegran, nos motivan, pero son recuerdos, son el pasado; requerimos continuar con estas actividades para que nuestros adolescentes y jóvenes tengan una experiencia vivencial del sistema de justicia, para que caminen de día, que sepan que las conductas disfuncionales pueden tener consecuencias negativas, que pueden ser motivo de tropiezo y de sanción; no permitamos que caminen

a oscuras sin conocer el sistema de justicia, sin hacerles conocer de la ley, pues el desconocimiento es como caminar de noche y esto es peligroso, porque no habrá luz que alumbre sus caminos ni guía que los conduzca. Allí no habrá maestro que los instruya.

7. CONCLUSIONES

- a. Establecer los mecanismos de concertación y de coordinación adecuados entre las instituciones involucradas en el sistema de justicia penal juvenil destinadas a realizar actividades de prevención en la comisión de conductas infractoras de adolescentes en riesgo.
- b. Sensibilizar a los adolescentes en riesgo con una interacción directa e informativa con los operadores jurídicos y los sentenciados, a fin de que puedan informarse sobre la punibilidad de las conductas infractoras, y el sistema de justicia y la ejecución de las sanciones.
- c. Propender para que las personas, principalmente niños y niñas, sin distinción, que se encuentran en situación de vulnerabilidad –género, interculturalidad, pobreza–, puedan acceder al servicio de justicia.
- d. Fomentar una cultura de paz y respeto en los niños. Los adolescentes deben estar informados sobre sus derechos y deberes, además de las funciones de los operadores jurídicos involucrados en el Sistema de Justicia Penal.
- e. Promover un efecto multiplicador entre los beneficiarios indirectos. Con la experiencia que han tenido, narrar a sus demás compañeros esta vivencia. Es posible que los estudiantes puedan desarrollar virtudes como la justicia, la prudencia, la templanza, la fortaleza, la perseverancia, entre otras.

- f. Favorecer un cambio sustancial en la manera de sentir, de pensar y de comportarse de los estudiantes que tengan comportamientos disfuncionales y negativos.
- g. Impulsar la sostenibilidad de esta experiencia informativa y educativa en el tiempo.
- h. Fomentar un mayor acercamiento entre el Poder Judicial y la ciudadanía, que accedan los usuarios a una mayor transparencia, difusión, acceso y uso de la información estatal.
- i. Impulsar la prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico que pudieran suscitarse dentro de la institución educativa y/o en la familia o en su entorno.

8. RECOMENDACIONES

- a. Que se formen alianzas estratégicas con las siguientes instituciones: i. Ministerio Público, ii. Policía Nacional del Perú, iii. Instituto de Medicina Legal, iv. Ministerio de Justicia, v. Defensoría Pública, vi. Instituto Nacional Penitenciario, vii. Unidad de Gestión Local, viii. Gobierno Local.
- b. Que se involucre a la sociedad civil a fin de que participe de manera activa en la seguridad ciudadana.
- c. Que se establezca un plan de trabajo para capacitar a las instituciones educativas y con el compromiso obligatorio de todas las instituciones que están involucradas en la seguridad ciudadana.
- d. Que se incorpore a EsSalud y al Ministerio de Salud a fin de que se realicen temas de prevención de salud y atención médica a los capacitados; que se aborden los temas del VHS,

enfermedades de transmisión sexual, embarazo infantil; y que se realicen consultas y tratamientos odontológicos, visuales, entre otras asistencias médicas.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (28 de noviembre de 1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-standard-minimum-rules-administration-juvenile>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1990). Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Resolución 45/112. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-guidelines-prevention-juvenile-delinquency-riyadh>
- Bofill, A. y Cots, J. (1924). Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia. Declaración de Ginebra, 1-15. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf
- Caso Yatama vs. Nicaragua (2005). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (23 de junio de 2005). https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname (2005). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (15 de junio de 2005). https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf
- Caso Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay (2005). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Corte IDH) (17 de junio de 2005). https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

- Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (4 de julio de 2006). https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf
- Caso Servellón García et al. vs. Honduras (2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (21 de septiembre de 2006). https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf
- Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (24 de noviembre de 2009). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf
- Caso Comunidad Indígena Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (25 de mayo de 2010). https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf
- Caso Familia Barrios vs. Venezuela (2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (24 de noviembre de 2011) https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_237_esp.pdf
- Chapman, A. R. y Carbonetti, B. (2011). Human Rights for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, 33(3), 682-732. <https://www.jstor.org/stable/23015998>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006). Informe sobre la situación de las defensoras de derechos humanos en las Américas. Doc. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1. <https://cidh.oas.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm>
- Convención sobre los derechos del niño (2006). UNICEF Comité Español (20 de noviembre de 1989). <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

- Declaración de los Derechos del Niño (1959). *Humanium*. (4 octubre de 2017). [https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/#:~:text=El%2020%20de%20noviembre%20de,la%20Resoluci%C3%B3n%201386%20\(XIV\)](https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/#:~:text=El%2020%20de%20noviembre%20de,la%20Resoluci%C3%B3n%201386%20(XIV))
- Estupiñan-Silva, R. (2014). La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología. *Derechos Humanos y Políticas Públicas*. Universidad Paris I. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39780.pdf>
- Expediente n.º 05994-2005-PHC (2005). Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente n.º 03247-2008-PHC/TC (2008). Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente n.º 03910-2019-PHC/TC (2019). Tribunal Constitucional del Perú.
- Expediente n.º 03910-2019-PHC/TC (2020). Tribunal Constitucional del Perú (15 de diciembre de 2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03910-2019-HC.pdf>
- Gonzales, M. (2023). El narcotráfico en el VRAEM, una amenaza naturalizada. *Revista de Ciencia e Investigación en Defensa - CAEN*, 37-55. <https://recide.caen.edu.pe/index.php/recide/article/view/109/149>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2016). Censo Nacional de Población en los Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación: Informe Final. Lima, agosto 2016. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/censos/cejuv2016/Informe_Final_Juveniles.pdf
- Opinión consultiva OC-17/02. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (28 de agosto de 2002). https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (1990). Desarrollo Humano, Informe 1990. Bogotá, Colombia. <https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1990escompletonostatspdf.pdf>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2010). Informe sobre Desarrollo Humano 2010: La verdadera riqueza de las naciones: Caminos al desarrollo humano. https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/HDR_2010_SP_Complete_reprint.pdf

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2014). Seguridad ciudadana. ¿Qué hace el PNUD en Seguridad Ciudadana en América Latina y el Caribe? <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/latinamerica/481fb4d4848731075a5a6594a19d83d5034467e634be69430a1c180a7cfcb960f.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

El autor declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

A Jesucristo, nuestro salvador y redentor, por ser luz y salvación para nuestras vidas, por su infinita bondad y misericordia, por colmar de bendiciones, dones y gracias a mi familia. Aprovecho también para agradecer a los miembros de la valuación de manuscritos por sus observaciones y revisiones para la confección del presente ensayo.

Biografía del autor

Actualmente, Héctor Manuel Villalobos Mendoza se desempeña como magistrado contralor de la Unidad Descentralizada de Procedimiento Administrativo de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central. Es exmiembro de la Comisión Distrital del Programa de «Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad» y «Justicia en tu Comunidad» de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central (CSJSC). También, es colaborador de la revista *Llapanchikpaq: Justicia del Poder Judicial del Perú*.

Correspondencia

hvillalobos@pj.gob.pe

ANEXO

Buena práctica «Tours de la justicia»

En el transcurso de estos años se han realizado diferentes actividades en la Región Junín –Corte Superior de Justicia de Junín y Corte Superior de Justicia de la Selva Central–.

Figura 1

*Colegio particular «Claretiano» – Provincia de Huancayo – Región Junín.
Corte Superior de Justicia de Junín*



Figura 2

*Institución Educativa Emblemática «José Olaya» – Provincia de Satipo–
Corte Superior de Justicia de la Selva Central. Zona VRAEM*



Figura 3

*Institución Educativa «San Antonio de Sonomoro» –Comunidad Nativa de
Sonomoro Distrito de Pangoa, Provincia de Satipo – CSJ Selva Central. Zona
VRAEM*





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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 279-306

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.973>

El acceso a la justicia de los trabajadores cesados irregularmente en la década de 1990 y los beneficios resarcitorios en la actualidad

Access to Justice for Workers Irregularly Dismissed in the 1990s
and Compensatory Benefits Today

Acesso à justiça para trabalhadores despedidos irregularmente
na década de 1990 e benefícios compensatórios hoje

JOEL EMERSON HUANCAPAZA HILASACA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Lima, Perú)

Contacto: jhuancapaza@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9324-1860>

RESUMEN

El propósito de este documento es analizar, por un lado, el derecho fundamental del acceso a la justicia de los trabajadores cesados irregularmente en la década de 1990 y, del otro lado, el estado situacional a nivel judicial del Programa Extraordinario de Acceso a Beneficios para los Extrabajadores que aparece en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, y de esta manera articular el derecho con los hechos a la luz de los nuevos desafíos que tiene la justicia laboral

para la reparación integral de las víctimas, sabiendo que, por su vulnerabilidad, la parte demandante en el proceso es una persona adulta mayor que ejerce sus derechos ante el sistema de justicia.

Palabras clave: reincorporación laboral; acceso a la justicia; ceses colectivos; adulto mayor; resarcimiento.

Términos de indización: derecho al trabajo; derecho a la justicia; conflicto laboral; distribución por edad; sentencia judicial (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The purpose of analyzing, on the one hand, the fundamental right of access to justice for workers irregularly dismissed in the 1990s and, on the other hand, the situation at the judicial level of the Extraordinary Program of Access to Benefits for former workers who appear in the National Registry of Irregularly Terminated Workers, is to articulate the law with the facts in light of new challenges that labor justice has for the comprehensive reparation of the victims, knowing that, due to their vulnerability, the plaintiff in the process is an older adult who exercises his or her rights before the justice system.

Key words: reemployment action; access justice; collective dismissals; elderly; compensation.

Indexing terms: right to employment; right to justice; labour disputes; age distribution; legal decisions (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O objetivo de analisar, por um lado, o direito fundamental de acesso à justiça dos trabalhadores despedidos irregularmente na década de 1990 e, por outro lado, a situação a nível judicial do Programa Extraordinário de Acesso a Benefícios para ex-trabalhadores que

comparecem no Cadastro Nacional de Trabalhadores Desligados Irregularmente, é articular a lei com os fatos à luz dos novos desafios que a justiça do trabalho tem para a reparação integral das vítimas, sabendo que, pela sua vulnerabilidade, o autor do processo é um idoso adulto que exerce seus direitos perante o sistema de justiça.

Palavras-chave: reintegração ao trabalho; acessar a justiça; despedimentos coletivos; idoso; compensação.

Termos de indexação: direito ao trabalho; direito à justiça; disputa trabalhista; distribuição por idade; sentença judicial (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/03/2024

Revisado: 04/04/2024

Acceptado: 14/06/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo versa sobre los trabajadores cesados irregularmente de sus puestos de trabajo en la década de 1990. Hoy, en su mayoría, cuentan con la edad de 65 años y con pocas posibilidades de conseguir una plaza en el Estado; han transitado por varios años desde sus hogares hacia el Congreso de la República y desde el Congreso hacia el Ministerio de Trabajo, buscando su reincorporación laboral y su resarcimiento efectivo. Luego, se han movilizad desde el Ministerio de Trabajo hacia la entidad pública donde trabajaron, la misma entidad que los cesó y despidió en la década de 1990; sin embargo, la mayoría de las veces no obtienen respuesta. En el mejor de los casos, son atendidos por jóvenes procuradores quienes con la mejor intención les prometen que conversarán con sus jefes para viabilizar una plaza vacante y presupuestada. Con todo, solo tienen a su favor

una sentencia declarada fundada en el marco de un proceso judicial denominado «Proceso Contencioso Administrativo subespecialidad laboral» ante el único juzgado a nivel nacional que ve sus casos: el Noveno Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio (juzgado de ceses colectivos).

Algunos han fallecido en medio de su batalla judicial sin la posibilidad de que se apersonen al proceso los sucesores legales, porque la pretensión de reincorporación laboral es personalísima. A los que aún sobreviven se les llama coloquialmente «los trabajadores cesados». Varios llegan a bordear los 70 años, lo que según la ley es la edad de la jubilación automática.

En este grupo de miles de personas hay más hombres que mujeres, y en su mayoría reclaman el beneficio resarcitorio de la reincorporación laboral. Muchos de ellos han ganado el proceso, pero aun con sentencia firme y consentida en mano se acercan a las entidades públicas que los cesaron solo para enterarse de que, después de todo lo transitado durante años, no hay plaza presupuesta ni vacante para ellos.

Algunos han aceptado las plazas de trabajo que no eran afines a los puestos que tenían en la década de 1990, y luego han procurado una recategorización mediante un posterior juicio laboral (Cfr. Sentencia recaída en el Expediente n.º 03615-2013-PC/TC, fundamentos 7 y 8). Son realmente pocos los que han visto realizado el sueño de su reincorporación laboral y de su resarcimiento efectivo. Esos pocos hoy son la muestra de lo que la justicia laboral ha conseguido en el marco del balance de poderes entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, pero podemos hacer más como dice Manuel Aienza (2013).

En la primera parte del presente artículo, encontramos un brevísimo recuento de lo que significó el despido colectivo de los trabajadores cesados; en la segunda parte, abordamos el trabajo conjunto del

Congreso de la República y el Ministerio de Trabajo para determinar las listas de trabajadores inscritos con derecho a exigir un beneficio laboral resarcitorio, poniéndose mayor énfasis en los trabajadores que optaron por el beneficio de la reincorporación laboral; finalmente, en la tercera parte, hacemos un análisis del reto al que se enfrenta la justicia laboral para hacer realidad el derecho al acceso a la justicia de los trabajadores cesados que tienen un proceso judicial en estado de trámite o ejecución; asimismo, revisamos las nuevas perspectivas existentes para no dejar en el desamparo a las víctimas de los ceses colectivos, dada su mayoría de edad.

2. LA DÉCADA DE 1990 Y LOS CESES COLECTIVOS

En el Perú, el contexto social y político a la entrada de la década de 1990 tenía tres características. La primera es la afirmada voluntad del pueblo peruano en el sistema democrático, expresada ya en septiembre de 1989 con su masiva participación en las elecciones municipales, a pesar de las amenazas del terrorismo. La segunda es la crisis de los partidos políticos en el contexto de la crisis nacional y el surgimiento de nuevas figuras y de fuerzas políticas. La tercera es el poderoso rol desempeñado por la prensa y los medios de comunicación, sobre todo por la televisión (que por primera vez llegaba, vía satélite, a casi todo el territorio), en una afirmación laudable del derecho de libertad de expresión, pero que desgraciadamente se usó más para la denuncia y el ataque que para el esclarecimiento de los propios programas y planteamientos (Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, 1990).

En medio de estos avances y retrocesos en la última década del siglo pasado, al interior de las empresas estatales existían diversos problemas que requerían de soluciones razonables antes de su privatización; todo ello en el marco de un saneamiento económico financiero.

Sin embargo, como se sabe, lo que se produjo fue una racionalización de trabajadores de manera abrupta y sin precedentes; por ejemplo, se llevó a cabo la racionalización del personal de las empresas a través de la ejecución de programas de retiro voluntario con incentivos.

Tal como lo explica el economista Rosendo Paliza, en el corto plazo, el efecto de la privatización en el empleo tiende a ser negativo debido a que previo a la privatización, las empresas estatales tienen que adecuarse a las condiciones del mercado y reducir el personal en exceso. Así, desde 1991 a 1999, la privatización de empresas estatales ha generado inicialmente una reducción de empleo estatal en alrededor de 120 mil trabajadores. De este total, el 64 por ciento (77 mil trabajadores) se retiraron con incentivos en la reestructuración seguida en muchas empresas, previa a su privatización, así como por la liquidación de algunas de ellas. El 36 por ciento restante (43 mil trabajadores) mantuvieron su empleo en las empresas ya privatizadas (Paliza, 1999). Así pues, conforme lo señala el economista, la mayor parte de los trabajadores que se retiraron con incentivos habrían optado por el autoempleo y otros accedieron a una plaza en una empresa privada.

Por todo ello, uno de los efectos sociales que se desencadenó tras la racionalización de los servidores públicos es la constitución de un núcleo social de personas en edad laboral que buscaban, contra todo obstáculo, la reparación integral de sus derechos laborales y el cumplimiento de sus derechos constitucionales.

Cuando se inició la ejecución de los programas de retiro voluntario con incentivos en las entidades públicas del país, aún no existía la Constitución de 1993, la actual, sino que estaba vigente la Constitución de 1979 que, inclusive, era más garantista, pues señalaba que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres, y representa la base del bienestar nacional; asimismo, en su artículo 42, prescribía que

corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza, y que aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil que los proteja contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones; también, consignaba que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato. Inclusive, el artículo 48 señalaba que el Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo, y que el trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada.

Dentro de ese contexto constitucional se dieron los ceses colectivos. Se emitió una serie de medidas legales orientadas a la reducción del personal dentro de las empresas de propiedad del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada, así como del personal en las entidades del sector público, entre ellos, los ministerios, consejos transitorios de administración regional y gobiernos locales (Comisión Multisectorial, 2023).

En resumen, entre los años 1991 al 2000, se produjeron ceses colectivos en las empresas y en las entidades del Estado sometidas a procesos de promoción de la inversión privada, a través de retiros voluntarios con incentivos y ceses bajo otras modalidades. Cabe precisar que no todos estos casos podrían ser calificados de irregulares o ilegales, por lo que se hace necesaria una revisión de estos (Rojas, 2023).

3. LO DISPUESTO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Con todo, la violación del derecho fundamental al trabajo no fue la única vulneración que sufrieron los trabajadores cesados. El siguiente derecho fundamental que les fue vulnerado ha sido el derecho a cuestionar esos ceses colectivos o despidos masivos. El Estado no les

daba acceso a una vía idónea o a un recurso efectivo para que puedan presentar algún tipo de reclamo en la vía administrativa ni judicial. Todo ello fue objeto de revisión por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Así, en la sentencia denominada «Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006), la Corte señala lo siguiente:

129. En conclusión, la Corte observa que este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativo o de amparo. [...]

131. En el presente caso, los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una adecuada y efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia de las presuntas víctimas cesadas del Congreso peruano, en los términos de la Convención Americana. 132. Con base en lo anteriormente expuesto, la Corte concluye que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las 257 personas relacionadas en el Anexo de la presente Sentencia.

Del mismo modo, en el extenso voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, contenido en la sentencia denominada «Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú» Corte IDH (2007), se aprecia el siguiente razonamiento sobre el derecho al acceso a la justicia y la ampliación del contenido material del *jus cogens*:

26. En resumen y conclusión, el comportamiento de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos debe ajustarse al resultado que imponen las obligaciones convencionales de protección. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no es el resultado que está condicionado por el comportamiento del Estado, sino, al revés, es el comportamiento del Estado que está condicionado por la consecución del resultado que busca la normativa de protección. La Corte Interamericana, al ordenar reparaciones, ni siempre entra en detalles sobre de qué modo debe el Estado comportarse, pero determina que debe el Estado demandado alcanzar el resultado de lo ordenado por ella: la reparación debida a las víctimas. [...]

49. No puedo aceptar de modo alguno, aún menos en materia de derecho imperativo (como la del acceso a la justicia), que un razonamiento judicial continúe inspirándose en la desacreditada visión de las obligaciones de medio o comportamiento. Las obligaciones convencionales son, todo lo contrario, obligaciones de resultado. Tampoco puedo aceptar que la Corte se exima de ejercer su deber de control de convencionalidad en el presente procedimiento de Interpretación de Sentencia, y se satisfaga en dejar para una posterior etapa de supervisión de ejecución de Sentencia el examen de eventuales dificultades que ya parece presentir vengan a ocurrir.

Como se aprecia, la Corte IDH ha constatado la violación del derecho efectivo al acceso a la justicia por parte del Estado peruano por la falta de vías, de recursos y de mecanismos de resolución de controversias y reclamos por parte de los trabajadores cesados de las entidades públicas del país en la década de 1990.

4. LA LEY N.º 27803 Y LOS BENEFICIOS RESARCITORIOS

4.1. Las primeras leyes

El Estado peruano tenía que reaccionar frente a la presión internacional de adecuar su normativa interna al respeto de los derechos fundamentales al trabajo y al acceso a la justicia, razones por las cuales mediante las leyes n.º 27452, 27487 y 27586 se crearon comisiones especiales y multisectoriales encargadas del proceso de revisión de los ceses colectivos ocurridos en las empresas del Estado, en las entidades públicas, los ministerios, los gobiernos regionales y los locales. Tal proceso de revisión fue canalizado finalmente con la expedición de la Ley n.º 27803, de fecha 29 de julio de 2002, por la que, tomando en cuenta las conclusiones de las comisiones especiales y multisectoriales, se creó el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente (RNTCI), en el cual se inscribieron a los extrabajadores cuyos ceses fueron calificados como irregulares o sus renunciaciones fueron coaccionadas, según la calificación efectuada por la Comisión Ejecutiva que se creó con la mencionada ley, así como un programa extraordinario de beneficios a favor de estos para el resarcimiento de sus derechos laborales vulnerados.

Producto de la revisión realizada por las comisiones creadas por leyes n.º 27803 y 29059, desde el año 2002, se emitieron cinco listados de extrabajadores a ser inscritos en el RNTCI. Posteriormente, el Congreso de la República aprobó por insistencia la Ley n.º 31218,

publicada el 18 de junio de 2021. Esta norma y luego su reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 019-2021-TR han establecido una nueva conformación y estructura de la Comisión Multisectorial encargada de la revisión, entre otras particularidades, que ha correspondido que sean implementadas en el proceso de reparación de los ceses colectivos.

4.2. Los seis listados

El primer listado fue aprobado mediante la Resolución Ministerial n.º 347-2002-TR, de fecha 22 de diciembre de 2002, que contenía un total de 7079 extrabajadores a ser inscritos en el RNTCI. El segundo listado fue aprobado mediante la Resolución Ministerial n.º 059-2003-TR, de fecha 27 de marzo de 2003, que contenía un total de 10 920 extrabajadores a ser inscritos en el RNTCI. El tercer listado fue aprobado mediante la Resolución Suprema n.º 034-2004-TR, de fecha 01 de octubre de 2004, que contenía un total de 10 124 extrabajadores a ser inscritos en el RNTCI. Luego, hubo una aplicación de la Ley n.º 29059, ley que otorga facultades a la Comisión Ejecutiva creada por Ley n.º 27803 para revisar los casos de los extrabajadores que se acojan al procedimiento de revisión por no inclusión en la Resolución Suprema n.º 034-2004-TR. Como producto de la revisión realizada a solicitud de los extrabajadores a cargo de la Comisión Ejecutiva se procedió a aprobar un cuarto listado de 7676 extrabajadores a inscribirse en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, listado que fue publicado mediante Resolución Suprema n.º 028-2009-TR en el *Diario Oficial El Peruano* el 05 de agosto de 2009.

Posteriormente, se dio un procedimiento de aplicación de la Ley n.º 30484, ley de reactivación de la Comisión Ejecutiva creada por la Ley n.º 27803, ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las leyes n.º 27452 y 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado

sujetas a procesos de promoción de la inversión privada, y en las entidades del sector público y gobiernos locales. Como producto de la labor de la Comisión Ejecutiva reinstalada se aprobó un quinto listado de 8855 extrabajadores a ser inscritos en el RNTCI, el cual fue publicado mediante Resolución Ministerial n.º 147-2017-TR, el 17 de agosto de 2017.

Finalmente, mediante Ley n.º 31218, ley que autoriza la revisión de los casos de extrabajadores que se acogieron al procedimiento previsto por la Ley n.º 30484, se procedió a inscribir en el RNTCI a 13 530 trabajadores cesados irregularmente; todo ello mediante la Resolución Ministerial n.º 093-2023-TR de fecha 17 de febrero de 2023.

4.3. Los últimos dos listados de trabajadores cesados irregularmente

Mediante la Ley n.º 30484, de fecha 31 de mayo de 2016, se reactiva la Comisión Ejecutiva creada por la Ley n.º 27803, ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las leyes n.º 27452 y 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y en las entidades del sector público y gobiernos locales; modificada por la Ley n.º 28299 y ampliada por la Ley n.º 29059, para que en un plazo de noventa días hábiles se proceda a revisar las reclamaciones interpuestas contra la Resolución Suprema 028-2009-TR, aplicando el criterio de la analogía vinculante. Mediante el Decreto Supremo n.º 011-2017-TR, de fecha 20 de junio de 2017, se señaló que, conforme a lo establecido en la Ley n.º 30484, la Comisión Ejecutiva tiene por objeto la revisión de las reclamaciones administrativas o judiciales interpuestas hasta el 6 de julio de 2016

contra la Resolución Suprema n.º 028-2009-TR, aplicando el criterio de analogía vinculante.

Asimismo, mediante el artículo 4 de la Ley n.º 30484 se dispuso exonerar de las normas de austeridad a las entidades del Estado que tengan que ejecutar las opciones de la Ley n.º 27803, ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las leyes n.º 27452 y 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada, y en las entidades del sector público y gobiernos locales; y de la Ley n.º 29059, a los beneficiarios que aún no han obtenido su beneficio, así como a los que resulten beneficiarios del proceso de revisión, autorizándose inclusive la modificación de sus instrumentos de gestión institucional.

Posteriormente, se emitió la Ley n.º 31218, ley que autoriza la revisión de los casos de extrabajadores que se acogieron al procedimiento previsto por la Ley n.º 30484, la misma que tuvo por objeto permitir que los extrabajadores que se acogieron al procedimiento de revisión establecido por la Ley n.º 30484 y que no fueron incluidos en la relación de extrabajadores, aprobada por la Resolución Ministerial n.º 142-2017-TR, soliciten la reevaluación de sus casos.

Conforme a la Ley n.º 31218, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos asumió la Secretaría de la Comisión Multisectorial que tenía por objeto determinar y estructurar la lista final de cesados colectivos irregulares del periodo 1990. Dicha Comisión Multisectorial se encargó de revisar las solicitudes de todos los extrabajadores que se encuentren en los siguientes supuestos: i) quienes se acogieron al procedimiento de revisión establecido por la Ley n.º 30484 y no fueron incluidos en la relación final; ii) quienes padezcan de alguna enfermedad profesional, que hayan sufrido prisión (salvo excepciones), que hayan residido en el extranjero o en zonas inhóspitas del país, y

que por ello no pudieron presentar oportunamente su expediente; iii) quienes no se hubiesen acogido a los efectos de las leyes n.º 27452 y 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada, y en las entidades del sector público y gobierno locales, modificadas por la Ley n.º 28299, ampliada por las leyes n.º 29059 y 30484.

En esta labor, conforme al «Reglamento Interno de Funcionamiento y del Proceso de Revisión de la Comisión Multisectorial», en su artículo 4, se tuvo como base legal de la Comisión revisora el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado por el DS 004-2019-MINJUS; la Ley n.º 31218, ley que autoriza la revisión de los casos de extrabajadores que se acogieron al procedimiento previsto por la Ley n.º 30484; y el D.S. n.º 019-2021-TR, Reglamento de la Ley n.º 31218, ley que autoriza la revisión de los casos de extrabajadores que se acogieron al procedimiento previsto por la Ley n.º 30484.

5. LA JUSTICIA LABORAL Y NUEVAS PERSPECTIVAS

5.1. El Noveno Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio

En el escenario de un proceso judicial, el actor principal es la parte demandante (en este caso, el trabajador cesado irregularmente) que acude al único órgano jurisdiccional habilitado a nivel nacional a fin de obtener tutela judicial efectiva, esto es, al Noveno Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Al respecto, es de importancia visualizar los antecedentes históricos de este Juzgado, toda vez que en el año 2006, mediante Resolución Administrativa n.º 143-2006-CE-PJ se crea el 1.º y 2.º

Juzgados Especializados de Trabajo Transitorios en el Distrito Judicial de Lima, encargados de tramitar las demandas de revisión de beneficios sociales de extrabajadores. Luego, por la Resolución Administrativa n.º 245-2007-CE-PJ, de fecha 16 de octubre de 2007, se resolvió como artículo primero, lo siguiente: «Modificar la denominación del 1.º y 2.º Juzgados Especializados de Trabajo Transitorios del Distrito Judicial de Lima, creados mediante Resolución Administrativa n.º 143-2006-CE-PJ, por el de 1.º y 2.º Juzgados Transitorios Especiales de la Corte Superior de Justicia de Lima».

Posteriormente, mediante Resolución Administrativa n.º 143-2012-CE-PJ, de fecha 24 de julio de 2012, se dispuso en el literal j) del artículo resolutivo 2, lo siguiente: «el 1.º y 2.º Juzgados Especializados de Trabajo Transitorios Especiales seguirán conociendo los procesos sobre ceses colectivos (Ley n.º 27803) con su misma competencia territorial actual. Dichos órganos jurisdiccionales se denominarán 9.º y 10.º Juzgados Especializados de Trabajo Transitorios de Lima [...]».

Finalmente, a través de la Resolución Administrativa n.º 492-2016-P-CSJLI-PJ, de fecha 11 de agosto de 2016, se dispone que el 10.º Juzgado de Trabajo Transitorio remita la totalidad de los expedientes a la mesa de parte de su sede a fin de ser remitidos al 9.º Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio, siendo este último el único juzgado competente en la Corte Superior de Justicia de Lima para resolver los procesos referidos a la revisión de los beneficios de los extrabajadores a que hace referencia la Ley n.º 27803.

5.2. Cómo se dilucidan los casos judiciales

En la sede judicial, cuando el expediente está en despacho a punto de expedirse la sentencia judicial de primera instancia, se puede aseverar que el asunto litigioso parte de lo que el principio de igualdad ante la ley exige en estos casos y culmina en un estadio netamente probatorio. Con todo, el trayecto del razonamiento judicial pasa por tratar de

hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a la justicia de los trabajadores cesados y su derecho fundamental a un resarcimiento integral y efectivo.

En ese entendido, en toda controversia de ceses colectivos se debe respetar el debido proceso, la legalidad y el principio de motivación. Para ello, se parte de lo que exige en cada caso el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución; conforme a la Constitución, los criterios jurídicos aplicables a los extrabajadores inscritos en la sexta lista de trabajadores cesados irregularmente deben ser los mismos que se aplicaron a los trabajadores de las cinco primeras listas. Sin perjuicio de lo cual, debe tenerse presente que ante el cambio de escenarios fácticos no corresponde aplicar el principio de igualdad ante la ley de forma abstracta, sino considerando el caso concreto, y los parámetros legales y reglamentarios que se ha tenido en cuanto a la reincorporación laboral de los trabajadores cesados irregularmente.

Sin embargo, hay dificultades procesales que se deben superar tal como el caudal probatorio que ofrecen ambas partes del proceso: el demandante que es el trabajador cesado y el demandado que es la entidad pública. En efecto, se sabe, por ejemplo, que para las primeras tres listas de trabajadores cesados se habilitaron plazas vacantes que fueron ocupadas por los trabajadores inscritos en las aludidas listas; sin embargo, al devenir una cuarta, quinta y sexta lista —ampliación de la quinta lista— y al pretenderse la ejecución del beneficio de reincorporación, habría de probarse que se han creado nuevas plazas, lo que incide en el presupuesto público. En consecuencia, se aprecia de esta manera cómo el principio de igualdad ante la ley riñe con el principio de equilibrio presupuestario.

5.2.1. El condicionamiento de la plaza presupuestada y vacante

Ahora bien, este conflicto de principios ha sido aclarado mediante la normativa expedida por el Congreso de la República y por el Ministerio de Trabajo. Es verdad que, en un primer momento, conforme al artículo 11 de la Ley n.º 27803, el beneficio de la reincorporación estuvo condicionado a la disponibilidad de plaza presupuestada vacante; sin embargo, posteriormente, mediante la Ley n.º 29059 se estableció expresamente en su Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y Final que el acceso y goce a los beneficios del Programa Extraordinario no podrán ser restringidos ni limitados por el cumplimiento de requisitos o supuestos similares, incluyendo la realización de procesos de selección, evaluación o actos análogos. Era únicamente indispensable encontrarse inscrito en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente; y que los trabajadores reincorporados serían capacitados para lograr los perfiles que requiera la plaza asignada, de acuerdo con los objetivos de la institución, siendo que los extrabajadores de las empresas del Estado y del sector público, gobierno regional y gobierno local podrían ser reubicados, indistintamente, en el sector en el que cesaron.

En el mismo sentido, si bien mediante el artículo 8 del Decreto Supremo n.º 011-2017-TR se dispuso que la incorporación de los extrabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente estaba sujeta a la disponibilidad de plazas presupuestadas vacantes, esta disposición ha sido derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo n.º 011-2018-TR, publicado el 21 octubre de 2018. En consecuencia, en la sede judicial debe tenerse la convicción de que no es un requisito vigente que el trabajador ni la entidad demuestren la disponibilidad de la plaza presupuestada vacante para acceder al beneficio de reincorporación; por ende, únicamente es indispensable

encontrarse inscrito en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente.

Por lo demás, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación n.º 19953-2019 del Santa, anotó que:

Noveno. En ese sentido, a la parte demandante se le reubicó respetando el mismo régimen laboral en el que se venía desempeñando a la fecha de su cese en el año 1991 (conforme el artículo 12 de la Ley n.º 27803); esto es el régimen del Decreto Legislativo n.º 276, y en una plaza, la cual estuvo presupuestada, dado que el artículo 23 del Decreto Supremo n.º 014-2002-TR, establece que se tomará como referencia la plaza que ocupaba al momento del cese, no siendo obligatorio que la plaza tenga que ser la misma.

Igualmente, en la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación laboral n.º 14180-2017-Lima sobre «Proceso ordinario laboral seguido por Victoria Emperatriz Mendoza Soto, sobre reincorporación, Ley n.º 27803, contra Banco Central de Reserva del Perú (BCRP)», ha señalado lo siguiente:

Vigésimo. Del análisis de los dispositivos legales citados se advierte que se ha derogado cualquier barrera que impida la reincorporación de los extrabajadores cuyo cese ha sido declarado irregular, siendo únicamente necesario que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente (RNTCI); por lo tanto, cualquier exigencia o acto orientado a impedir su cumplimiento deviene en arbitrario. En tal sentido, la entidad emplazada no puede

incumplir el mandato de reincorporación bajo el sustento de ausencia de plazas vacantes, procesos de selección y/o evaluación previstos en los artículos 13 y 20 del Decreto Supremo n.º 014-2002-TR, Reglamento de la Ley n.º 27803.

5.2.2. Nuevamente, el elemento probatorio

Ahora bien, si bien el requisito de las plazas presupuestadas vacantes—esto es la existencia de plazas de reincorporación— no corresponde ser exigible y que, por el contrario, es una exigencia que la ejecución del beneficio de reincorporación se realice sin formalismos—requisitos adicionales ni excepciones—, no obstante, y pese a ello, aún parece quedar como tarea pendiente extraer una suerte de racionalidad de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria y Final de la Ley n.º 29059, que estableció expresamente que el acceso y goce a los beneficios del Programa Extraordinario no podrán ser restringidos ni limitados por el cumplimiento de requisitos o supuestos similares, incluyendo la realización de procesos de selección, evaluación o actos análogos, siendo únicamente indispensable encontrarse inscrito en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente.

Entonces, se tiene, por un lado, una ley que abre ampliamente el acceso del beneficio de reincorporación; y, por el otro lado, se tienen las leyes y los principios del Sistema Nacional de Presupuesto. Frente a ello, ambos lados deben ser tratados como elementos que se deben considerar en su conjunto; y, en cada caso, se debe evidenciar si el principio que respalda a una norma riñe o colisiona con el principio que respalda a la otra norma. En efecto, la exigencia de carácter económico, presupuestal y de eficiencia debe ser colocada justo al lado de la exigencia del principio de igualdad ante la ley para dilucidar en cada caso qué exige el derecho ante la pretensión de reincorporación de la parte demandante.

En adición a lo expuesto, aparecen dos elementos fácticos a considerar: primero, que casi ninguna institución, entidad o empresa del Estado se allana o colabora transparentando toda la información que tenga en los procesos judiciales de ejecución del beneficio de reincorporación; y, segundo, que la mayoría de las instituciones, entidades o empresas del sector público demandadas no acreditan la no necesidad del servicio que pudieran ofrecer los extrabajadores reincorporados.

Por ende, en el centro del litigio judicial está el elemento probatorio: las entidades públicas tendrían que demostrar que su presupuesto no podría cubrir el costo de plazas laborales de los demandantes trabajadores cesados; tendría que acreditarse que si hubo trabajadores que cesaron por diversas causales en los últimos cinco años o fallecidos en el periodo de emergencia nacional por la pandemia del COVID-19, sus plazas ya han sido cubiertas; de otro lado, las entidades tendrían que transparentar si continúan contratando a trabajadores mediante las diversas modalidades de contratación; demostrar, asimismo, que la inclusión de mayor personal de trabajo ocasionaría hacinamiento en el centro laboral; de igual manera, probar si la entidad tiene sedes o locales de forma descentralizada a nivel nacional o si se trata de una institución con un sola sede en la capital; finalmente, las entidades tendrían que probar la no necesidad de un servidor en la áreas que pretende el demandante ser reincorporado, entre otros.

5.2.3. La edad de los trabajadores cesados

Este tema tiene que ver con la razonabilidad de la ejecución del beneficio de reincorporación. Conforme a lo expuesto en el Expediente n.º 06050-2014-PA/TC por el Tribunal Constitucional y la Casación n.º 2501-2009-Ica, por la Corte Suprema de Justicia, cuando se verifique que la edad del demandante es de 70 años o más, deviene en

irreparable la extinción de la relación laboral. Tendrá que ser verificado en cada caso, si el recurrente tiene a la fecha de expedirse la sentencia menos de 70 años; ello será importante a fin de verificar si es aún reparable su vínculo laboral a través de uno nuevo.

Recordemos que el artículo 12 de la Ley n.º 27803, modificado por el artículo 2 de la Ley n.º 28299, señala que:

deberá entenderse reincorporación como un nuevo vínculo laboral, generado ya sea mediante contratación bajo el Régimen Laboral de la Actividad Privada o nombramiento dentro del Régimen Laboral del Servidor Público, a partir de la vigencia de la presente Ley. Para efectos de la reincorporación o reubicación deberá respetarse el régimen laboral al cual pertenecía el extrabajador al momento de su cese.

Con todo, en el marco de interpretación del Convenio 111 y la Recomendación sobre los Trabajadores de Edad R162, ambos de la Organización Internacional de Trabajo (OIT, 1958), se tiene que el Estado debe defender una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, en el marco de su legislación y práctica relativas a tal política, y se deberían adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación (Numeral 1.3 del punto II de la Recomendación).

5.2.4. El beneficio de reincorporación no es el único

En el presente artículo, hemos puesto mayor énfasis en el beneficio resarcitorio de la reincorporación laboral, pero debe consignarse que este no es el único beneficio al cual pueden acceder los trabajadores cesados irregularmente. Como se sabe, el artículo 3 de la Ley n.º 27803 señala que los extrabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación

de la aludida ley y que se encuentren debidamente inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente tendrán derecho a optar alternativa y excluyentemente entre los siguientes beneficios: reincorporación o reubicación laboral, jubilación adelantada, compensación económica, y capacitación y reconversión laboral.

Al respecto, cabe recordar la sentencia recaída en el «Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú» en el que se condenó al Estado peruano por su responsabilidad en la violación del derecho a la protección judicial (artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos), al derecho a las garantías judiciales (8.1) y al deber de adoptar las disposiciones del derecho interno (artículo 2), en perjuicio de 257 trabajadores cesados del Congreso de la República. En dicha sentencia, en el fundamento 143, expresamente, la Corte IDH no ordenó la reposición de los trabajadores cesados, a pesar de que el cese fue violatorio de la Convención Americana, aunque se menciona que la aplicación del principio *restitutio in integrum* debe ser en lo posible la forma de reparación del daño ocasionado por la infracción.

Por ello, consideramos que, en casos puntuales, aun cuando los trabajadores cesados hayan elegido un beneficio resarcitorio que no se puede ejecutar por diversos impedimentos legales, es deber exigido por la justicia laboral hacer realidad el principio *restitutio in integrum* a efectos de no dejar en desamparo a la víctima del cese colectivo irregular. Por ejemplo, si la parte demandante demuestra que al momento de elegir el beneficio resarcitorio de la reincorporación y al momento de interponer su demanda, aún no tenía la edad de setenta años, no se podría declarar improcedente la demanda, toda vez que la parte demandante cumplía con los requisitos para su reincorporación, esto es, aún no contaba con setenta años de edad; sin embargo, teniendo en cuenta el tiempo aproximado de cinco años que demora el expediente para contener una sentencia firme y consentida, a la fecha

de expedirse sentencia puede ocurrir que la parte demandante haya superado los setenta años de edad.

La pregunta es qué se puede hacer en este caso puesto a modo de ejemplo. Esta situación está regulada en la norma correspondiente, pues de conformidad con el último párrafo del artículo 21 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo n.º 003-97-TR, el trabajador cesado que se encuentra en esta situación ha alcanzado la edad de jubilación obligatoria y automática, lo que haría inviable e inejecutable su reincorporación efectiva por causal sobreviniente.

Sin embargo, con dicha situación jurídica se estaría generando una total desprotección al trabajador víctima de un cese colectivo irregular, que luego de haber iniciado oportunamente su proceso judicial para lograr su reincorporación, vería truncado su deseo de ser repuesto en su empleo, situación que riñe con el principio de igualdad ante la ley, pues tanto el Ministerio de Trabajo como el Congreso de la República, así como la entidad donde laboraba el extrabajador, no habrían cumplido con atender oportunamente su pedido, pudiendo haber reincorporado al extrabajador y reconocido el pago de aportaciones pensionarias a la Ley n.º 19990 por un periodo máximo de 12 años de conformidad con el artículo 13 de la Ley n.º 27803.

Ante ello, si bien es evidente la imposibilidad de ejecutar el beneficio reconocido al trabajador demandante consistente en la reincorporación laboral, sin embargo, se debe recordar lo resuelto en la Casación laboral n.º 318-2017- Lima, de fecha 21 de agosto de 2018, que en aplicación del principio laboral de la interpretación más favorable al trabajador dispone se conceda a la parte demandante una compensación económica en atención con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley n.º 27803 e inciso 3 del artículo

10 del Decreto Supremo n.º 014-2002-TR, Reglamento de la Ley n.º 27803, equivalente a dos remuneraciones mínimas vigentes a la fecha de publicación de la ley, por cada año de trabajo acreditado hasta un máximo de quince años, conforme lo dispone el artículo 16 de la Ley n.º 27803, siendo este resarcimiento económico más favorable que la indemnización prevista en el artículo 38 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR.

No olvidemos que entre los beneficiarios de las «Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad» están aquellas personas que, por razón de su edad, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Sin duda, «el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia». En definitiva, se debe resarcir a estos trabajadores cesados irregularmente bajo el principio *restitutio in integrum*; esto es lo que exige el derecho en estos casos.

6. CONCLUSIONES

Primero, los ceses colectivos en la década de 1990 representaron una flagrante violación del derecho al trabajo y un continuo atropello al acceso a la justicia para las víctimas, especialmente para aquellos en situación de vulnerabilidad debido a su edad.

Segundo, la Ley n.º 27803 y todo el marco de desarrollo normativo posterior es producto de la actuación conjunta del gobierno entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, y la intervención de la Corte IDH para el efectivo resarcimiento de los trabajadores cesados

irregularmente. No obstante, las medidas administrativas tomadas por el Ministerio de Trabajo no han dado resultados, lo que ha obligado a los extrabajadores cesados a pedir tutela jurisdiccional efectiva ante el tercer poder del Estado.

Tercero, la justicia laboral tiene tres retos: el primero, el de brindar una atención célere en los procesos de ceses colectivos que actualmente están en la etapa de ejecución, debido a la edad avanzada de los demandantes y el peligro de la irreparabilidad; el segundo, el de proteger a los trabajadores inscritos en el RNTCI y resarcir a estos ciudadanos bajo el principio *restitutio in integrum*; finalmente, el tercero, se tiene el reto de actuar de manera conjunta desde la máxima autoridad del Poder Judicial para coordinar con los altos representantes de las entidades demandadas a fin de que aceleren la ejecución del beneficio laboral resarcitorio, dado el peligro de irreparabilidad de las víctimas.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*. Pasos Perdidos.
- Casación n.º 14180-2017-Lima (2017). Poder Judicial del Perú (05 de abril de 2019).
- Casación n.º 2501-2009-Ica (2010). Poder Judicial del Perú (15 de enero de 2010).
- Casación n.º 318-2017-Lima (2018). Poder Judicial del Perú (21 de agosto de 2018).
- Casación n.º 19953-2019-Del Santa (2019). Poder Judicial del Perú (18 de julio de 2023).
- Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico (1990). *El debate: Versión completa del debate realizado entre los candidatos*

a la presidencia de la República, en el Centro Cívico de Lima, el 3 de junio de 1990. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. <https://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/399>

Convenio C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (n.º 111) (s/f). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). vs. Perú. Solicitud de Interpretación.* https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_174_esp.pdf

Expediente n.º 03615-2013-PC/TC-Lambayeque (2018). Tribunal Constitucional (02 de agosto de 2018). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/03615-2013-AC.pdf>

Expediente n.º 06050-2014-PA/TC-Lima Norte (2017). Tribunal Constitucional (31 de agosto de 2017). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/06050-2014-AA.pdf>

Informe final de revisión dispuesto por la Ley n.º 31218. (s/ f). Informes y Publicaciones - Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - Plataforma del Estado Peruano.

Paliza, R. (1999). Impacto de las privatizaciones en el Perú. *Revista Estudios Económicos*, 4, 9-37.

Resolución Administrativa n.º 143-2006-CE-PJ. (2006). Poder Judicial del Perú (06 de noviembre de 2006).

Resolución Administrativa n.º 143-2012-CE-PJ. (2012). Poder Judicial del Perú (24 de julio de 2012).

Resolución Administrativa n.º 245-2007-CE-PJ. Poder Judicial del Perú (16 de octubre de 2007).

- Resolución Administrativa n.º 492-2016-P-CSJLI-PJ. (2016). Poder Judicial del Perú (11 de agosto de 2016).
- Resolución Ministerial n.º 034-2004-TR. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (01 de octubre de 2004).
- Resolución Ministerial n.º 059-2003-TR. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (27 de marzo de 2003).
- Resolución Ministerial n.º 093-2023-TR. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (17 de febrero de 2023).
- Resolución Ministerial n.º 147-2017-TR. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (17 de agosto de 2017).
- Resolución Ministerial n.º 347-2002-TR. Ministerio de Trabajo (22 de diciembre de 2002).
- Resolución Suprema n.º 028-2009-TR. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (05 de agosto de 2009).
- Rojas, I. (2023). Ceses colectivos estatales irregulares: Nueva lista reconoce beneficios laborales y previsionales a 13 530 extrabajadores cesados en los noventa - La Ley.
- Tello Gilardi, J. y Calderón Puertas, C. (comps.). (2009). *Reglas de Brasilia. Por una justicia sin barreras*. Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad. Fondo Editorial del Poder Judicial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fondoeditorial/s_fondoe/as_colecciones/as_derecho_accesoalajusticia/fe_f_reglas_de_brasilia._por_una_justicia_sin_barreras

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

El autor declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

Análisis e interpretación de datos para el trabajo; redacción del trabajo y su revisión crítica; aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

Agradezco a mis padres por haberme brindado su amor y su apoyo incondicional en cada paso de mi carrera profesional.

Biografía del autor

El autor es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; ha llevado el curso de alta especialización sobre «La Protección Supranacional de los Derechos Fundamentales (Poder Judicial del Perú)» en la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. También, ha realizado estudios en «Lecciones Constitucionales en tiempos de crisis (3.^a ed.)», organizado por el Grupo de Investigación Junta de Andalucía «Derechos Fundamentales, Andalucía y la Unión Europea» (Universidad de Jaén, SEJ 173) y el Instituto para el Desarrollo Constitucional, con la colaboración de la Universidad de Bolonia y del Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Sur de Europa. Es egresado de la maestría en Derecho con mención en «Tutela de los derechos, globalización de la justicia y Estado constitucional» por la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, se desempeña como servidor jurisdiccional del Poder Judicial. Asimismo, ha disertado en diversas ponencias organizadas por la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Comisión del Programa Secigra Derecho.

Correspondencia

jhuancapaza@pj.gob.pe



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 307-336

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.972>

Discriminación por género: perversa connivencia social y política de hombres y mujeres

Gender Discrimination: Perverse Social and Political Connivance of
Men and Women

Discriminação de gênero: convivência social e política perversa de
homens e mulheres

JOSE LUIS FRETTIS

Universidad Nacional del Nordeste,
Facultad de Ciencias Económicas
(Resistencia, Argentina)

Contacto: jose.frettis@comunidad.unne.edu.ar

<https://orcid.org/0009-0001-7498-516X>

RESUMEN

Las diferencias entre las personas corresponden a la naturaleza misma y son utilizadas para discriminar por los grupos hegemónicos acomodados. La legitimación que hacen los practicantes de la discriminación se apoya en su necesidad de mantenerse empoderados, porque se benefician socialmente. Además, el rédito de este acto avanza hasta el plano psicológico, pues los regocija en autoestima y egocentrismo. La discriminación por género suele ser la más común, pero no solo se

discrimina a la mujer, sino a todo lo que represente «femenino». Lamentablemente, las discriminaciones se arraigan en las sociedades haciéndose estructurales. En la actualidad, existen abundantes normas locales e internacionales, pero desde los esquemas discriminatorios estructurales se ingenian para que dichos bloques normativos sean simples «maquillajes estéticos sociales»; de esta manera, se obtura el acceso efectivo a los derechos y a la justicia.

Palabras clave: vulnerabilidad; género; organismos.

Términos de indización: grupo desfavorecido; igualdad de género; Estado (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The differences between people correspond to nature itself and are used by hegemonic, well-off groups to discriminate. The legitimation of practitioners is supported by the need to remain empowered; they benefit socially. The profit advances to the psychological level that rejoices in self-esteem and egocentrism. Gender discrimination is one of the most common. Not only are women discriminated against, but also everything that represents «feminine». Discrimination takes root in societies, becoming structural. Currently, there are abundant local and international regulations, but structural discriminatory schemes contrive to turn these regulatory blocks into social «aesthetic make-up», blocking effective access to rights and justice.

Key words: vulnerability, gender, organisms.

Indexing terms: disadvantaged groups; gender equality; State (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

As diferenças entre as pessoas correspondem à própria natureza e são utilizadas por grupos hegemónicos e abastados para discriminar. A legitimação dos profissionais é apoiada pela necessidade de permanecerem empoderados, beneficiando-se socialmente. O lucro avança para o nível psicológico que se alegra com a autoestima e o egocentrismo. A discriminação de género é uma das mais comuns. Não só as mulheres são discriminadas, mas também tudo o que representa o «feminino». A discriminação enraíza-se nas sociedades, tornando-se estrutural. Actualmente, existem abundantes regulamentações locais e internacionais, mas esquemas discriminatórios estruturais conseguem transformar estes bloqueios regulamentares em «maquilhagem estética» social, bloqueando o acesso efectivo aos direitos e à justiça.

Palavras-chave: vulnerabilidade; género; organismos.

Termos de indexação: grupo desfavorecido; igualdade de género; estado (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 30/03/2024

Revisado: 04/04/2024

Aceptado: 14/06/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

Las diferencias entre las personas, como condición de valoración cultural, tal vez se remonten al origen de la humanidad. En el caso de los hombres, los ancianos sabios contra los jóvenes, los hombres jóvenes y fuertes contra los ancianos débiles físicamente; en el caso de las mujeres, las fértiles contra las estériles, las mujeres procreadoras de varones contra las mujeres procreadoras de niñas, entre otros. En el Occidente, durante la Edad Media, a través de las pinturas y

de los relatos, observamos que los hombres de las cortes usaban unas pelucas blancas y abultadas, sus rostros estaban empolvados de blanco y sobre todo su uso de tacones, entre otros ornatos. Los zapatos altos indicaban separación del suelo y estatus de nivel superior al resto de las personas; sin embargo, hoy estos ornamentos son considerados sutilmente femeninos.

Las diferencias son características humanas naturales entre las personas y entre todos los seres vivientes. El hombre las ha utilizado para hacerse del poder, conservarlo y dominar. Son ejemplo de ello las monarquías hereditarias, en las que se excluía el traspaso del poder a otras personas que no fuesen descendientes o de la propia familia del regente (preferentemente, el heredero varón); entre otros ejemplos, tenemos el papado de la Iglesia católica que excluye a las mujeres del liderazgo o el mayorazgo que pretendía conservar el grueso del patrimonio en el hijo mayor para evitar la división entre los herederos.

2. DESARROLLO

2.1. Evolución e involución

Con el correr del tiempo, los cambios culturales, los tecnológicos, las mayores complejidades de las relaciones personales, sociales, políticas y económicas hacen visibles las discriminaciones, y hacen variar las connotaciones de estas a nuevas situaciones. Esto pone en crisis aquellas reglas ortodoxas trazadas desde los estereotipos, pues la razón desmiente o vulgariza el misticismo de aquellas reglas escritas con carácter de pétreas por quienes se han beneficiado de ellas. La razón ha obligado a crear formas sofisticadas de apariencias para mantener y detentar el poder, subyaciendo los mismos criterios diferenciadores estructurados.

El fortalecimiento de las diferencias estriba o gravita entre los que tienen o detentan el poder y los que no lo tienen. El que tiene el poder impuso las diferencias sociales con relación a las características diferenciadoras que él –o el grupo– detentaba contra otros que carecían de estas: los ricos contra los pobres, los blancos contra los negros, los hombres contra las mujeres, los adultos contra los niños, los colonizadores contra los aborígenes, los heterosexuales contra los no heterosexuales, entre otras. Instalada la regla, continuaba el alineamiento de los que querían o podían cumplir con ella, aprovechándose del poder que les generaba y sobre todo oprimiendo a los que no lo tenían; entonces, la regla se instala como una situación beneficiosa de oportunidades y poder. El sistema requiere alineación, y por ello se hace necesario hacer respetar la regla para conservar el poder y evitar que otros escalen al estereotipo; o quizá para evitar que «los revolucionarios pretendan cambiar esas reglas», porque esto implicaría el caos.

2.1.1 Hechos históricos contra el *statu quo*-establishment

La humanidad en cada situación crea diferencias –color de piel, raza, riqueza, instrucción, tipos de trabajo, consanguinidad, sexualidad, género, ideología, religión, discapacidad física o mental, ancianidad, niñez–, y algunos grupos han encontrado la oportunidad de hacer discriminaciones, de crear situaciones de vulnerabilidad, y con ello cercenar la dignidad y los derechos de las otras personas, porque eso les genera poder.

La Revolución norteamericana de las Trece Colonias, ocurrida en 1776, fue impulsada por los líderes, caudillos y referentes de los Estados Unidos, que pretendían la abolición de las leyes establecidas por el imperio británico. Se produjo la Declaración de la Independencia (4 de julio de 1776) y la Constitución bajo los ideales republicanos (17 de septiembre de 1787). Si bien esta revolución no surgió del corazón

popular, sino más bien de la élite política líder que gobernaba los Estados de la Colonia, sin lugar a duda, significó un hito de libertad y rebeldía independentista contra el Estado regente, naciendo la autodeterminación emancipadora.

En el reino de Francia (1789), los ciudadanos empobrecidos y oprimidos se levantaron subversivamente contra la monarquía absolutista de Luis XVI. El regente fue ayudado por Austria y Prusia, pero fue en vano. Se permitió la instauración del gobierno republicano y liberal, derribaron la aristocracia, guillotinaron a los reyes y a sus edecanes bajo los propósitos de una sociedad basada en los principios fundamentales de los derechos humanos: libertad, igualdad, fraternidad. La Iglesia católica también fue afectada; se elaboró la primera Constitución republicana de Occidente. Sin embargo, estos incipientes matices republicanos retroceden durante la etapa imperial con Napoleón Bonaparte (1804-1815).

La Revolución bolchevique, ocurrida entre febrero y octubre de 1917, significó el derrocamiento del régimen del zar imperial ruso Nicolás II, dando lugar a la República Socialista Federativa Soviética de Rusia. La alianza de la clase obrera-campesina y las huelgas de los trabajadores de las fábricas dieron lugar al propósito de derribar al régimen gobernante ante el deterioro asfixiante de la economía de los zares. Se pretendía terminar con los latifundios y procurar el reparto de las tierras entre los campesinos. Se logró la expropiación de los grandes latifundios (150 millones de hectáreas) y los obreros participaron en el control de las empresas industriales. Todo esto dio lugar a la instalación de un gobierno bolchevique con ideas comunistas (Sovnarkom).

Con respecto a la abolición de la esclavitud, para Europa Press Noticias S. A. (2021), el inicio de la destrucción del sistema de la esclavitud en la Colonia de Santo Domingo (Haití) comenzó en 1791 y llevó a su abolición dos años después. A lo largo del siglo XIX,

las aboliciones llegaron a países como Dinamarca (1803), Países Bajos (1814), Chile (1823), y Reino Unido (1807) y sus colonias (entre 1833 y 1838) (Europa Press, 2021) (Europa Press).

Los trabajadores en condición de obreros o similar también han sido objeto de discriminación y opresión. Como consecuencia de la Revolución Industrial, los obreros, especialmente estadounidenses, trabajaban 12 horas al día durante seis o siete días a la semana, con salarios bajos, sin vivienda digna para sus familias y en pésimas condiciones de seguridad e higiene. La explotación infantil también era habitual al hacer trabajar a los niños en las minas, en las fábricas y en las industrias. Estas condiciones de abuso, como modalidad nueva, similares a la esclavitud, llevaron a los trabajadores de Chicago a protestar en mayo de 1886. Las manifestaciones se realizaron desde el 1 al 4 de mayo, y fueron organizadas por los movimientos obreros que exigían, sobre todo, la jornada laboral de ocho horas. El 4 de mayo de 1886 se produjeron protestas en la plaza Haymarket de Chicago, cuando estalló una bomba que causó la muerte de agentes de policía y manifestantes, lo que llevó a las fuerzas de seguridad a disparar contra la manifestación. Fueron reprimidos los trabajadores y se detuvo a los líderes del movimiento; cuatro de ellos fueron condenados a la pena de muerte. Se los denominó los «Mártires de Chicago». A partir de allí, la fecha del Primero de Mayo pasó a ser recordada como la Masacre de Haymarket. Recién en 1889, en París, esa fecha fue instaurada como el «Día del Trabajador» por el Congreso Obrero Socialista de la Segunda Internacional. Los Estados Unidos de Norteamérica celebran este feriado el primer lunes de septiembre, debido a que el presidente Grover Cleveland, en 1887, estableció esa fecha como «Día del trabajo» para evitar que el Primero de Mayo sirviera como veneración de los mártires de Chicago. Finalmente, en 1919, la Primera Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) propuso la adopción universal de la jornada laboral de ocho horas y la semana de 48 horas.

A lo largo de la historia de la humanidad, podemos evidenciar el protagonismo femenino en los ámbitos social, político y jurídico. En 1907, se celebró la I Conferencia Internacional de Mujeres Socialistas que luchaban por el sufragio femenino, el derecho a la jornada laboral y el derecho de sindicalización. Podemos destacar los hechos ocurridos el 8 de marzo de 1908, cuando fallecieron 123 mujeres y 23 hombres en una fábrica de camisas de Nueva York. Ellas eran empleadas de la fábrica que reclamaban menos horas de trabajo e iguales salarios a los varones; el dueño ordenó cerrar las puertas de la fábrica con ellas dentro. Se inició el incendio y no pudieron escapar. Fatalmente, fallecieron todos los que se encontraban dentro. Ese hecho significó el símbolo de la opresión contra las mujeres. En la II Conferencia Internacional de Mujeres Socialistas, realizada en Copenhague en 1910, se aprobó la celebración del «Día de la Mujer Trabajadora» el día 8 de marzo como forma de tener presente la lucha por la no discriminación en el espacio laboral y los derechos políticos de las mujeres.

2.2. Situación contemporánea

Se desmiente que los sujetos son vulnerables, no existen personas que por sí mismas sean vulnerables, más bien se encuentran en situación de vulnerabilidad, la cual no les es propia ni natural sino ideada, creada, planificada y ejecutada por las demás personas en la sociedad. La cuestión relativa a la sexualidad y género tal vez sea una de las más enquistadas en las sociedades de todos los tiempos; se relativizó en la superficie, pero perdura con muchas variantes y matices en los estereotipos, prejuicios y costumbres culturales.

El constitucionalismo pretendió regular estas desigualdades normativamente, abogando por mayores protecciones normativas posibles. La Constitución nacional de Argentina, desde su creación en 1853, positiviza estos principios desde el artículo 1 al 35; ocurrida

la reforma constitucional de 1994, desde artículo 36 a 43, refuerza con la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de los derechos humanos nombrados y previstos en el artículo 75 inciso 22.

La Constitución política de Perú blinda estos derechos fundamentales de las personas, desde el artículo 1 al 38, divididos en tres capítulos. Los artículos 55 a 57 refieren a los tratados internacionales, incluyendo los relativos a los derechos humanos. Los artículos 88 y 89 se refieren a los derechos de propiedad de los campesinos y los pueblos nativos. Es característica común en las normativas constitucionales asignar competencias a los órganos que estructuran el Estado constituyendo, asimismo, una valiosa garantía para las personas.

El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas señala como propósito «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas» (Carta de las Naciones Unidas).

Por su parte, la Declaración de los Derechos Humanos, entre tanto, en su artículo 7 expresa que «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación». Respecto del acceso a la justicia en sus Estados soberanos locales, el artículo 8 expresa: «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley», en concordancia con el artículo 10 respecto al juez imparcial (Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Desde la Organización de Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo II, consagra el derecho a la igualdad ante la ley «Todas las

personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna» (OEA - CIDH). En el artículo XXVI se refiere como derecho a acceder a un proceso.

Como se dijo, no basta con formalizar el reconocimiento de derechos humanos a la mujer, sino en reconocer el deber del Estado en asegurar y garantizar el respeto de estos. La Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Convención de Belem do Para» pone bajo responsabilidad del Estado, en su artículo 7, el deber del Estado de abstenerse de violar los derechos o contribuir a ello y, añade, el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, adoptando las medidas jurídicas para ello y legislando en este sentido (Convención de Belem do Para).

Como derivación de los preceptos convencionales, las legislaciones nacionales locales son abundantes y variadas. En la Argentina se sancionó la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política (Ley 27.412). Se modificó el artículo 60 bis del Código Electoral y se estableció como requisito para la oficialización de las listas de senadores y diputados nacionales así como para las listas de los parlamentarios del Mercosur la obligatoriedad de ubicar de manera intercalada mujeres y varones, desde el primer candidato hasta el último candidato suplente; en los casos de acefalia se cubrirá con el primer suplente del mismo sexo en la lista (Código Electoral Nacional).

En el Perú, se hizo lo propio; se legisló sobre la paridad de género en cargos electivos, se sancionó la Ley n.º 30996, y se modificaron los artículos 21 y 116 de la Ley Orgánica de Elecciones:

Ley n.º 30996, Artículo 116.- Las listas de candidatos al Congreso de la República, en elecciones generales, se determinan

de la siguiente manera: 1. Postulación en elecciones internas o primarias en las elecciones internas o elecciones primarias, los candidatos postulan de forma individual. El conjunto de candidatos está integrado por no menos del cuarenta por ciento (40 %) de mujeres o de hombres, ubicados de forma intercalada: una mujer un hombre o un hombre una mujer. El voto se emite a favor de candidato individual. 2. Lista resultante de las elecciones internas o primarias La lista resultante de las elecciones internas o elecciones primarias se ordena según el resultado de la votación y respetando la cuota mínima de cuarenta por ciento (40 %) de mujeres o de hombres. Los candidatos que obtengan la mayor votación ocupan los primeros lugares, pero una vez cubierta la cantidad máxima de candidatos de un mismo sexo se continúa con el candidato del sexo opuesto que se requiera para cumplir con la cuota mínima. (Ley n.º 27412)

Cumplida con la formalidad de cobertura de cargos por mujeres, es una cuestión importante atender respecto de si el ocupar aquellos cargos deliberantes da participación efectiva y real en la toma de decisiones, o si se recurren a formas sofisticadas de censura en la participación de las mujeres en las presidencias de los cuerpos, en las comisiones o en las secretarías. Inclusive, desde la sustantividad, si las mujeres que ocupan dichos cargos contribuyen solo a mantener su participación o a fortalecer la inclusión de su propio género. Respeto de esta posible obstaculización, en el Perú, por Ley n.º 31030, se regula la paridad y la alternancia en las fórmulas presidenciales, las candidaturas al Congreso de la República y al Parlamento Andino, en los cargos de gubernaturas y vicegubernaturas regionales, en las listas de las candidaturas al consejo regional y regidurías, la participación de las mujeres en las listas de candidaturas para los cargos de dirección del partido no deben ser inferior al 50 % del total.

El propósito que subyace con la participación de la mujer en las funciones del Estado y otros organismos es permitir mecanismos internos que promuevan o garanticen sustantivamente la igualdad de género. De ninguna manera, desde la valoración de los factores morales, la norma de paridad se satisface con la ocupación física de mujeres o de grupos LGTVQ+, y si dentro del esquema, cuando se deba tomar decisiones, lo hagan juzgando o ejecutando medidas conservadoras concordantes a la disparidad.

Para Almudema, en *El País*, al 8 enero de 2023, el número de mujeres ministras en los máximos tribunales de justicia o de las cortes supremas en América Latina y el Caribe era de 30.4 %, según la Cepal (Almudena, 2023).

Según Karina Chappell, la segregación no solo es horizontal sino también vertical; actualmente, las mujeres en la Corte Suprema de Perú son el 35 %, cifra que en 10 años se ha incrementado, pues antes eran el 20 %. Agrega como dato que, en las cortes superiores, las mujeres llegan a estos cargos con más edad que los varones y su presencia en esta instancia apenas llega al 32 % (Chappell, 2024).

En Argentina, desde la página institucional de la Corte Suprema de Justicia, se publica la composición de hombres y mujeres, indicando que del total del personal administrativo y funcionarios un 61 % son mujeres, pero respecto de los porcentajes en las altas magistraturas (ministras, defensores y procuradores generales) se reduce a 29 % (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2023).

En la actualidad, la Corte Suprema de Justicia argentina se encuentra compuesta por cuatro miembros, y ninguno es mujer o persona de otra condición LGTBIQ+.

2.3. Acceso órganos jurisdiccionales

Cabe recalcar que respecto del acceso a la justicia para que dicho derecho sea real no basta con su consagración legal, constitucional o convencional; se necesita de reales procedimientos administrativos y de procesos judiciales que hagan efectivo y congruente el acceso, proceso y resolución en el tiempo. Respecto de las distintas dificultades, resistencias y obstáculos que enfrentan los afectados, los abogados, los defensores públicos y demás auxiliares de la justicia que intervienen ante una denuncia o trámite frente a la violación de los derechos humanos de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó que «las mujeres defensoras de los derechos humanos sufren obstáculos adicionales vinculados con la discriminación de género y son víctimas de estigmatización, se las expone a comentarios de contenido sexista o misógino, o no se asumen con seriedad sus denuncias» (Informe del Relator Especial, 2019).

A los grupos en situación de vulnerabilidad –entre estos, las mujeres– se los identifica por razones de desigualdad, lo cual es valorado social, colectiva, culturalmente como «disvalioso». Este es el insumo más utilizado para «la discriminación», entendida como la exclusión de situación, derechos por ser o tener diferencias. Las diferencias en sí mismas son naturales, reales; pero de ninguna manera pueden contribuir a formar juicios disvaliosos en sí mismas. Sin duda, las diferencias son utilizadas de manera perjudicial, preferentemente por quienes detentan el «poder» o una situación de privilegio. La permanencia de estos grupos o sectores discriminadores, detentando el poder durante mucho tiempo en lugares estratégicos de toma de decisiones, hace que las discriminaciones esporádicas, circunstanciales, ocasionales o aisladas se conviertan o conformen como «discriminaciones estructurales». La discriminación estructural podría conceptualizarse como «el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y

avaladas por el orden social, en que hombres y mujeres se enfrentan a distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y a diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido al hecho biológico de ser hombres o mujeres» (Facia y Frías, 1999).

Los patrones discriminatorios estructurales pueden ser *de iure* o *de facto*. Los *de iure* se superan con normativa, procedimientos y ejecuciones de decisiones que eliminen las desigualdades discriminatorias, ordenando medidas que otorguen real oportunidad de igualdad. Sin embargo, los *de facto* son más complejos y duros de exterminar, puesto que se nutren de valores y principios sociales, históricos, religiosos, culturales nocivos. Las discriminaciones estructurales se configuran hacia grupos, categorías o clases y pueden hacerse ejecutables colectiva (las mujeres aborígenes) o individualmente (la niña aborígen).

Se entiende que la discriminación genera no solo sucesos aislados sino formas de organización social y de jerarquización del poder de carácter integral. Por medio de esta se asignan identidades, se distribuyen los espacios, se restringen los accesos, se localizan a los enemigos, se niegan los empleos y las remuneraciones, se educa moralmente, se legitima la servidumbre, se niegan las oportunidades, se confina y, eventualmente, se elimina a lo que se juzga como indeseable (Carbonell et al., 2007).

Las discriminaciones estructurales se construyen mediante principios prejuiciosos variados. Actualmente, en los contextos sociales machistas, en lo relativo a cuestiones de género lo prejuicioso es «la mujer y todo lo femenino». Las personas homosexuales de apariencia masculina padecen menos discriminación que aquellos varones que se visibilizan como mujeres o que tienen comportamientos femeninos.

Un caso resonante en Honduras fue el de Vicky Fernández, persona trans, trabajadora sexual y reconocida activista por los derechos de las personas LGBTI. Ella fue asesinada en Honduras, durante el toque de queda dispuesto por el golpe de Estado ocurrido en junio de 2009, cuando una patrulla de la policía habría intentado arrestar a Vicky y a dos compañeras. Ellas huyeron y se perdieron de vista; pero el 29 de ese mes hallaron muerta a Vicky. Oficialmente, se concluyó como causa aparente de la muerte una laceración cerebral por perforación de arma de fuego. Pese a las investigaciones formales, el caso permanece en la impunidad. El hecho llegó a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte, en su resolución, remarcó que las personas LGBTI son víctimas de discriminación estructural, estigmatización, violencia y violaciones, destacando que la expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención Americana. Se ubicó la violencia contra las personas LGBTI con un fin simbólico, porque la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. Se entendió que la investigación había sido inadecuada para determinar lo ocurrido, así como las responsabilidades correspondientes al Estado. El Tribunal determinó que en perjuicio de Vicky Hernández existían indicios suficientes como para afirmar que el Estado hondureño era el responsable por una violación al derecho a la vida, protegido en el artículo 4.1 de la Convención Americana, respecto de los artículos 1.1, 8 y 25 del mismo instrumento.

La Corte aplicó para el caso de la persona «trans» la «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De Belem Do Para”»; se entiende que es aplicable a situaciones de violencia basada en su género contra las mujeres trans. Bajo estas consideraciones, el Estado hondureño fue encontrado responsable por la vulneración de los derechos a la vida y a la integridad personal en perjuicio de Vicky Hernández, y que

fueron esos hechos de violencia los que culminaron en su muerte, a razón de su identidad de género de mujer trans. Se acusó que en las investigaciones no se tomaron en consideración las particularidades de violencia con la identidad de género de la víctima, lo cual agravó en la vulneración de las obligaciones reforzadas del Estado de investigar estos hechos. Además, Hernández era una mujer trans y trabajadora sexual, que vivía con VIH, y era una activista defensora de los derechos de las mujeres trans. Estas circunstancias la pusieron en una posición de particular vulnerabilidad en donde confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación. Bajo el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en conjunto con sus artículos 1 y 9, el Tribunal encontró que el Estado era también responsable por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 7.a de ese instrumento en perjuicio de Vicky Hernández, por el hecho de su muerte; y en el artículo 7.b del mismo instrumento, en perjuicio de los familiares de la víctima, por no haber investigado adecuadamente con la debida diligencia, estricta, requerida y libre de estereotipos de género, hechos que concluyeron con la muerte de Hernández. La Corte ordena la reparación en orden a:

- i) publicar la Sentencia de la Corte Interamericana y su resumen; ii) promover y continuar las investigaciones sobre el homicidio de Vicky Hernández; iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; iv) otorgar una beca de estudio a Argelia Johana Reyes Ríos, sobrina de Vicky Hernández; v) realizar un audiovisual documental sobre la situación de discriminación y violencia que experimentan las mujeres trans en Honduras; vi) crear una beca educativa «Vicky Hernández» para mujeres trans; vii) crear e implementar un plan de capacitación permanente para agentes de los cuerpos

de seguridad del Estado; viii) adoptar un procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género que permita a las personas adecuar sus datos de identidad, en los documentos de identidad y en los registros públicos de conformidad con su identidad de género auto-percibida; ix) adoptar un protocolo de investigación y administración de justicia durante los procesos penales para casos de personas LGBTI víctimas de violencia; x) diseñar e implementar un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra las personas LGBTI [...]. (Corte IDH, 2021)

En estas situaciones, la responsabilidad del Estado se aprecia con nitidez, pues no responde por homicidio, pero sí por ubicar a la víctima en situación de mayor vulnerabilidad. El Estado se sirve del sistema o del aparato estatal (policías, médicos hospitalarios, personal de los juzgados, letrados, etc.), no solo de la fallecida, también respecto de los familiares directos afectados que tienen derecho a acceder a la justicia en marco a una investigación adecuada y una sentencia esclarecedora de los hechos, congruente con la normativa aplicable.

Estos casos ejemplifican la posición política y aplicación que hacen los Estados, inclusive con normas internas e internacionales que reconocen derechos y los garantizan. Estos mecanismos prácticos de los organismos y dependencias del Estado no hacen más que fortalecer los actos discriminatorios de quienes los practican, advirtiendo que, en casos de comisión de discriminaciones, agresiones o violencia contra las personas vulnerables, nada les ocurrirá o que el margen de impunidad será muy elevado. Esta posición de mayor vulnerabilidad que el mismo Estado coloca a las personas no solo fomenta la comisión de los delitos, sino que desalienta en las víctimas la decisión de denunciar, o denunciado el hecho les quita la voluntad de continuar con la acción (en sede administrativa y/o judicial). Los Estados

regulan las acciones penales en públicas o privadas; ubica dentro de estas categorías un listado de delitos que tienen como criterios determinantes: el interés público y el privado. Respecto de los actos de violencia personal o familiar, en general, se reconoce un interés público que depende que el particular afectado lo inste denunciando; pero, al mismo tiempo, desalienta o desprotege a las posibles víctimas. Evidentemente, la perversidad procedimental y procesal se corresponde con un Estado que legisla con principios garantistas, pero en las prácticas obtura con procedimientos desalentadores y frustrantes.

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad –actualizada y aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito, Ecuador– refiere a la «cultura jurídica», cuando indica en el capítulo II: Efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos, sección 1, apartado 27:

Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

Revisemos la actuación de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso «Opuz vs. Turquía». La demandante alegó que las autoridades estatales de Turquía habían fallado en protegerla a ella y a su madre del marido de su madre, de la continua violencia doméstica que padecieron. Si bien formularon muchas denuncias, el resultado fue el femicidio de su madre y el origen de su propia enfermedad. La Corte de Jurados de Diyarbakır condenó al feminicida

a cadena perpetua por asesinato y posesión ilegal de arma de fuego. Sin embargo, la judicatura tomó en cuenta que el acusado había cometido la ofensa como resultado de una provocación de la fallecida y, por su buena conducta durante el juicio, la sentencia se redujo a 15 años y 10 meses de prisión y al pago de una multa de 180 liras turcas. La Corte Europea de Derechos Humanos entendió que los delitos cometidos por el agresor eran lo suficientemente graves como para justificar medidas preventivas; ante la existencia de un riesgo importante de violencia se debe inferir que mientras más grave sea el delito, o riesgo de cometer más delitos, es más probable que el procesamiento del acusado continúe por el interés público, incluso si las víctimas retiran sus denuncias. En apartado 136 destaca:

Además, parece haber serios problemas en la implementación de la Ley 4320, en la que el Gobierno confía como uno de los remedios para las mujeres que enfrentan problemas domésticos. La investigación conducida por las organizaciones mencionadas arriba indican que cuando las víctimas reportan los actos de violencia doméstica a las estaciones de policía, los oficiales de policía no investigan sus quejas sino buscan asumir el rol de mediadores tratando de convencer a la víctima que regrese a casa y que retire la queja. En este aspecto, los oficiales de policía consideran el problema como «un asunto de familia en el cual ellos no pueden interferir» (vea los párrafos 92, 96 y 102 arriba). (Demanda n.º 33401/02)

En Argentina, provincia de Salta, la Corte Suprema de Justicia de aquella provincia confirmó la responsabilidad del Estado por sus dependientes, el personal policial de seguridad, ante la ocurrencia de un femicidio en el domicilio de la víctima cuando su pareja, con exclusión de hogar y prohibición de acercamiento, ingresó, la asesinó

y luego se suicidó. Se entendió que por el femicidio el Estado incurrió en responsabilidad por no dar el servicio de seguridad adecuado a la víctima, lo cual permitió o favoreció el homicidio:

no se trata aquí de examinar el cumplimiento del deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general propio de las fuerzas, respecto del cual el Alto Tribunal ha enfatizado que no resulta razonable asignarle un alcance de tal amplitud en orden a la responsabilidad del Estado por la prevención de los delitos, que conduzca a la absurda consecuencia de convertirlo en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier delito, extraño a su intervención directa y competencia (cfr. Fallos, 329:3168; 330:41113); sino que, por tratarse de una víctima de violencia doméstica, pesaba sobre el personal policial un deber de seguridad concreto, el cual, se advierte, se cumplió de modo negligente e ineficiente. En efecto, ante una situación de violencia familiar denunciada por la señora F., existía un mandato expreso de protección impuesto al Estado por todos los instrumentos legales que establecen obligaciones frente a las víctimas de este tipo de violencia, que requieren de una especial, cuidada y efectiva protección (Ley 26485, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – «Convención de Belém do Pará» (Ley 24632), Ley Provincial 7403). (Expediente n.º CJS 40.505/19)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni se basa en la culpabilidad. Por el contrario, cuando

se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, el Estado responde directamente por la falta de una regular prestación. Aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este; el Estado es el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Corte S. J. N. Arg.,1998).

La discriminación estructural se manifiesta en las planificaciones políticas de gobernanza. Las normas establecen lineamientos formales del «deber ser», pero deben acompañarse de decisiones políticas y de gobierno, diarias y rutinarias, que pongan en ejecución los preceptos normativos y los hagan efectivos en la realidad.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina entiende que «los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional» (Corte S. J. N. Arg., 2014).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos interviene en numerosos casos en los que, sin llegar a la Corte Interamericana, se requiere de la adopción de medidas necesarias para proteger de manera preventiva los derechos humanos previstos en las convenciones. En este sentido, llegó a consideración de la Comisión la solicitud de Cindy Vanessa Arenas Fernández y su familia contra el Estado de Colombia. Ella es una mujer indígena, que habría sufrido un intento de femicidio, y que estaría siendo amenazada y perseguida junto con su grupo familiar por el agresor identificado y las personas relacionadas a él. La Comisión solicitó un informe al Estado de Colombia. Se analizó el planteo de la solicitante y lo informado por el Estado colombiano. Se consideró que la beneficiaria y su familia se encuentran en una situación de gravedad

y urgencia, pues su derecho a la vida y a la integridad personal están en riesgo de daño irreparable. En base al artículo 25 de su Reglamento, la CIDH requirió al Estado de Colombia que:

a) adopte las medidas necesarias para proteger los derechos a la vida e integridad personal de Cindy Vanessa Arenas Fernández, Yu'usa Katleen Timaná Arenas, C. L. T. A. y H. S. S. T. con un enfoque interseccional de género, étnico-racial y etario, de acuerdo con los estándares y obligaciones internacionales aplicables; b) concierte las medidas a ser implementadas con las personas beneficiarias y sus representantes; y c) informe sobre las acciones adelantadas con el fin de investigar los hechos alegados que dieron origen al otorgamiento de las presentes medidas cautelares, y así evitar su repetición. (CIDH. RES., 2024)

En el artículo 116 de la Carta de la Organización de Estados Americanos se reconoce la función de la comisión de supervisar y velar por el cumplimiento de las obligaciones que versan en los Estados partes respecto de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos del organismo. Corresponde que las medidas cautelares, descritas en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión, sean otorgadas ante situaciones que son graves y urgentes, y en las cuales tales medidas son necesarias para prevenir un daño irreparable a las personas. La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos entienden que las medidas cautelares y provisionales tienen un doble carácter, uno tutelar y otro cautelar. Respecto de lo tutelar, las medidas buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos, preservar los derechos en posible riesgo hasta que se resuelva la petición que se encuentra bajo conocimiento en el Sistema Interamericano. Desde lo cautelar permite que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, de ser necesario, garantizar las reparaciones ordenadas.

3. CONCLUSIÓN

Las autoridades administrativas y judiciales, al tomar conocimiento de un hecho de discriminación, violencia contra un sujeto en situación de vulnerabilidad, deben de oficio adoptar inmediatamente las medidas necesarias para neutralizar el peligro, amenaza o riesgo, mediante el monitoreo, el seguimiento de la situación y la invitación a formular la denuncia pertinente, y sobre todo acompañar en el sostenimiento e impulso de esta hasta la resolución final. Esto conforma el esquema de garantías constitucionales y convencionales «autosatisfactivas y autónomas expeditas» de recibir protección administrativa y judicial, urgente y preventiva, cuando el sujeto se encuentre amenazado o vulnerado.

La falta de recursos económicos del individuo limita su derecho al acceso a la justicia. Si una persona «no dispone de los recursos para costear asistencia legal o pagar los costos del proceso, esa persona es discriminada (Corte IDH, 1990).

La legislación de normas protectoras internas, nacionales e internacionales son producto de la lucha fundamentalmente de las mujeres vulneradas, de la sororidad entre mujeres, y de varones que también luchan por el respecto a la igualdad entre hombres y mujeres.

Todavía existe alguna vacancia regulatoria respecto de la ocupación de cargos de mujeres en otros estamentos del Estado, específicamente en el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, y en otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

Las normas locales e internacionales tienden a mantener las desigualdades, pero a destruir las construcciones discriminatorias que se edifican alrededor de esas diferencias. El derecho, como objeto cultural, pretende encausar la conducta humana del sujeto en sociedad hacia lo lógicamente debido. Desde una visión filosófica jurídica, el

«ser» responde al orden ontológico de la naturaleza, y el «deber ser» responde como idealidad, con juicios valorativos y conductas esperadas en sociedad.

La igualdad ante la ley entre las personas es un concepto social, jurídico y político, traído y trabajado desde hace mucho tiempo, inclusive antes de la Revolución Francesa. Cuesta que progrese del «deber ser» prescriptivo para internalizarse individual y colectivamente como el «ser». En la temática tratada, el «ser», «lo diferente y minoría» es algo facto-real; desde lo político-social podría concluirse un «deber ser», «discriminemos lo diferente y minoritario» (más débil en cantidad). Sin embargo, el «deber ser jurídico» procura que el «ser» pase prescriptivamente al «deber ser» de «no discriminar».

El derecho es un producto cultural que pretende la construcción regulatoria de un orden valorado y deseado por la sociedad como válido y útil. Para cumplir sus fines, se sirve de preceptos escritos (romanista) o no positivos (anglosajón), como educadores y moderadores de paz social, buscando conformar mejores sujetos y mejores sociedades. La ciencia jurídica describe la conducta indeseada para prescribirla en el deber ser, acorde con los valores de justicia. La ciencia jurídica elabora y propone al Estado un «deber ser» que se traduce en «norma» (sistema iuspositivista), regula la conducta, no para el que tiene buenos hábitos o moral, sino para el posible transgresor. Establece la norma en el tiempo con su respectiva sanción ante la transgresión; lo deseado y deseable sería que no sea necesaria su existencia, puesto que todos la observarían a través de la asimilación y acomodación individual y social. Pero ello no ocurre, menos cuando el propio sistema idea un deber ser político y social paralelamente al deber ser jurídico, urdiendo un constante estado de excepción especial para la conservación perversa del *statu quo* que le otorgó y le otorga beneficios, privilegios y poder.

Con justa razón, las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en su capítulo I, sección 2, apartado 8, prevén: «Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a diligencias, procedimientos, procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna. (antiguo artículo 20)» (Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad).

El derecho como objeto cultural asume una función pacificadora y educadora, porque pretende cumplir la prescripción del «deber ser» con su sanción, funciones como andamiaje a la internalización de valores y costumbres culturales. Los sujetos van incorporando progresivamente los valores de respeto a la diversidad, de no discriminación, de aceptación, de convivencia, y de respeto de los derechos y voluntades diversas, asimilándolas progresivamente para lograr el comportamiento del «deber ser» sin la necesidad de la amenaza de la norma prescriptiva que le señale la conducta debida, es decir, se quiere llegar culturalmente a la autonomía de lo normativo y que quede fuera de vigencia por el cumplimiento espontáneo.

La discriminación estructural es vivida, practicada, aunque no racionalizada; es sentida como un «deber ser» que es, por ende, practicado por todos los integrantes de la sociedad, inclusive por aquellos que son víctimas del sistema (varones y mujeres). Para su eliminación se requiere deconstruir ese «deber ser social, político e histórico» mediante procedimientos cognoscitivos de educación desde el sistema educativo institucionalizado y del sistema jurídico local, nacional e internacional. Esta deconstrucción producirá molestias y daños entre quienes usufructúan los beneficios de la discriminación (hombres, arios, ricos, sectores acomodados, mujeres acomodadas, etc.). Habrá resistencia y negativa al cambio por el perjuicio que les producirá y

por la consecuente pérdida de los privilegios que gozaron. Al igual como sucedió en la Revolución Francesa o en la revolución de los trabajadores, tendrá que emprenderse para lograr la coexistencia entre personas diferentes, para que todas sean iguales en derechos y oportunidades.

REFERENCIAS

- Almudena B. (2023). Las mujeres que rompen el techo de cristal del poder judicial en Latinoamérica. *El País* (México). <https://elpais.com/mexico/2023-01-08/las-mujeres-que-rompen-el-techo-de-cristal-del-poder-judicial-en-latinoamerica.html>
- Carbonell M., Rodríguez Z. J., García Clarck, R. y Gutiérrez López, R. (2007). *Discriminación, igualdad y diferencia política*. Investigación y Análisis. p. 155. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27899.pdf>
- Carta de las Naciones Unidas: Preámbulo. Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble>
- Chappell, K. (2024). Elvia Barrios: «La discriminación hacia las mujeres es un problema estructural y público» (26 de marzo de 2024) <https://www.undp.org/es/peru/noticias/elvia-barrios-la-discriminacion-hacia-las-mujeres-es-un-problema-estructural-y-publico>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. RES. 12/2024 Medidas cautelares n.º 51-24. Cindy Vanessa Arenas Fernández y familia, respecto de Colombia1 22/3/2024. https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/mc/2024/res_12-24_mc_51-24_co_es.pdf
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Convención de Belem do Para». (s/f). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

- Caso Opuz vs. Turquía (2009) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (9 junio de 2009). https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/observatorio/sentencias/CASO_DE_OPUZ_vs_TURQUA_CEDH.pdf
- Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras (2021). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (26 de marzo de 2021). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_422_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1990). Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b). Convención Americana sobre Derechos Humanos (10 de agosto de 1990), OC-11/90, párr. 22. https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2014). Sisnero, Mirtha Graciela c/Taldelva, publicado en Fallos, 337:611, 2014, Argentina.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1998). Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario. 321:1124. 28/04/1998, Argentina.
- Corte Suprema de Justicia de Salta (2021). «F., R. A. y en representación de su hijo menor N. I. I.; N., E. G.; V., C. H. y en representación de sus hijos menores V. F. N.; V. L. R. E.; V. B. V. y V. J. V. vs. L., M. A.; L., A. E. y Provincia de Salta – Recurso de Apelación», Argentina (Expediente n.º CJS40.505/19). <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/10/Vea-texto-de-la-sentencia-Argentina.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2023). Mapa de Género de la Justicia Argentina. <https://www.csjn.gov.ar/om/verNoticia?idNoticia=7987>

- Europa Press (2021). La esclavitud en el mundo, en datos y gráficos. <https://www.epdata.es/datos/esclavitud-mundo-datos-graficos/338>
- Facia, A. y L. Frías (comp.) (1999). «Introducción: conceptos básicos sobre feminismo y derecho». En *Género y Derecho*. Corporación La Morada. Citado por Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación, El Principio de no Discriminación en la ética judicial. *Boletín Género y Justicia*, 2, 2009.
- Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michel Forst A/74/159 (2019). <https://undocs.org/es/A/74/159>
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Ley n.º 27412, modifica la Ley Orgánica de elecciones respecto al Sistema Electoral Nacional. *Gaceta Jurídica*. <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Ley.30996.pdf>
- OEA-CIDH. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (s/f). <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Ley n.º 27412. Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política. Código Electoral Nacional. Modificación. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_27412_paridad_de_genero_en_ambitos_de_representacion_politica.pdf
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial

Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). <https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

El autor declara no tener conflicto de interés.

Agradecimientos

A mis padres por enseñarme y practicar costumbres y hábitos sobre las ideas de igualdad y tolerancia, limpia de prejuicios. Al equipo editorial de la revista por su dedicación para la publicación del presente trabajo y su búsqueda de la excelencia.

Contribución de autoría

Conceptualización; investigación; metodología; administración del proyecto; validación; visualización; escritura del borrador original y revisión de la versión final.

Biografía del autor

Jose Luis Frettis es escribano público nacional, abogado, profesor en ciencias jurídicas y mediador. Es especialista en docencia universitaria, doctor en Derecho –*cum laude*– en la Universidad Nacional del Nordeste. Asimismo, se hizo un postgrado en «Asistencia integral a varones que ejercen violencia de género», que cuenta con la certificación del Ministerio de la Mujer - Gobierno de Córdoba, la Red de Universidades por la No Violencia y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). También, es especialista en

Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Diritti Umani dell'Università di Bologna. Actualmente, es postdoctorando en Ciencias Sociales y Humanas por Facultad de Filosofía y Letras de la UBA.

Correspondencia

jose.frettis@comunidad.unne.edu.ar



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 337-361

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.965>

Reglas de Brasilia y justicia itinerante: el «despacho móvil» como buena práctica en el Distrito Judicial de Lima Sur

Brasilia Rules and Itinerant Justice: «Mobile Dispatch» as a Good Practice in the Judicial District of Lima South

Regras de Brasília e justiça itinerante: «despacho móvel» como boa prática na comarca de Lima Sul

MARÍA LUISA CHARAJA COATA

Corte Superior de Justicia de Lima Sur

(Lima, Perú)

Contacto: mcharaja@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1183-9963>

RESUMEN

El objetivo de este artículo es conocer los avances y las perspectivas de la justicia itinerante implementada a través del programa «despacho móvil» en el Distrito Judicial de Lima Sur. El método utilizado es analítico, y como fuente se ha revisado la bibliografía y las estadísticas sobre la atención del despacho móvil. Como resultado de las estadísticas de la atención del «despacho móvil», desde su implementación del 2019 hasta el 2023, se refleja que cada año se han incrementado las

cifras de atención a las personas de mayor vulnerabilidad, con mayor enfoque en los casos de pensión de alimentos y de violencia familiar. Se concluye que el «despacho móvil» tiene un impacto positivo como solución al problema principal de acceso a la justicia: la pobreza, que es la principal barrera que encuentran los residentes de los distritos más poblados de Lima Sur. El programa «despacho móvil» busca garantizar los derechos fundamentales al dar el acceso efectivo a la justicia con igualdad y sin discriminación.

Palabras clave: Reglas de Brasilia; justicia itinerante; población vulnerable; derechos humanos; acceso a la justicia.

Términos de indización: administración de justicia; grupo desfavorecido; derechos humanos; derecho a la justicia (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

The objective of this article is to know the progress and perspectives of itinerant justice implemented through the «mobile dispatch» program in the judicial district of Lima Sur. The method used is analytical, and as a source, bibliography and statistics on mobile dispatch service have been reviewed. As a result, from the statistics of «mobile dispatch» attention from its implementation in 2019 to 2023; It is reflected that each year the numbers of care for the most vulnerable people have increased, with greater attention in cases of alimony, followed by family violence. It is concluded that mobile dispatch has a positive impact, as a solution to the main problem of barriers to access to justice, poverty, in which the residents of the most populated districts of South Lima find themselves; Therefore, it contributes to guaranteeing human rights and effective access to justice, with equality and non-discrimination.

Key words: Rules of Brasilia; itinerant justice; vulnerable population; human rights; access to justice.

Indexing terms: administration of justice; disadvantaged group; human rights; right to justice (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O objetivo deste artigo é conhecer os avanços e as perspectivas da justiça itinerante implementada através do programa «despacho móvil» na comarca de Lima Sur. O método utilizado é analítico e como fonte foram revisadas bibliografia e estatísticas sobre o serviço de despacho móvil. Como resultado, a partir das estatísticas de «despacho móvil» atenção desde a sua implementação em 2019 a 2023; Reflete-se que a cada ano os números de atenção às pessoas mais vulneráveis têm aumentado, com maior atenção nos casos de pensão alimentícia, seguida da violência familiar. Conclui-se que o despacho móvil tem um impacto positivo, como solução para o principal problema de barreiras ao acesso à justiça, a pobreza, em que se encontram os moradores dos bairros mais populosos do sul de Lima; Portanto, contribui para a garantia dos direitos humanos e do acesso efetivo à justiça, com igualdade e não discriminação.

Palavras-chave: vitimização; crianças e adolescentes; crimes contra a liberdade sexual; população vulnerável; prova.

Termos de indexação: administração da justiça; grupo desfavorecido; direitos humanos; direito à justiça (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 27/03/2024

Revisado: 04/04/2024

Aceptado: 11/06/2024

Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un derecho humano, y es clave para el disfrute efectivo de los demás derechos y libertades; al ser una condición esencial de un estado democrático de derecho, debe garantizarse que las personas tengan ese acceso en igualdad y no discriminación (Oficina del alto Comisionado de América del Sur, 2021, p. 1). Para el acceso a la justicia en igualdad material se busca que la justicia sea efectiva para todas las personas y se toma en especial consideración sobre todo a las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, sea por discriminación de género, las minorías sexuales, los pueblos originarios, las personas con discapacidad, las personas en extrema pobreza, entre otros (Bernales, 2019, p. 298).

Las barreras del acceso a la justicia más comunes que se enfrenta son a) las barreras lingüísticas por la pluralidad étnica y cultural; b) las barreras económicas por la situación de pobreza y extrema pobreza; c) las barreras culturales porque no existe un sistema jurídico único, y falta potenciar a las comunidades campesinas y a las nativas; e) las barreras de género por los estereotipos de género; y f) las barreras geográficas por la falta de presencia estatal en los servicios básicos (La Rosa s/f, pp. 29-32). En ese sentido, esta población se ve afectada, en especial, por la falta de disponibilidad y de accesibilidad a la justicia. En el Perú es una realidad palpable que siete de cada diez peruanos son pobres o vulnerables y que viven en zonas urbanas (Banco Mundial, 2023, párr. 3). Ante ello nos planteamos el siguiente problema: ¿cuáles son los avances y perspectivas de la justicia itinerante llevada a través del «despacho móvil» en el Distrito Judicial de Lima Sur?

El objetivo del estudio es conocer los avances y las perspectivas de la justicia itinerante llevada a través de la implementación del despacho móvil en el Distrito Judicial de Lima Sur. Este estudio tiene una justificación teórica y práctica, debido que el programa responde

a los fines de la justicia itinerante: el acercamiento de los servicios del sistema judicial para aquellos grupos de población en situación de vulnerabilidad que se encuentren en lugares de difícil acceso, que tengan tribunales que lleguen a los lugares más lejanos y que tengan un rostro humano. El programa «despacho móvil» tiene sustento en los alcances de la Regla de Brasilia n.º 42. Es un medio por el que las personas y las poblaciones vulnerables pueden ejercer su derecho de acceso a la justicia con un servicio descentralizado y articulado con las demás instituciones del sistema de justicia (Tello, 2020, p. 33). Como señala Marabotto (2003, p. 301), una justicia que resuelva en poco tiempo y que tenga un rostro humano es la que se busca en base a la dignidad humana como condición básica de los derechos y de las garantías fundamentales.

Las 100 Reglas de Brasilia establecen los estándares básicos de derechos humanos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Comprende las siguientes categorías: a) la edad (incluye la niñez, la adolescencia y la senectud); b) el sexo; c) el estado físico, mental y la discapacidad; d) la pertenencia a minorías étnicas o a comunidades indígenas; e) la migración y el desplazamiento interno; f) la pobreza; y g) la privación de libertad. Estas Reglas han sido elaboradas y aprobadas por los principales representantes de los poderes judiciales de Iberoamérica. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2023), en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, ha señalado:

los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que,

bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. (Fundamento 104)

Ante ello, el Distrito Judicial de Lima Sur, como buena práctica en respuesta a las barreras que enfrenta el poblador en cuanto al acceso a la justicia, ha implementado el programa «despacho móvil», que consiste en el desplazamiento de los jueces, asistidos por personal jurisdiccional y personal del equipo multidisciplinario a las zonas más alejadas de su competencia territorial. Para lograr el objetivo de este estudio, revisaremos bibliografía en referencia a los fundamentos de la justicia itinerante, la implementación de la justicia itinerante en el Perú, los alcances de la justicia itinerante en la Ley n.º 31968, y analizaremos los datos estadísticos sobre los avances y las perspectivas de la implementación del «despacho móvil».

2. FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA ITINERANTE COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Constitución Política regula, en su artículo 139, los principios de la administración de la justicia. En forma literal, no está contemplado el acceso a la justicia; esta debe ser interpretada de forma sistemática con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos que regula las garantías judiciales, y con los demás tratados y convenciones a los que el Perú se ha adherido. Para la atención de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad se debe tomar en consideración la Convención sobre los derechos del niño, la Convención de las personas con discapacidad, la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación, la Convención sobre los derechos humanos del adulto mayor, la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (*Belem do Pará*), entre otras. En ese sentido los operadores de justicia estamos en la obligación de tomar acciones para que el acceso a la justicia sea efectivo.

La Corte IDH en la sentencia del caso Maritza Urrutia vs. Guatemala dilucidó que:

no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos. Es decir, toda persona debe tener acceso a un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes que amparen sus derechos fundamentales. Dicha garantía «constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención». (Fundamento 117)

Los derechos humanos han evolucionado desde una concepción individualista a una visión de derechos colectivos, lo que tiene un sustento en los tratados de los derechos humanos; por tanto, la noción de acceso a la justicia no solo comprende el acceso a los tribunales estatales, a la tutela jurisdiccional efectiva, sino busca promover una atención especial para las personas en condición de vulnerabilidad (Poder Judicial, s/f, p. 13). El derecho de acceso a la justicia es una condición esencial de un Estado de Derecho; esto implica que se debe garantizar que las personas conozcan y gocen de sus derechos a fin de que sus conflictos sean resueltos de forma eficaz y oportuna (Islas-Colín y Díaz-Alvarado, 2016). Por tanto, este derecho es considerado como *ius cogens*, lo que significa que existen obligaciones *erga omnes* que vinculan a todos los estados democráticos en garantizarlos (Arges, 2020, p. 89).

Desde el aspecto material de la justicia, no se limita a los requisitos de procedencia, de legitimación, sino crear las condiciones que faciliten que la jurisdicción se desplace, partiendo de que el Estado tiene la obligación de procurar el bien común, que todo individuo

pueda gozar de las prerrogativas inherentes como ser humano y de aquellos derechos que surgen de la convivencia social (Villa y Orozco, 2016, párrs. 3-6). La justicia material, como principio, busca una efectiva concreción de los valores, los principios y los derechos constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, 2015, párr. 1).

Es importante la creación de programas que sean sostenibles, coherentes y que tengan efectos inmediatos, que estén focalizados en la población vulnerable y pobre, y que sirvan para satisfacer sus necesidades de un sistema de justicia próximo y efectivo (La Rosa, s/f, p. 18). En consecuencia, la justicia itinerante es un medio eficaz para el acceso a la justicia, desde una dimensión de derechos humanos en igualdad material. Por tanto, el derecho de acceso a la justicia genera la obligación en los operadores de justicia de adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo.

3. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA ITINERANTE EN EL PERÚ COMO MEDIO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA

Con la creación del programa «Justicia en tu comunidad», en el 2011, el Poder Judicial estableció en las diferentes cortes del país planes anuales para llevar campañas de justicia itinerante con la instalación de mesas de parte itinerantes para recibir las demandas y las denuncias de la población. En año 2018, esta práctica tuvo reconocimiento por parte del Ministerio de Cultura en el concurso de Buenas Prácticas Interculturales en la Gestión Pública (Tello, 2020, p. 18). En estos últimos años, el Poder Judicial se ha preocupado por aplicar las recomendaciones emitidas por las 100 Reglas de Brasilia, es así como se emitió Resolución Administrativa n.º 264-2017-CE-PJ del 8 de noviembre 2017, en la que se aprueba el «Protocolo de Justicia Itinerante para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad» (en adelante, el Protocolo).

Bajos los alcances del Protocolo en mención, la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia del Poder Judicial, presidida por la Dra. Janet Tello Gilardi, en las 34 cortes superiores a nivel nacional, ha implementado estos servicios y de forma simultánea se han realizado las campañas denominadas «Llapanchikpaq Justicia» (Poder Judicial, 2020, párr. 5 En esta feria participan los jueces de diferentes especialidades, salen de sus despachos y se dirigen hacia las zonas más alejadas para recibir las denuncias y las demandas, y dar orientación a los ciudadanos; otras instituciones también se han sumado a esta campaña.

Según las estadísticas, en las campañas de justicia itinerante, desde el 2018, a nivel nacional, se han realizado 900 campañas itinerantes de promoción de derechos fundamentales y se han recibido 5400 demandas, entre ellas: 2300 en materias de alimentos, 500 en filiación y 1500 en rectificación de partidas, y con 2200 sentencias emitidas (Poder Judicial, 2023, párr. 7).

Estas buenas prácticas han sido sujeto de reconocimiento a nivel internacional. El Perú fue ganador del Primer Concurso de Buenas Prácticas en el ámbito de la Comunidad Jurídica Iberoamericana, en el marco de las conferencias magistrales denominadas «Reglas de Brasilia: Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad», realizado por la Secretaría Permanente y la Comisión de Seguimiento de las 100 Reglas de Brasilia de la Cumbre Judicial Iberoamericana; se presentó el proyecto de mejoramiento del servicio de Justicia Itinerante (Poder Judicial, 2023, párrs. 2 y 3).

4. LOS ALCANCES DE LA JUSTICIA ITINERANTE DESDE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY N.º 31968

La Ley n.º 31968 fue aprobada y promulgada gracias a la promoción por parte de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas

en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial (Tello, 2020, p.18). En el 2023, el Congreso de la República emitió la Ley n.º 31968, Ley de la justicia itinerante para las personas en condición de vulnerabilidad, publicada el 29 de diciembre de 2023. Esta ley consta de un título preliminar que regula los principios de la justicia itinerante en cuatro capítulos.

El capítulo I comprende las consideraciones generales; el capítulo II, la ubicación de la justicia itinerante e identificación de la población beneficiaria; el capítulo III, los elementos y etapas del proceso; y el capítulo IV, los actores que intervienen en la implementación de la justicia itinerante.

De manera resumida, podemos describir:

- El Título Preliminar regula los principios, tenemos: el principio de accesibilidad, de celeridad y de prioridad; la gratuidad; la oralidad y la sencillez; la proximidad; un lenguaje jurídico comprensible. Estos principios no estaban regulados en el Protocolo, pero tienen su sustento en las leyes especiales, como la Ley n.º 30364; en la práctica, deben ser tomados en cuenta por los operadores de justicia y las demás instituciones involucradas.
- El capítulo I de la Ley sobre las consideraciones generales, se aprecia que recoge las definiciones contempladas en el «Protocolo de Justicia Itinerante para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad». Lo novedoso en este capítulo es que se regulan los enfoques que los operadores de justicia deben tomar en cuenta, como el enfoque de los derechos humanos, el género, la interculturalidad, regulados también en la Ley n.º 30364 y el enfoque de discapacidad.

- El capítulo II de la Ubicación de la justicia itinerante e identificación de la población beneficiaria comprende los criterios de la ubicación geográfica y la identificación de la población beneficiaria; también, ha sido recogido del Protocolo antes mencionado, hace hincapié que el Poder Judicial debe coordinar con el Instituto Nacional de Estadística (INEI) para la identificación de las personas en condición de pobreza o de extrema pobreza.
- El capítulo III de Los elementos y etapas del proceso; su contenido es similar a lo previsto en el Protocolo. Sin embargo, considero que hubiera sido necesario agregar también la etapa de coordinación y difusión de las campañas o actividades de la justicia itinerante. Es importante la coordinación y el trabajo en equipo con otras instituciones cuyos resultados serán más eficientes, y la difusión antes y durante las campañas de itinerancia, lo que permite la concurrencia de mayor población vulnerable; esta difusión puede realizarse en redes sociales (Facebook, Tik Tok, Instagram, etc.), medios de comunicación, afiches, entre otros.
- El capítulo IV sobre Los actores que intervienen en la implementación de la justicia itinerante; este capítulo es muy importante porque además del Poder Judicial hay otras instituciones que tienen la responsabilidad de brindar servicios conforme a sus competencias, como el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus), Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (Mimp), Ministerio de Salud (Minsa), Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, el Registro Nacional e Identificación (Reniec), los gobiernos locales (como la Demuna, entre otros), los colegios profesionales de abogados, los colegios de notarios y otros

colegios de profesionales, las universidades, entre otros. Este capítulo es importante porque exige el compromiso de las demás instituciones, aunque en la práctica muchas de estas instituciones han estado sumándose a estas campañas de justicia itinerante, empero con su regulación en la ley se exige un mayor compromiso.

Está pendiente la emisión del reglamento de la ley, en el cual existe un proyecto del mismo elaborado por el Ministerio de Justicia y la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad; asimismo, la responsable técnica de la Comisión por oficio múltiple n.º 000004-2024-RT-CAPJPVYJC-CS-PJ, de 13 de marzo de 2024, ha solicitado a los presidentes de las cortes superiores de justicia su opinión respecto del borrador del reglamento de la Ley de justicia itinerante. Se espera que muy pronto se apruebe y se publique este reglamento a fin de que fortalezca y complemente la ley.

5. EL «DESPACHO MÓVIL» COMO BUENA PRÁCTICA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA SUR

5.1. Antecedentes

La Corte Superior de Justicia de Lima Sur fue creada por Resolución Administrativa n.º 334-2010 CE-PJ, de fecha 06 de octubre de 2010, que dispuso el funcionamiento a partir del 13 de octubre de 2010, con competencia territorial, que comprende los distritos de Villa María del Triunfo, San Juan de Miraflores, Villa El Salvador, Lurín, Santísimo Salvador de Pachacamac, Punta Hermosa, Punta Negra, San Bartolo, Santa María del Mar y Pucusana. Por Resolución Administrativa n.º 274-2014-CE-PJ, se dispuso a partir del primero del septiembre de 2014 ampliar la competencia territorial e incorporar al distrito de Chorrillos (Poder Judicial, s/f, párrs. 7 y 10).

Para el año 2015, Villa El Salvador era el distrito más pobre de Lima Metropolitana, seguido por San Juan de Miraflores, y en cuarto lugar estaba Villa María del Triunfo (Diario *El Correo*, 2015, párr. 1). En el 2018, INEI reporta que, de Lima Metropolitana, el distrito con mayor índice de pobreza es Pucusana, y en quinto lugar está Villa El Salvador (RPP, 2020, párrs. 1 y 2). Se puede inferir que, en los distritos antes mencionados, el principal problema que tenemos como barrera del acceso a la justicia es el factor pobreza por lo que los costos (desplazamiento a los juzgados, servicios de abogado, tasas judiciales, etc.) para el acceso a la justicia no podrían ser cubiertos por los ciudadanos.

En el 2021, en el decimoprimer aniversario de la Corte Superior de Lima Sur, la Presidenta del Poder Judicial Dra. Elvia Barrios resaltó que: «La creación de la Corte de Lima Sur constituyó una necesidad del Poder Judicial de acercar los servicios de administración de justicia a la ciudadanía»; asimismo, precisó: «Destaco el trabajo que realiza esta Corte por abordar la problemática de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, a través del Módulo Integrado Especializado, que les permitió obtener el premio Buenas Prácticas 2018 otorgado por el Servicio Civil (Servir)» (Poder Judicial, 2021, párr. 6).

5.2. ¿Qué es el «despacho móvil» y qué función cumple?

El «despacho móvil» con el eslogan «Llevando justicia a tu localidad» es un programa social que ejecuta la Corte Superior de Justicia de Lima Sur (CSJLS), ganadora del concurso de Buenas Prácticas en Gestión Pública en la categoría «Mejora desde la experiencia del usuario», concurso organizado por la Autoridad Nacional de Servicio Civil (Servir); este programa es reconocido por ser innovador y eficiente, por contribuir con el acercamiento de la justicia a la ciudadanía, en especial a la población más vulnerable (Justicia Tv, 2020, párrs. 1 y 2).

Asimismo, este programa también fue reconocido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, obtuvo el «Premio Certificación ISO a las Buenas Prácticas 2019» y ocupó el tercer lugar a nivel nacional compitiendo con las 35 cortes de justicia del país en la categoría «Acceso a la Justicia» (Poder Judicial, 2019, párrs. 1 y 2).

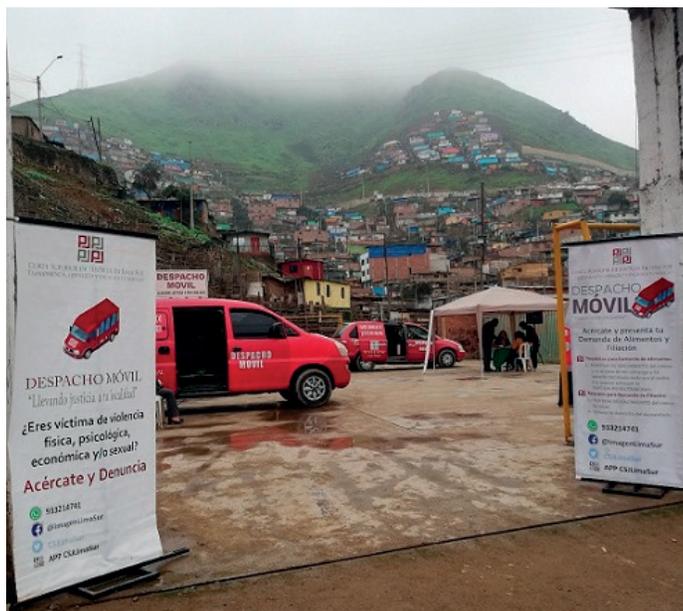
El «despacho móvil» se inauguró el 15 de mayo del 2019 con la participación de la Presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, la Dra. Inés Tello Gilardi, y el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, el Dr. Juan Vicente Veliz Berdrell, entre otras autoridades de la zona (Justicia Tv, 2019, párrs. 14 y 15). En este programa social, los jueces salen de sus despachos con asistencia de los especialistas judiciales y el equipo multidisciplinario; son conducidos por móviles de color rojo y llevan el nombre de «despacho móvil». Este concurre dos veces por semana a los lugares más vulnerables del Distrito Judicial de Lima Sur.

Las personas pueden realizar sus demandas de alimentos, filiación y denuncias por violencia familiar. En ese acto, son atendidos directamente por los jueces de paz letrado y los jueces de familia, quienes reciben las demandas en materias de alimentos, violencia familiar y filiación, entre otras, y brindan asesoría a la población sobre los problemas que afrontan en su quehacer diario. De ser el caso, las demandas se resuelven en el día, se señalan la fecha de audiencia para los procesos de pensión de alimentos y se dictan las medidas de protección para los casos de violencia familiar (Poder Judicial, 2019, párr. 4).

En la figura 1 se pueden apreciar las unidades móviles con el nombre de «despacho móvil», son de color rojo, llegan a los lugares más alejados, se instalan pancartas con la información necesaria y las carpas habilitadas para atender al público.

Figura 1

El «despacho móvil» instalado en zonas alejadas del Distrito Judicial de Lima Sur



Fuente: Imagen extraída de la página del Poder Judicial (7 de agosto de 2019.)

En la figura 2 se ve al personal de los juzgados dentro de la movilidad con el equipo logístico necesario (una computadora, acceso de internet, entre otros), atienden a las personas, reciben sus denuncias y de ser el caso emiten el auto final o la sentencia.

Figura 2

El personal jurisdiccional atiende a las personas en el «despacho móvil»



Fuente: Imagen extraída de la página del Poder Judicial (7 de agosto de 2019).

5.3. ¿Cuál es el balance alcanzado desde la implementación del «despacho móvil» y qué perspectivas se espera?

Desde la implementación del «despacho móvil» (entiéndase desde mayo de 2019 a julio de 2020), este programa visitó 48 zonas en condición de vulnerabilidad, dictó 80 medidas de protección y recibió 151 denuncias de casos de violencia familiar, admitió a trámite 50 demandas de filiación por paternidad y 153 por alimentos (JusticiaTV, 2020, párr. 6).

La Corte Superior de Justicia de Lima Sur (2022, p. 111), en su Memoria Anual 2022, resalta que de las campañas realizadas en el programa «Justicia de Género al Alcance de la Comunidad» en el «despacho móvil», en el año 2021, se registró un total de 129 demandas ingresadas. Como se detalla en la tabla 1.

Tabla 1

Campañas del Programa «Justicia de Género al Alcance de la Comunidad» con el despacho móvil

DISTRITO	SEDE	INSTANCIA	MES	TOTAL
CHORRILLOS	Sede Villa Marina	1° JUZGADO DE PAZ LETRADO-FAMILIA	AGOSTO	6
CHORRILLOS	Sede Villa Marina	9° JUZGADO E FAMILIA-SUBESP.VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES	SEPTIEMBRE	2
CHORRILLOS	Sede Villa Marina	2° JUZGADO DE PAZ LETRADO-FAMILIA	AGOSTO	3
CHORRILLOS	Sede Villa Marina	3° JUZGADO DE PAZ LETRADO-FAMILIA	AGOSTO	6
PACHACAMAC	Sede Manchay	JUZGADO DE PAZ LETRADO TRANSTORIO-SEDE MANCHAY	NOVIEMBRE	4
PACHACAMAC	Sede Manchay	JUZGADO DE PAZ LETRADO TRANSTORIO-SEDE MANCHAY	AGOSTO	26
PACHACAMAC	Sede Manchay	JUZGADO DE PAZ LETRADO TRANSTORIO-SEDE MANCHAY	OCTUBRE	2
SAN JUAN DE MIRAFLORES	Sede valle Riestra	2° JPL FAMILIA CIVIL-SEDE VALLE RIESTRA	SEPTIEMBRE	13
SAN JUAN DE MIRAFLORES	Sede valle Riestra	1° JPL FAMILIA CIVIL-SEDE VALLE RIESTRA	OCTUBRE	2
SAN JUAN DE MIRAFLORES	Sede valle Riestra	1° JPL FAMILIA CIVIL-SEDE VALLE RIESTRA	SEPTIEMBRE	12
SAN JUAN DE MIRAFLORES	Sede valle Riestra	2° JPL FAMILIA CIVIL-SEDE VALLE RIESTRA	OCTUBRE	1
VILLA EL SALVADOR	Sede CISAJ-Villa El Salvador	2° JPL FAMILIA CIVIL-SEDE VILLA EL SALVADOR 1	NOVIEMBRE	11
VILLA EL SALVADOR	Sede CISAJ-Villa El Salvador	1° JPL FAMILIA CIVIL-SEDE VILLA EL SALVADOR 1	NOVIEMBRE	16
VILLA MARIA DEL TRIUNFO	Sede Progreso	2° JPL FAMILIA CIVIL	NOVIEMBRE	7
VILLA MARIA DEL TRIUNFO	Sede Progreso	2° JPL FAMILIA CIVIL	OCTUBRE	11
VILLA MARIA DEL TRIUNFO	Sede Progreso	1° JPL FAMILIA CIVIL	NOVIEMBRE	1
VILLA MARIA DEL TRIUNFO	Sede Progreso	1° JPL FAMILIA CIVIL	OCTUBRE	11
TOTAL				129

Fuente: Memoria 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sur.

Asimismo, en la Memoria 2022 se precisa que durante ese año se programó de tres a cuatro visitas mensuales en el Distrito Judicial de Lima Sur y se registraron 858 casos de atención al público usuario, como se aprecia en la tabla 2.

Tabla 2

Atenciones al público usuario con el despacho móvil

MES	DISTRITO	N° DE ATENCIONES			
		ALIMENTOS	FILIACIÓN	VARIOS	VIOLENCIA
MARZO	Chorrillos - Pachacamac - Manchay			173	
ABRIL	Villa María del Triunfo			123	
MAYO	San Juan de Miraflores			94	
JUNIO	Villa El Salvador			90	
JULIO	Lurín			21	
AGOSTO	Punta Hermosa - Punta Negra			25	
SETEMBRE	San Bartolo - Santa María del Mar - Chorrillos	18	1	30	12
OCTUBRE	Chorrillos - Pucusana	134	1	2	6
NOVIEMBRE	Chorrillos - Lurín	120	1	0	7
DECEMBRE	Chorrillos				
TOTALES					

Fuente: Memoria 2022, Corte Superior de Justicia de Lima Sur.

Durante el periodo 2023, al 30 de noviembre de ese mismo año, se realizó 59 salidas, lo que deja como resultado la recepción de 944 demandas de alimentos.¹

De las estadísticas mostradas, podemos inferir que desde el 2019 hasta el 2023 las atenciones de orientación y recepción de denuncias en general por parte del «despacho móvil» se incrementaron con mayor recepción de denuncias en casos de alimentos, alcanzando para el 2023 la recepción de 944 demandas. Sin embargo, en el caso de violencia familiar, se aprecia que desde la implementación del «despacho móvil» las atenciones de orientación y recepción de denuncias habrían disminuido, pero resulta que no se cuenta con información estadística del 2023.

Para el 2024, se emitió la Resolución Administrativa n.º 000220-2024-P-CSJLS-PJ de fecha 28 de febrero de 2024, por la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que aprueba el cronograma de salida del «despacho móvil» –se precisan las fechas, el distrito y el juzgado asignado–, en la modalidad presencial para el Módulo y Submódulo Judicial Integrado en Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar.

Ante la promulgación de la Ley n.º 31968 sobre las «responsabilidades sectoriales», regulado en el artículo 12, resulta necesario para un mejor servicio de la justicia itinerante del «despacho móvil» realizar las coordinaciones e invitar a las demás entidades públicas y privadas, teniendo en cuenta que la justicia también es prevención. Entre entidades están el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Justicia, entre otras, para que coadyuven en conjunto a un mejor servicio en la atención de las personas vulnerables, es decir que las personas puedan contar con asesoría legal sobre sus derechos, sobre los servicios de salud en caso de las víctimas de

1 Información proporcionada por el Administración del Módulo de Familia PPR Familia, contenido en el Informe n.º 000098-2023-AMDMFC-GAD-CSJLS-PJ del 15 de diciembre de 2023.

violencia, sobre servicios sociales, entre otros, así mismo es importante involucrar a las universidades a través de los estudiantes voluntarios para que contribuyan en la orientación y la difusión de la labor de la justicia itinerante a fin de garantizar los derechos y las libertades de esta población que se encuentra en estado de vulnerabilidad.

Para el 2024, y siguientes, se espera tener una mayor atención e ingresos de demandas y denuncias por parte de los pobladores de la competencia territorial del Distrito Judicial de Lima Sur. Para lograr este objetivo, se hace necesaria una difusión masiva, sea por medios de afiches, radio, televisión y sobre todo por las redes sociales (Facebook, Tik Tok, Instagram, etc.), pues los medios tecnológicos permiten una difusión más rápida y efectiva, dado que la mayoría de los jóvenes y adultos jóvenes tienen acceso a estas redes.

Tengo la convicción y el entusiasmo de sumarme a estas buenas prácticas al formar parte de esta digna Corte Superior de Justicia, la misma que ha recibido merecidos reconocimientos. Como jueces, considero que debemos actuar bajo los principios y los enfoques regulados en la ley, a fin de garantizar los derechos humanos con un acceso efectivo de la justicia en igualdad y no discriminación, que es lo que esperan los pobladores del distrito de Lima Sur.

6. CONCLUSIONES

La implementación de la justicia itinerante a nivel nacional tiene un impacto positivo como respuesta a las barreras que enfrenta el acceso a la justicia. Estas barreras son los factores socioeconómicos, culturales, entre otros, que afectarían a los ciudadanos más vulnerables.

El «despacho móvil» en el Distrito Judicial de Lima Sur tiene un impacto positivo. Este programa busca el acercamiento de los órganos jurisdiccionales a la población que vive en las zonas más alejadas y más vulnerables para la orientación de sus derechos y la

recepción de sus demandas en materia de alimentos, sus denuncias por violencia contra la mujer e integrantes de grupo familiar, entre otros. El programa se ejecuta año tras año bajo un cronograma; según las estadísticas desde su implementación del 2019 al 2023 hubo mayor atención en los casos de alimentos, seguido de los casos de violencia familiar, aunque en estos últimos hubo disminución de recepciones de denuncias o de orientación. Las estadísticas publicadas en la página web del Poder Judicial sobre la atención de la justicia itinerante han reflejado el compromiso en la participación de las cortes superiores a nivel nacional.

Las actuaciones del programa «despacho móvil» tienen sustento normativo y convencional que busca garantizar el derecho humano de acceso efectivo de la justicia, ante la barrera principal que enfrentan los pobladores de Lima Sur que es la pobreza. Existe un compromiso de los órganos jurisdiccionales en brindar una justicia con rostro humano y de empatía. Con la emisión de la Ley n.º 31968, se obliga a los operadores del sistema judicial a implementar una justicia itinerante más eficiente.

Como recomendación, es necesario contar con un marco jurídico que regule la justicia itinerante que tiene un sustento convencional; de esta manera, queda el compromiso de los operadores de justicia y las instituciones de que se cumpla el acceso a la justicia desde su dimensión material y, por encima de todo, que se actúe con un enfoque basado en los derechos humanos.

REFERENCIAS

Argés, J. (2020). El acceso a la justicia concebido como derecho humano imperativo (*ius cogens*). *Revista Derecho Global*, 2(8), 73-90. <https://www.scielo.org.mx/pdf/dgedj/v3n8/2448-5136-dgedj-3-08-73.pdf>

- Bernales, G. (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, 25(3), 277-306. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v25n3/0718-0012-iusetp-25-03-277.pdf>
- Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala (2013). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (27 de noviembre). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf
- Corte Superior de Lima Sur (2022). *Memoria 2022*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4512173/Memoria%20Gestion%202022.pdf>
- Diario Correo (2015). Villa El Salvador es el distrito más pobre de Lima. <https://diariocorreo.pe/peru/villa-el-salvador-es-el-distrito-mas-pobre-de-lima-618778/>
- Grupo Banco Mundial (2023). Siete de cada diez peruanos son pobres o vulnerables de caer en pobreza, nuevo informe del Banco Mundial. <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2023/04/26/peru-informe-pobreza-y-equidad-resurgir-fortalecidos>
- Islas-Colín, A. y Díaz-Alvarado, A. (2016). El derecho al acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: construcción doctrinal y jurisprudencial. *Prospectiva Jurídica*, 7(14), 47-60. https://www.researchgate.net/publication/321153414_El_derecho_al_acceso_a_la_justicia_en_el_Sistema_Interamericano_de_Proteccion_de_Derechos_Humanos_construccion_doctrinal_y_jurisprudencial
- Justicia TV (2019). Corte de Lima Sur inaugura «Despacho Móvil» para llevar justicia a los ciudadanos. <https://justiciatv.pj.gob.pe/corte-de-lima-sur-inaugura-despacho-movil-para-llevar-justicia-a-los-ciudadanos/>

- Justicia TV (2020). Programa «Despacho Móvil» de Corte de Lima Sur es declarado finalista en concurso organizado por servir. <https://justiciatv.pj.gob.pe/programa-despacho-movil-de-corte-de-lima-sur-es-declarado-finalista-en-concurso-organizado-por-servir/>
- La Rosa, J. (s/f). *Acceso a la justicia: acceso a la justicia: acceso a la justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de enfoque integral de enfoque integral política pública*. Centro de Estudios de Justicia en las Américas. <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/119accesojavierlarosaperu.pdf>
- Marabotto, J. (2003). Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. *Revista Instituto de investigación jurídicas UNAM*, 291-301. <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/116AccesoalajusticiayDDHH.pdf>
- Naciones Unidas Derechos Humanos. Oficina del alto Comisionado de América del Sur (2021). Derecho humano de acceso a la justicia. <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2021/11/18-El-derecho-humano-de-acceso-a-la-justicia.pdf>
- Opinión Consultiva OC-18/2003. Corte Interamericana de Derechos Humanos (17 de septiembre). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/oc/OC-18.pdf>
- Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad – Poder Judicial 2016-2021. Poder Judicial del Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2b4459804d160074ad7cbdd13fde886c/PLAN+NACIONAL+1904+CORREGIDO+FINAL%5B1%5D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2b4459804d160074ad7cbdd13fde886c>
- Poder Judicial del Perú (s/f). Corte Superior de Justicia de Lima Sur/ Conocemos/Historia. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuperiorLimaSurPJ/s_csj_lima_sur_nuevo/as_corte_superior_lima_sur/as_conocenos/as_historia/

- Poder Judicial del Perú (2019). Despacho Móvil recibe «Premio Certificación ISO a las Buenas Prácticas 2019». https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuperiorlimasurpj/s_csj_lima_sur_nuevo/as_inicio/as_imagen_prensa/as_noticias/csjls_n_despacho_movil_recibe_premio_iso_07082019
- Poder Judicial del Perú (2020). Feria nacional simultánea Llapanchikpaq Justicia logró acercar la justicia a más de 100 mil personas a lo largo de todo el territorio nacional. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ajpvyc/s_ajpvyc/as_noticia/cs_n_feria-nacional-simultanea-llapanchikpaq-justicia-logro-acercar-la-justicia-a-mas-de-100-mil-personas-a-lo-largo-de-todo-el-territorio-nacional
- Poder Judicial del Perú (2021). Elvia Barios resalta avances del servicio de justicia en la Corte Superior de Lima Sur. <https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/544366-elvia-barrios-resalta-avances-del-servicio-de-justicia-en-la-corte-superior-de-lima-sur>
- Poder Judicial del Perú (2023). Perú gana concurso de mejor buena práctica de Iberoamérica. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ajpvyc/s_ajpvyc/as_noticia/cs_n_peru_gana_concurso_de_mejor_buena_practica_de+iberoamerica
- Radio Programas del Perú (2020). INEI: Este es el distrito más pobre de Lima Metropolitana. <https://rpp.pe/economia/economia/inei-este-es-el-distrito-mas-pobre-de-lima-metropolitana-noticia-1247988>
- Sentencia T-339/15. Corte Constitucional de Colombia (2015) (3 de junio de 2015). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-339-15.htm>
- Tello Gilardi, J. (2020). El servicio de justicia itinerante: el acercamiento de la justicia a las poblaciones vulnerables. *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, 1(1), 15-38. DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v1i1.2>

Villa, S. y Orozco, J. M. (2016). El aspecto material del acceso a la justicia. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10732/12883>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

La autora declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

Análisis e interpretación de datos para el trabajo; redacción del trabajo y su revisión crítica; aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

A mis padres Benita y Gregorio, y a mi hijo Sebastián por la motivación para enfrentar aquellas adversidades y seguir adelante en cada etapa de mi vida profesional.

Biografía de la autora

María Luisa Charaja Coata es abogada, graduada y titulada en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, con máster en Derecho de Género por la Universidad de Jaén- España, y egresada del doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Publicó el artículo «Discriminación por condición de género y discapacidad en víctimas de violencia sexual: análisis desde la jurisprudencia»; y el ensayo «La violencia sexual en el matrimonio: un problema de desigualdad de género» en el libro de compilación

Derechos Humanos, Reglas de Brasilia y Justicia de Género (2023). La autora se desempeña como juez titular de familia en la subespecialidad de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar en el Distrito Judicial de Lima Sur. También, ejerció la docencia en el Programa de Formación Humanística en la Universidad César Vallejo en el año 2023.

Correspondencia

mcharaja@pj.gob.pe



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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024, 263-392

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.966>

La teoría de la discriminación positiva en materia tributaria para los migrantes y refugiados en el Perú: análisis jurídico de la condición de vulnerabilidad

The Theory of Positive Discrimination in Tax Matters for Migrants
and Refugees in Peru: Legal Analysis of Vulnerability Status

A teoria da discriminação positiva em matéria tributária para
migrantes e refugiados no Peru: análise jurídica da condição
de vulnerabilidade

MELANNIE SOILA ECHEVARRÍA ROJAS

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

Contacto: mechevarriar@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0000-4190-3597>

RESUMEN

El tema de investigación se centra en las personas que —por temor de persecución— huyeron de su país de origen y requieren de protección en el marco de las posibilidades del país de acogida, como un principio jurídico general entre los Estados. La condición de riesgo de los migrantes, en el que sus derechos son violentados por diversas razones, merece atención por los proyectos de mejora de nuestro

sistema jurídico tributario. No solo por la observancia de sus derechos fundamentales, sino por el riesgo de daño y condición de desigualdad, lo que encuentra sustento en los principios tributarios, en especial en el principio de igualdad tributaria que busca garantizar un trato justo.

Mediante el estudio cualitativo se nos ha permitido resaltar algunos aspectos de vulnerabilidad en los migrantes que podría sustentar una discriminación positiva en el tema tributario planteado. A través del concepto de discriminación positiva se busca justificar la implementación de políticas públicas orientadas a otorgar un trato preferencial a un grupo social específico, en este caso, a los migrantes y a los refugiados que se ven afectados por la retención del 30 % en su remuneración mínima vital debido a su condición de no domiciliados.

Palabras clave: migrante; refugiado; vulnerabilidad; protección internacional; igualdad.

Términos de indización: migrante; refugiado; grupo desfavorecido; derecho humanitario; igualdad de oportunidades (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

The research topic focuses on individuals who, out of fear of persecution, have fled their country of origin and deserve protection within the possibilities of the host country, as a general legal principle among nations. The precarious situation of migrants, where their rights are violated for various reasons, deserves attention from projects aimed at improving our tax legal system. This attention is not only for the observance of their fundamental rights but also due to the risk of harm and conditions of inequality. This finds support in tax principles, especially in the principle of tax equality that seeks to ensure fair treatment.

Through qualitative study, we have been able to highlight certain aspects of vulnerability in migrants that could justify positive discrimination in the tax-related issue presented. The concept of positive discrimination aims to justify the implementation of public policies oriented towards granting preferential treatment to a specific social group. In this case, migrants and refugees who are affected by the 30 % retention on their minimum vital remuneration due to their non-resident status.

Key words: migrant; refugee; vulnerability; international protection; equality.

Indexing terms: migrants; refugees; disadvantaged groups; humanitarian law; equal opportunity (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O tema da investigação centra-se nas pessoas que, por medo de serem perseguidas, fugiram do seu país de origem e que merecem protecção no âmbito das possibilidades do país de acolhimento, como princípio jurídico geral entre países. A condição de risco dos migrantes, em que seus direitos são violados por diversos motivos, merece atenção em projetos de melhoria do nosso sistema jurídico tributário. Não só pela observância dos seus direitos fundamentais, mas pelo risco de danos e de condições desiguais. Encontrar apoio nos princípios tributários, especialmente no princípio da igualdade tributária que busca garantir um tratamento justo.

Através do estudo qualitativo conseguimos destacar alguns aspectos da vulnerabilidade dos migrantes que poderiam apoiar a discriminação positiva na questão fiscal levantada. Através do conceito de discriminação positiva, procuramos justificar a implementação de políticas públicas que visam a concessão de tratamento preferencial

a um grupo social específico, neste caso, migrantes e refugiados que são afetados pela retenção de 30 % da sua remuneração mínima ao seu estatuto de não domiciliado.

Palavras-chave: migrante; refugiado; vulnerabilidade, proteção internacional; igualdade.

Termos de indexação: migrante; refugiado; grupo desfavorecido; direito humanitário; igualdade de oportunidades (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 28/03/2024
Aceptado: 12/06/2024

Revisado: 04/04/2024
Publicado en línea: 30/06/2024

1. INTRODUCCIÓN

La «vulnerabilidad» en un contexto de grupo social y jurídico es una condición de riesgo en el que los derechos se ven violentados debido a la raza, sexo, edad, barreras lingüísticas, lugar de origen, situación económica, circunstancia cultural o política, entre otros. El derecho peruano regula los grupos vulnerables que son objeto de protección jurídica, pero está pendiente su articulación con el derecho migratorio.

Una persona migrante puede quedar fuera de las categorías de protección legal que responden a las normas y a las leyes nacionales determinadas en un país en específico, lo que violenta sus derechos humanos y la protección de carácter internacional. El principio de igualdad en los impuestos puede corregir estas situaciones de desprotección y asegurar que todos los ciudadanos paguen impuestos sin discriminación, lo que es esencial en los tributos modernos.

Una de estas situaciones de inequidad en materia tributaria está relacionada con el concepto de no domiciliado, que impone una

tasa o alícuota del Impuesto a la Renta a refugiados y a migrantes sin considerar su situación de vulnerabilidad.

Asimismo, la poca agilidad de las instituciones para generar la documentación necesaria y la mínima articulación entre las instituciones estatales perjudica y retrasa su integración en el campo laboral. Si bien es cierto, se ha aceptado un progreso sustancial en las instituciones del Estado respecto del tratamiento de personas migrantes y refugiados, estos avances no son suficientes y no reflejan cambios importantes en la sociedad, pues aún se perciben las necesidades y los problemas que no han sido atendidos.

2. LA TEORÍA DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

2.1. Vulnerabilidad y derecho migratorio

2.1.1. ¿Qué es la vulnerabilidad?

Encontramos conveniente la evaluación de las condiciones y las características personales en cada caso en específico para determinar con un grado de certeza que estamos frente a un grupo o persona vulnerable que requiere de protección. Ruiz (2011) señala una definición particular de vulnerabilidad, pues considera que «se asocia sin duda a eventos críticos» (p. 67). De este modo, Ruiz ha considerado pertinente encontrar elementos o un «estándar normativo» para llevar a cabo una evaluación o medición del bienestar y de las condiciones de la vulnerabilidad.

Por otro lado, Torres (2000) nos refiere que la vulnerabilidad está relacionada con grupos que se encuentran en una situación de mayor indefensión para poder hacer algún frente a determinados problemas de la vida, porque no poseen los recursos necesarios para la satisfacción de sus propias necesidades básicas. En ese contexto, es importante

brindar protección a aquel grupo vulnerable que, según Pérez (2005), debe ser especial y debe verse como «el interés y el trabajo por superar las condiciones de desigualdad que les impiden a los miembros de estos grupos el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales en condición de igualdad con los demás» (p. 847).

Las personas en condición de vulnerabilidad pueden sufrir discriminación en el intento de regular la situación en que se encuentran, al toparse con barreras que les impiden el acceso a un orden nacional. Por su parte, Pérez (2005) menciona que «sólo uno de los aspectos por los que un grupo vulnerable puede resultar afectado, puesto que de igual forma lo podrá ser por ausencia o ineficiencia en las políticas públicas, por la falta de enfoques adecuados [...]» (p. 848). De esta forma, considera que los Estados deben promover enfoques de igualdad con el fin de no afectar a los grupos vulnerables.

El Perú mediante el Decreto Legislativo n.º 1603, publicado el 21 de diciembre de 2023, en el *Diario Oficial El Peruano*, en su exposición de motivos, refiere a las personas desaparecidas y a las personas desaparecidas en situación de vulnerabilidad, y en su artículo 5 ha establecido una definición para personas en situación de vulnerabilidad, señalando textualmente:

Personas en situación de vulnerabilidad. - Personas que sufren discriminación o situaciones de desprotección, entre ellas: niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, desplazados, migrantes, mujeres víctimas de violencia, integrantes de pueblos indígenas, personas LGBTIQ+, situación de pobreza, entre otras personas que se encuentren en esta situación.

De esta forma, el Estado peruano ha considerado qué personas pueden ser catalogadas dentro de una situación de vulnerabilidad y ha

incluido a los desplazados y a los migrantes. En el transcurso de dicha norma no ha brindado más detalles o información sobre vulnerabilidad o la situación de las personas; sin embargo, las sitúa dentro de un marco especial de reconocimiento a una protección debido a su situación de vulnerabilidad.

2.2. ¿Qué relevancia tiene la vulnerabilidad para el derecho?

Dentro de la sociedad se encuentran grupos en situación de vulnerabilidad que requieren de la protección que brinda el derecho. Reinterpretando a Kottow (2012), el autor nos menciona que es una necesidad generar algún instrumento jurídico y político para poder enfrentar aquellas vulneraciones que sufren inevitablemente las personas en el desarrollo de sus vidas, pues resulta que se deberá considerar el fortalecimiento de la capacidad propia de las personas contra los daños para que puedan adquirir instrumentos que les permitan obtener seguridad para afrontar los daños. Esto guarda relación con lo referido por Feito (2007) al explicarnos el tipo de vulnerabilidad sociopolítica, pues la vulnerabilidad deriva por pertenecer a un determinado grupo, en el que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra debe ser enfrentada. Asimismo, afirma Kottow que la universalidad de los derechos humanos responde al llamado de la igualdad y la libertad. Todo instrumento jurídico o político permite fomentar la necesidad de determinadas condiciones para la protección del ser humano en condición de vulnerabilidad.

Por su parte, Coromoto et al. (2019) han referido que dentro del ámbito jurídico y de la sociedad se encuentran como soportes la igualdad y la dignidad humana, ello en un contexto donde la desigualdad de los derechos ha sido la causa de muchas desavenencias en la historia por lo que el sistema jurídico salvaguarda los derechos humanos a nivel nacional e internacional, en búsqueda de una igualdad de condiciones que permita a las personas gozar de sus derechos en sociedad.

2.3. ¿Relación entre vulnerabilidad y derecho migratorio?

Las personas migrantes que se desplazan de su lugar de origen o vivienda habitual hacia otro lugar por graves motivos o por un temor fundado quedan apartados de la protección del lugar que dejan, debido a que se someten a un constante tránsito. Se enfrentan a situaciones de vulnerabilidad durante su recorrido migratorio, están sometidas a diversos peligros y son víctimas de engaños, de robos, de detenciones arbitrarias, de violaciones, de trata de personas, de falta de dinero y de escases de comida; asimismo, las mujeres, niños, niñas y personas LGTBIQ+ o con discapacidades son poblaciones aún más vulnerables que se vuelven más propensas a violaciones, convirtiéndose en los miembros más débiles de un grupo y asumiendo un rol de vulnerabilidad.

Al respecto, la agencia de la ONU para los Refugiados, ACNUR (2017) ha mencionado que las personas migrantes pueden hallarse en situación de vulnerabilidad por diversas razones. Por ello, la ACNUR ha considerado establecer dos categorías de vulnerabilidad para las personas migrantes. La primera categoría señala que los migrantes pueden estar ante una «vulnerabilidad situacional» que es «derivada de las condiciones en las que se produce el desplazamiento o de las condiciones en el país de migración». Dicha vulnerabilidad referida por la ACNUR se centra en las condiciones de irregularidad a las que se ven expuestos los migrantes en sus rutas terrestres que atraviesan para llegar a su lugar de destino, la falta de documentos, la diferencia de idiomas o de culturas impiden la adaptación y refuerzan la discriminación de estos grupos migratorios, los cuales se ven en situación de riesgo.

Por otro lado, hay una segunda categoría en la que los migrantes pueden estar ante una «vulnerabilidad individual», que está estrechamente «relacionada con determinadas características o circunstancias

individuales» que sitúan a una persona en un riesgo en particular. Como bien lo considera la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la situación de vulnerabilidad es la que permite el acceso a diversas violaciones de los derechos humanos, que es el resultado de las diversas formas de manifestación de la discriminación, de la desigualdad y de las dinámicas estructurales y sociales, que se entrelazan y guían niveles de poder que merman los derechos.

2.4. ¿Cuál es la relación entre vulnerabilidad e igualdad?

Dentro del sistema tributario y sobre todo dentro de un Estado que reviste un Estado de Derecho se contempla el principio de igualdad. Por ejemplo, el principio de igualdad en los impuestos asegura que todos los ciudadanos paguen impuestos sin discriminación.

El propósito fundamental de la igualdad en el sistema tributario es garantizar un trato justo en la administración y la justicia fiscal, lo que facilita que los contribuyentes acepten el pago de impuestos. La igualdad «tiene por objeto definir las condiciones de funcionamiento imparcial de la justicia y la administración, para que actúen conforme a la norma evitando la arbitrariedad. [...] supone tratar de la misma manera a los que están en análoga situación» (Bonell, 2005, p. 185). La igualdad tributaria tiene un mensaje de trasfondo, puesto que «el principio de igualdad en el ámbito fiscal contiene un mandato de desigualdad o diferenciación consistente en tratar de manera desigual situaciones efectivamente desiguales con la finalidad de conseguir aquella igualdad real o promocional» (Bonell, 2005, p. 188).

En la historia constitucional del Estado peruano, el principio de igualdad y no discriminación ha primado en las constituciones. Estas han guiado la legislación del Estado con impacto en el concepto de igualdad tributaria. Asimismo, «el principio de igualdad

implica la exclusión de todo trato desigual que no pueda justificarse constitucionalmente» (Brito, 2005, p. 139).

Dentro del sistema legal y financiero, los principios constitucionales justifican normas aplicables a todos los ciudadanos. En este contexto, el principio de igualdad se considera fundamental en un sistema tributario, ya que asegura la justicia al establecer impuestos en la sociedad. La igualdad en impuestos garantiza un sistema equitativo en la distribución de la carga tributaria para todos los contribuyentes, basándose en su capacidad económica para determinar su contribución de manera proporcional.

El principio de igualdad y el deber de contribuir se han desarrollado en el constitucionalismo de cada país, pues el principio de igualdad ha brindado inspiración al sistema tributario. Asimismo, si bien «el principio de igualdad se opone a la discriminación en el tratamiento tributario de situaciones que pueden considerarse iguales; no obstante, permite que la ley establezca un trato desigual si se funda este en criterios objetivos y suficientemente razonables» (Martínez, 2016, p. 180).

2.5. La discriminación positiva desde la jurisprudencia constitucional

La acción positiva «tiene como fin el superar [...] las condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad, otorgando beneficios a aquellas personas que [...] han sido desfavorecidos [...], dando mayores posibilidades y oportunidades de acceso a los derechos» (Navarro 2017, p. 112). Asimismo, la acción positiva puede trascender a otras esferas como la disparidad salarial, el uso del lenguaje, la desigualdad de género, la homosexualidad y a todo grupo vulnerable que se encuentre en una situación de inferioridad frente a otro y que requiera de una equidad real para llegar al desarrollo.

Las ventajas de la aplicación de la discriminación positiva permitirían destruir estereotipos, equiparar roles y mejorar las condiciones de vida de grupos excluidos. Al respecto, Asti *et al.* (2014) refieren que:

Las acciones positivas, específicamente las de discriminación positiva, están orientadas a establecer políticas públicas destinadas a dar un trato preferencial a un grupo social específico, una minoría o un grupo que ha sido objeto de discriminación, en relación con el acceso o distribución de ciertos recursos o servicios, así como el acceso a activos específicos, con el fin de restablecer la igualdad de estos en la sociedad. (p. 1)

La discriminación positiva cumple un rol importante en el desarrollo de la igualdad, siendo que se puede considerar como un instrumento que buscará la reducción de desigualdades en los diferentes grupos dentro de la sociedad. «Pretende [...] garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades. [...], supone, más que un tratamiento diferenciado, la instauración de un verdadero trato preferente» (Urteaga, 2009, p. 181).

La acción que conlleva a «discriminar positivamente» es la de tratar de una forma diferente a aquellas personas que son diferentes, tomándose en consideración las desigualdades de las situaciones en las que se puedan encontrar estas personas y al respecto tratar de reducir las desigualdades. «que la expresión no se refiere a una técnica en particular, sino que designa a un objetivo político en general: la integración de las personas inmigrantes, de las minorías étnicas, de las mujeres, de los jóvenes o de los discapacitados» (Urteaga, 2009, p. 18).

Consideramos que el principio de igualdad y la discriminación positiva buscan reducir las desigualdades entre los diferentes grupos sociales tratando de promover mayor igualdad en las oportunidades.

Al respecto, Urteaga (2009), haciendo referencia al Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, refiere que:

La discriminación positiva aparece, [...] como un instrumento de lucha contra las discriminaciones [...] defiende el respeto del principio de igualdad de tratamiento entre los sexos, ha acabado admitiendo explícitamente la validez de las medidas de discriminación positiva. [...] Además [...], plantean que este puede ser insuficiente para garantizar la plena igualdad y autorizan los Estados miembros a mantener o aprobar medidas específicas destinadas a prevenir o a compensar desventajas imputables a la discriminación. (p. 187)

Mediante la discriminación positiva se instauran prácticas para la reducción de la discriminación que se presentan en grupos o personas vulnerables por sus propias características personales o por las condiciones en que se encuentran, lo que permitirá establecer una igualdad social. Urteaga (2009) menciona que «en el derecho internacional como en las legislaciones nacionales, la discriminación positiva es el instrumento clave de una política de reducción de las desigualdades entre los diferentes grupos sociales» (p. 181), por lo que el objetivo de aplicar la discriminación positiva es fomentar la igualdad o dotar de herramientas para que un grupo en desventaja pueda conseguir oportunidades para enfrentar las barreras que se encuentra para ser considerado como vulnerable.

Respecto de la legislación peruana, en específico, cabe preguntarse si nuestro actual sistema jurídico tributario contempla las condiciones de vulnerabilidad entre sus contribuyentes, en este caso para personas naturales no domiciliadas por su condición de

migrantes, y si cabe la propuesta de una discriminación positiva en esta materia. La presente investigación encuentra sus cimientos en la teoría de la discriminación positiva, o también denominada acción positiva, para poder ser aplicada la Ley del Impuesto a la Renta respecto de personas no domiciliadas y domiciliadas; artículos 7 y 8 de la Ley del Impuesto a la Renta y artículo 4 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

Al respecto, «la SUNAT podría establecer un procedimiento que le permita verificar la condición de refugiados, solicitantes de refugio o de calidad migratoria humanitaria de ciertas personas; y, con ello permitirles acceder al régimen de personas domiciliadas a efectos de la LIR» (OIM - IPPDH, 2020). Así, nuestro sistema jurídico no ha sido ajeno a la reflexión acerca de la «discriminación positiva». Bernal - Triviño (2021) refiere que la discriminación positiva «son acciones dirigidas a reducir prácticas de discriminación en contra de colectivos excluidos y marginados. Su función es la de corregir una desigualdad».

Asimismo, en el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional —Sentencia recaída en el expediente n.º 0048-2004-PI/TC—, respecto de la discriminación positiva en su considerando 63, refiere que:

debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándole ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como «discriminación o acción positiva *affirmative action*». La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado. (p. 28)

Se pretende conseguir que la afectación tributaria no sea gravosa para el contribuyente, teniendo en cuenta que se está aplicando la confiscatoriedad a un sector de la población en estado de vulnerabilidad.

3. TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS REFUGIADOS EN EL PERÚ

Una persona extranjera no domiciliada, que es un trabajador dependiente, está obligada a la retención del 30 % sobre su renta neta mensual, a razón de que esta persona tiene la condición de no domiciliada; sin embargo, no se analiza más a fondo la situación económica, social y de vulnerabilidad en la que puede estar dicha persona.

3.1. Marco normativo internacional de los refugiados

Dentro del marco normativo internacional de la protección de los refugiados consta el derecho internacional de los refugiados, el derecho internacional de los derechos humanos y, en ciertas circunstancias, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal.

3.1.1. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

La Convención de 1951 nos permite comprender el porqué de la necesidad de reconocimiento y de protección de un refugiado, dado que la condición de refugiado es de carácter universal y su reconocimiento es un derecho en cualquier país. Por lo tanto, el Perú no debe ser ajeno a lo que se menciona en la Convención de 1951; ante ello, nace nuestro interés por exponer lo que consideramos esencial de la Convención y lo que debería ser aplicado en las normas nacionales en materia de refugiados o que indirectamente afecte a refugiados.

3.1.2. Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados

La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 son la base del derecho internacional de los refugiados y los únicos tratados universales que

definen un régimen legal específico para las personas que requieran de protección internacional. Desde la perspectiva de un refugiado, el reconocimiento como refugiado de la Convención de 1951 lo coloca en una situación más favorable, además de ser una garantía contra la devolución (*refoulement*) (ACNUR, 2005a, p. 11).

En la misma línea, con el Protocolo de 1967 se da un carácter universal a los preceptos de la Convención de 1951 al eliminar las limitaciones geográficas y de temporalidad, que esta convención tenía al estar dirigida a que solo los europeos que se convirtieron en refugiados antes del primero de enero de 1951 podían solicitar asilo. La limitación temporal queda retirada formalmente por el Protocolo de 1967 y la limitación geográfica fue desechada por la mayoría de los Estados que reconocen ambos instrumentos (Convención de 1951 y su Protocolo de 1967), constituyendo de esta manera la universalidad de los preceptos de la Convención.

El Protocolo de 1967 reconoce los preceptos y cómo estos se deben aplicar según lo indica la Convención de 1951. Es importante mencionar que el Protocolo es un instrumento independiente al cual los Estados pueden acceder sin ser parte de la Convención de 1951, aunque, por lo general, los Estados ratifican ambos instrumentos internacionales. Los Estados que son parte del Protocolo conciertan aplicar las disposiciones de la Convención de 1951 a los refugiados que cumplan con la definición que la Convención estipula, pero deja de lado lo concerniente a las limitaciones geográficas o temporales de la Convención (ACNUR, 2005a).

3.1.3. Convención de 1969 de la OUA (Organización para la Unidad Africana)

La Convención de 1969 de la OUA aplica el término «refugiado» a toda persona que a causa de una agresión exterior, de ocupación o de dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben

gravemente el orden público, en una parte o en la totalidad de su país de origen, se ve obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad.

Los Estados al ratificar la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 pueden decidir de manera expresa qué artículos de la Convención no se van a aplicar. Sin embargo, la facultad de estas reservas no puede darse con relación a disposiciones claves. Por ejemplo, no se podrá hacer reserva sobre el artículo 1 que es el que define a un refugiado y es esencial para la aplicación del derecho internacional del refugiado; de igual manera, no es viable hacer una reserva del artículo 3 que trata sobre la no discriminación basada en raza, religión o país de origen; y el artículo 33 que manifiesta sobre el principio de no devolución.

3.1.4. Declaración de Cartagena

La Declaración de Cartagena permitió expandir el concepto de refugiado para incluir a víctimas de violencia generalizada, que hayan huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad hayan sido amenazadas. Entiéndase por violencia generalizada a los conflictos internos que puedan detonar en un Estado, la vulneración masiva de derechos humanos, la agresión extranjera u otros contextos que perturben gravemente el orden público.

3.1.5. ACNUR - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Por otro lado, quienes brindan protección internacional (los Estados y el ACNUR) encaran desafíos por garantizar que los esfuerzos para coordinar y armonizar las políticas de asilo sean coherentes con las obligaciones del derecho internacional de los refugiados, que los gobiernos protejan a los refugiados en ambientes seguros (manteniendo el carácter humanitario del asilo) y más si se tienen campamentos de refugiados en sus territorios. Los países de asilo que están en proceso de desarrollo económico deben buscar los mecanismos de

respuesta a los movimientos masivos de refugiados. Además, deben encarar e incrementar el entendimiento y el uso efectivo de los vínculos entre la protección de los individuos de conformidad con el derecho internacional de los refugiados y su protección de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos (ACNUR, 2005a, p. 12).

3.2. Marco normativo nacional de los refugiados

3.2.1. Ley de Refugiados n.º 27891

Con la existencia del marco internacional que ampara el derecho de los refugiados, se ha podido dar luces a la Ley del Refugiado n.º 27891 que es la fuente póstuma que rige en Perú sobre el derecho de los refugiados. «La Ley del Refugiado consta de 36 artículos y está dedicada exclusivamente a regular el tema de los refugiados, a diferencia del Decreto Supremo n.º 001-85-RE que poseía 84 artículos y regulaba tanto el otorgamiento de la condición de refugio como el asilo» (Rubio, 2012, p. 444).

El artículo 3 de la Ley del Refugiado refiere la importancia de la protección internacional, y ello es menester resaltar porque es la propia normativa peruana quien reconoce y acepta una protección internacional para las personas reconocidas como refugiadas.

3.2.2. Decreto Legislativo n.º 1350

La Organización Internacional para las Migraciones¹ (OIM) menciona que migrar es el acto de salir de un Estado con el propósito de asentarse en otro. Los motivos que impulsan a las personas a salir de su país son

1 La Organización Internacional para las Migraciones es una organización intergubernamental fundada en 1951 que se ocupa de la problemática de las migraciones. Asociada desde septiembre de 2016 a las Naciones Unidas, cuenta con presencia en más de 100 países y con 165 Estados miembros. La OIM cuenta con una estructura descentralizada lo cual le permite adquirir capacidad para ejecutar una gran cantidad de proyectos a petición de sus Estados miembros.

diferentes; podrían considerarse la búsqueda de mejores condiciones de vida, de ofertas de trabajo, de estudios, motivos de reencontrarse con la familia o simplemente por el afán de iniciar una aventura en un lugar nuevo. Sin embargo, nos referimos a la migración forzada cuando una persona puede verse o sentirse obligada a salir de su país de origen o nacionalidad por poseer temor (fundado), dado porque su seguridad o libertad se han visto en peligro o se verían en peligro por ser víctima de violencia generalizada o de un conflicto armado, o frente a un desastre o catástrofe climática (terremotos, huracanes, contaminación ambiental).

En el capítulo II del Decreto Legislativo n.º 1350 se refiere al asilo y al refugio. En su artículo 39.1, menciona que el asilo y el refugio son estatutos jurídicos otorgados por el Estado peruano para la protección de sus titulares. Los solicitantes de estos estatutos jurídicos no requieren visa ni calidad migratoria para su admisión y permanencia en el territorio peruano. Asimismo, menciona que al asilado y al refugiado les son aplicables las disposiciones contenidas en las normas o en los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, según manda la materia migratoria.

Además, el D. L. de Migraciones reconoce al Ministerio de Relaciones Exteriores, la Constitución Política del Perú, las leyes, y los Tratados y Convenios Internacionales de los que el Perú es parte como los que podrán reconocer el estatuto de asilo o refugiado a los extranjeros que lo soliciten y de igual manera podrán determinar la pérdida de este estatuto.

El 15 de febrero de 2023 se publicó la Ley n.º 31685, que incorporó el numeral 11.3 al artículo 11 del Decreto Legislativo n.º 1350 con el fin de garantizar la protección a migrantes víctimas de violencia en situación de vulnerabilidad. El objeto de esta modificación fue el de garantizar protección a las mujeres migrantes con hijas e

hijos que sean víctimas de violencia familiar y sexual, víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, siempre y cuando no sean responsables de dicha situación de vulnerabilidad.

Al respecto podemos afirmar lo siguiente: (a) nuestro sistema jurídico reconoce el contexto del grupo social y jurídico, en condición de riesgo de que sus derechos se vean violentados, y considera las condiciones y las características específicas que requieren de protección; (b) nuestro sistema jurídico reconoce a ciertas personas que toman la decisión de desplazarse de su lugar de origen o vivienda habitual hacia un lugar desconocido, sin protección legal; (c) nuestro sistema jurídico considera situaciones de acción positiva para superar los obstáculos y las condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad, y otorga beneficios a aquellas personas que en la realidad habían sido desfavorecidas.

4. RÉGIMEN TRIBUTARIO APLICABLE A REFUGIADOS

4.1. Condición de domiciliado

El Derecho Tributario peruano elabora su propio concepto de domicilio, alejado del concepto construido por las normas del derecho común. El sistema tributario peruano cimienta el descuento del 30 % bajo el concepto de no domiciliados en una concepción basada en que los extranjeros son fuente generadora de ingresos e inversiones en el país y, por ende, cuentan con las posibilidades económicas para cumplir con el correspondiente descuento, pues está pensado en que si un extranjero viene a enriquecerse en territorio nacional deberá contribuir al fisco como retribución.

Como base legal, el artículo 56 de la Ley del Impuesto a la Renta, sobre las retenciones para no domiciliados, menciona que las personas o entidades que paguen a no domiciliados rentas de fuente peruana de cualquier naturaleza deberán retener y abonar al fisco

con carácter definitivo el impuesto a la renta dentro de los plazos previstos por el Código Tributario para las obligaciones de periodicidad mensual.

Los artículos 7 y 8 de la Ley del Impuesto a la Renta y artículo 4 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta considera personas «naturales no domiciliadas a las personas de nacionalidad extranjera que no hayan residido o permanecido en el país durante un periodo de dos años o más en forma continuada». La condición de no domiciliado es diferente para las personas naturales jurídicas. Según la base legal del artículo 7 de la Ley del Impuesto a la Renta y el artículo 4 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, a las personas naturales se las considera no domiciliadas cuando son de nacionalidad extranjera que no han tenido una residencia en el país por más de 183 días calendario durante un periodo cualquiera de 12 meses.

Al respecto, consideramos que un tratamiento diferenciado en materia tributaria para las personas no domiciliadas en situación de vulnerabilidad sería compatible con lo desarrollado por el principio de igualdad y no discriminación, conteniendo aun reconocimiento constitucional. Asimismo, se podría pretender considerar a la discriminación positiva dentro de estos grupos vulnerables, ya que tendría una incidencia favorable, debido que no sería gravosa la afectación tributaria y se cumpliría de igual manera con las condiciones de un domiciliado.

5. ÁMBITO DE ACTUACIÓN ECONÓMICA

5.1. Laboral

Respecto del ámbito laboral, para el año 2019, la población migrante trabajadora asalariada no poseía un contrato laboral; por ende, sus derechos laborales no estaban garantizados. «La población venezolana

que reside en nuestro país, se encuentra ocupada en la economía informal en puestos de trabajo sin contrato laboral ni acceso a la protección social o a la seguridad social» (INEI y otros, 2019).

La informalidad en la que se ve sumergida la población migrante, en su mayoría ciudadanos venezolanos, es ocasionada por diversos factores que contribuyen a su afianzamiento. Uno de ellos es el tratamiento tributario al que se enfrentan las personas no domiciliadas y vulnerables en Perú; el rol que juega la tributación se puede centrar en cómo la política fiscal promueve o socava los objetivos de la política comercial pertinente que se gesta en el territorio peruano. Al respecto, una investigación patrocinada por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya y otros, Koechlin et al. (2019), refieren que:

Se debe considerar que la inmigración venezolana a Perú es un fenómeno desordenado y abrupto [...] escapa de una situación de crisis económica y se ve obligada a generar ingresos en un país que tiene un mercado de trabajo altamente informal. [...]. Al igual que los trabajadores peruanos, los inmigrantes venezolanos han encontrado mayoritariamente formas de insertarse en el mercado de trabajo. (p. 30)

5.2. Empresarial

En la sociedad peruana, se observa un creciente movimiento empresarial, comúnmente conocido como «emprendedor». Cuando las personas no encuentran empleo formal con contrato, seguro de vida y otros beneficios, buscan alternativas para alcanzar estabilidad económica.

Este fenómeno surge como respuesta a la necesidad de muchas familias y los migrantes no son ajenos a esta forma de superación. A pesar del esfuerzo que dedican a sus emprendimientos, muchos siguen operando en la informalidad. Esto se debe a que, en muchos

casos, no han formalizado sus negocios como empresas, carecen de Registro Único de Contribuyente (RUC), no emiten recibos y no han optado por un régimen tributario como el Nuevo Régimen Único Simplificado (NRUS), Régimen Especial de Renta (RER), Régimen MYPE Tributario (RMT) o Régimen General (RG), lo cual es necesario para cumplir con las obligaciones tributarias al iniciar un negocio.

El Informe n.º 053-2018-SUNAT/7T0000, de fecha 18 de mayo de 2018, ha concluido que un ciudadano venezolano que ha obtenido el PTP y es titular de una empresa unipersonal establecida en el país puede acogerse al NRUS para realizar actividades empresariales y de oficio, a pesar de que no haya superado los 183 días de permanencia en el país. Sin embargo, dicho informe carece a la fecha de una actualización, toda vez que el PTP ha sido sustituido por el CPP (Carné de permiso temporal de permanencia) y solo abarca a la población venezolana sin considerar que la población migrante contempla diversas nacionalidades.

Sería pertinente preguntarnos si a la fecha una persona migrante puede acogerse al NRUS al haber obtenido su CPP, y si habrá algún tipo de condicionamiento por su nacionalidad, considerando que continúa el criterio de que la persona sea titular de una empresa unipersonal establecida en el país y que no necesariamente se cumpla con los 183 días de permanencia.

6. REGLAMENTACIONES TRIBUTARIAS

El Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo n.º 179-2004-EF cuenta con su reglamento aprobado por el Decreto Supremo n.º 122-94-EF. Pero la contribución que realizan los migrantes y refugiados no domiciliados no es desde la igualdad, sino desde la obligatoriedad, lo que atenta contra la persona

porque se encuentran en una vulnerabilidad en particularidad y se hallan en la necesidad de un trato especial que se diseñe acorde con su situación en particular. Si bien es cierto que la ley debería ser igual para todos, también es cierto que la ley se basa en principios y criterios recogidos por el legislador que responden a la necesidad de la sociedad.

Por otro lado, podemos ver que si una persona migrante o refugiada decide iniciar un negocio o realizar actividades comerciales en Perú, estará sujeta a las regulaciones fiscales y tributarias aplicables para los empresarios en el país. Esto incluye el pago de impuestos sobre ganancias y otros requisitos tributarios. No se pretende exonerar a un migrante o refugiado de toda obligación tributaria a la que pueda estar sujeto un nacional. En el presente análisis se entiende que un Estado requiere de los impuestos y las deducciones que el fisco, a través de la SUNAT, pueda ejercer respecto de su rol de confiscatoriedad; sin embargo, consideramos que la norma debe estar acorde con la necesidad de la población, que requiere de su intervención para lograr un bienestar tributario, por ejemplo, para facilitar una reinserción laboral.

Los migrantes y los refugiados que habitan en Perú se vuelven parte de la población nacional y del Estado peruano; ante ello generan hechos sociales que son obligación del Estado peruano afrontar cuando estos repercuten a gran escala en la sociedad.

7. CONCLUSIONES

De conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo de 1967 y la Ley de Refugiados n.º 27891, las personas que por temor de persecución han huido de su país de origen merecen protección en el marco de las posibilidades del país de acogida, como un principio jurídico general entre los Estados, acorde con la necesidad del refugiado, hasta que supere las condiciones

de vulnerabilidad y pueda adaptarse a la nueva sociedad de manera igualitaria.

La condición de domicilio del Impuesto a la Renta en el Perú influye en la forma de cumplimiento de obligaciones tributarias. Los artículos 7, 8 y 56 de la Ley de Impuesto a la Renta (LIR) en concordancia con el artículo 4 del Reglamento LIR, para el caso de contribuyentes no domiciliados, establecen la obligación de retención al fisco con carácter definitivo si no han residido o permanecido en el país. La condición de no domiciliado del refugiado se ve impactada tributariamente, de forma negativa, especialmente en el caso del Impuesto a la Renta de cuarta y quinta categoría como no domiciliados, por lo cual se produce una retención del 30 % del importe a pagar por el servicio brindado o del total del sueldo mensual según corresponda.

A través del concepto de discriminación positiva se busca justificar la implementación de políticas públicas orientadas a otorgar un trato preferencial a un grupo social específico, en este caso, a los migrantes y refugiados que son afectados por la retención del 30 % de su remuneración mínima vital debido a su condición de no domiciliados. Esto les permitiría acceder a recursos y servicios para establecer una mayor igualdad en la sociedad.

Los derechos humanos de los migrantes deben revestir de una protección nacional e internacional de conformidad con el análisis en particularidad de la situación de vulnerabilidad específica en que se halle la persona migrante. Los Estados deben asociarse para garantizar los derechos de las personas migrantes, los cuales son universales y no están limitados por territorios ni restringidos por nacionalidades; las personas en condición de desplazamiento deben acceder a la protección de sus derechos, y para ello es necesario brindarles garantías de fácil y oportuno acceso.

REFERENCIAS

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (s/f). Guías de ACNUR Comité español. https://recursos.eacnur.org/hubfs/Content/ACN_ebook_Derechos_refugiados.pdf?t=14
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (28 de julio de 1951). <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1967). Protocolo sobre el estatuto de los refugiados. Serie de Tratados de Naciones Unidas, n.º 8791, vol. 606 (31 de enero de 1967). <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0003.pdf>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1984). Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (19 al 22 de noviembre de 1984). <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008.pdf>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1992). Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2005a). La determinación del Estatuto de Refugiado. ¿Cómo identificar quién es un refugiado? Módulo autoformativo n.º 2 (1 de septiembre de 2005). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2010/7962.pdf>

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2005b). Introducción a la Protección Internacional. Protección de las personas de la competencia del ACNUR. Módulo autoformativo n.º 1.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2011). Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la convención de 1951 y el protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados. Ginebra.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2014). Declaración de Brasil, 3 de diciembre de 2014. <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9867.pdf>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2017). Migrantes en situaciones de vulnerabilidad: Perspectiva del ACNUR. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5979dcfa4>
- Arrieta, J. (2019). Reforma fiscal, equidad y progresividad. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/692884/AFD_UAM_23_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y pp. 211 - 238.
- Barco Lacussan, I. (2009). Derecho Tributario: consideraciones económicas y jurídicas. En *Teoría General de lo Tributario*. (tomo I). Librería Grijley.
- Bernal - Triviño, A. (2021). La discriminación positiva corrige situaciones de desigualdad y derriba estereotipos. Entrevista realizada por Vega Alonso del Val para Amnistía Internacional. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/la-discriminacion-positiva-corrige-situaciones-de-desigualdad-y-derriba-estereotipos/>

- Bonell, R. (2005). Principio de igualdad y deber de contribuir. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Real Centro Universitario Escorial - María Cristina. <https://vlex.es/vid/principio-igualdad-deber-contribuir-57260423>
- Castillo Balarezo J. (2000). Los contribuyentes no domiciliados en el Perú: comentarios a la Ley del Impuesto a la renta. *Revista Themis*, (41), 37-45. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109639.pdf>
- Coromoto, J., Menéndez, F. y Moreira, T. (2019). Migración: como fenómeno social vulnerable y salvaguarda de los derechos humanos. *Revista de Ciencias Sociales*, (25), 281-294. https://www.redalyc.org/journal/280/28065583018/html/#redalyc_28065583018_ref16
- Decreto Legislativo n.º 1603. Normas Legales. Diario Oficial *El Peruano* (21 de diciembre de 2023). https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2021_2026/Decretos/Legislativos/2023/DL-1603.pdf
- Espinoza Torres, P. (2000). Grupos vulnerables y cambio social. *Quórum, Instituto de Investigación Legislativas de la Cámara de Diputados*, año IX, 72, 10.
- Feito, L. (2007). Vulnerabilidad. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 30(3), 7-22. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000600002&lng=es&tlng=es
- Koehlin, J., Solórzano, X., Larco, G. y Fernández, E. (2019). *Impacto de la inmigración venezolana en el mercado laboral de tres ciudades: Lima, Arequipa y Piura*. Solvima Graf S. A. C.

- Kottow, M. (2012). Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (69), 25-44 <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201202.001>
- Ley del Refugiado n.º 27891 (2002). XI Resolución 428 (V) (14 de diciembre de 1950). <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1938.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2003/1938>
- Mendoza, P. (2014). El principio tributario de igualdad, generalidad, proporcionalidad y la sociedad en el Perú. *Quitukamayoc Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, 22(42), 103-107. https://www.researchgate.net/publication/319657608_EL_PRINCIPIO_TRIBUTARIO_DE_IGUALDAD_GENERALIDAD_PROPORCIONALIDAD_Y_LA_SOCIEDAD_EN_EL_PERU
- OIM - IPPDH (2020). El tratamiento tributario aplicado a personas naturales no domiciliadas en el Perú, especialmente aquellas de nacionalidad venezolana. *Derechos humanos de personas migrantes: manual regional*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pérez Contreras, M. (2005). Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, (113), 845 - 867. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/124>
- Robles Moreno, C. (2008). *Los principios constitucionales tributarios*. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/carmenrobles/2008/09/14/los-principios-constitucionales-tributarios/>
- Rubio, P. (2012). La Protección Internacional de Refugiados en Perú: Ley 27.891 y su reglamento. En M. Lettieri, *Protección internacional de refugiados en el Sur de Sudamérica* (pp. 443-480). Ediciones de la UNLA.

- Ruiz de Castilla Ponce de León, F. J. (2010). Principios del Procedimiento Administrativo y Procedimientos Tributarios. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/franciscoruiz/2010/09/13/principios-del-procedimiento-administrativo-y-procedimientos-tributarios/>
- Ruiz Rivera, N. (2012). La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo. *Investigaciones Geográficas, Boletín del Instituto de Geografía, UNAM*, (77), 63-74. <https://www.scielo.org.mx/pdf/igeo/n77/n77a6.pdf>
- Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT (2018a). Informe n.º 053-2018-SUNAT/7T0000. <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2018/informe-oficios/i053-2018-7T0000.pdf>
- Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT (2018b). Informe n.º 096-2018-SUNAT/7T0000. <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2018/informe-oficios/i096-2018-7T0000.pdf>
- Urteaga E. (2009). Las políticas de discriminación positiva. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, (146), 181-213. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/27541eguzki-urteaga.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

La autora declara no tener conflicto de interés.

Contribución de autoría

Recojo de la información; análisis e interpretación de los datos; estructura de la investigación; redacción, revisión y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

La autora agradece los alcances brindados por Juan Carlos Meléndez Calvo.

Biografía del autor

Melannie Soila Echevarría Rojas es bachiller en Derecho por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Durante cuatro años ha venido desempeñando funciones en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte en los juzgados de investigación preparatoria y en la Primera Sala Penal de Apelaciones. Su sueño y anhelo como joven investigadora es publicar estudios que contribuyan con el progreso de las disciplinas jurídicas.

Correspondencia

mechevarriar@pj.gob.pe

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. 6, n.º 8, enero-junio, 2024

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v6i8

La edición de este octavo número de la revista estuvo a cargo del Centro de Investigaciones Judiciales; la coordinación editorial fue llevada a cabo por William Homer Fernández Espinoza y Jorge Angel Chávez Descalzi; la diagramación corrió a cuenta de Ruth Espinoza Torrejón; la corrección de estilo la realizó Nelly Córdova Núñez; y de la gestión electrónica se encargaron Erik Yonatan Almonte Ruiz y MetaBiblioteca.

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 n.º 8

se terminó de producir digitalmente en junio de 2024 en la Unidad de Investigación y Fondo Editorial del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.

PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

MARTÍN EDUARDO ATO ALVARADO

La convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Perú

SHERLY TANIA BUSTAMANTE MAITA Y EDWIN WILSON VILLANUEVA ALTAMIRANO

Factores de vulnerabilidad en niños y adolescentes víctimas de violencia sexual

XIOMARA RIVERA ZAMORA

Cobro internacional de alimentos. Fortaleciendo los derechos de la niñez

DIEGO ALONSO NORONHA VAL

El acceso a la justicia para personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA): análisis comparado y áreas de oportunidad para la consolidación de esta comunidad en el Perú

YENIVA ISABEL LLEELLISH JUSCAMAYTA

Explorando el acceso a la justicia: perspectivas de las personas con discapacidad en el marco de las Reglas de Brasilia

HÉCTOR MANUEL VILLALOBOS MENDOZA

La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la seguridad ciudadana. Una justicia sin rostro humano no es justicia

JOEL EMERSON HUANCAPAZA HILASACA

El acceso a la justicia de los trabajadores cesados irregularmente en la década de 1990 y los beneficios resarcitorios en la actualidad

JOSÉ LUIS FRETTIS

Discriminación por género: perversa connivencia social y política de hombres y mujeres

MARÍA LUISA CHARAJA COATA

Reglas de Brasilia y justicia itinerante: el «despacho móvil» como buena práctica en el Distrito Judicial de Lima Sur

MELANNIE SOILA ECHEVARRÍA ROJAS

La teoría de la discriminación positiva en materia tributaria para los migrantes y refugiados en el Perú: análisis jurídico de la condición de vulnerabilidad

