

# 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 9, julio-diciembre, 2024, Lima, Perú  
ISSN: 2709-6491 (En línea) | DOI: 10.51197/lj.v6i9



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 9, julio-diciembre, 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*: marisaspagnolo@juscorrientes.gov.ar

ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS  
Ministerio Público, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6213-9268>  
*E-mail*: [achavezdj@mpfn.gob.pe](mailto: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](mailto: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](mailto: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](mailto: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](mailto: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](mailto: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](mailto:zelada_cj@up.edu.pe)

EDUARDO VEGA LUNA  
Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2001-3285>  
*E-mail*: [eduardo.vega@uarm.pe](mailto:eduardo.vega@uarm.pe)

MARCELA HUAITA ALEGRE  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3720-7406>  
*E-mail*: [mhuaita@pucp.edu.pe](mailto:mhuaita@pucp.edu.pe)

RENATA BREGAGLIO LAZARTE  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4306-2511>  
*E-mail*: [renata.bregaglio@pucp.edu.pe](mailto:renata.bregaglio@pucp.edu.pe)

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.v6i9

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 REPÚBLICA<sup>1</sup>**

Javier Arévalo Vela  
Presidente

César Eugenio San Martín Castro

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Ana María Aranda Rodríguez

Jorge Luis Salas Arenas

Elvia Barrios Alvarado

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi

Carlos Giovanni Arias Lazarte

Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana

Carlos Alberto Calderón Puertas

Ulises Augusto Yaya Zumaeta

Emilia Bustamante Oyague

Manuel Estuardo Luján Túpez

Víctor Antonio Castillo León

Silvia Consuelo Rueda Fernández

Wilber Bustamante del Castillo

Ramiro Antonio Bustamante Zegarra

César Augusto Proaño Cueva

---

<sup>1</sup> El Dr. Roberto Rolando Burneo Bermejo, Juez Supremo Titular, se encuentra con licencia institucional, pues preside el Jurado Nacional de Elecciones.



*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* 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 *Llapanchikpaq: 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 9, julio-diciembre, 2024  
Publicación semestral. Lima, Perú  
ISSN: 2709-6491 (En línea)  
DOI: 10.51197/lj.v6i9

### CONTENIDOS

#### PRESENTACIÓN

JANET TELLO GILARDI 13

#### ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

LUIS ALBERTO RAMÍREZ TIPACTI 19  
Reglas de Brasilia para jóvenes encarcelados: aplicación de las Reglas de Brasilia a la luz de la responsabilidad penal restringida para jóvenes reclusos en establecimientos penitenciarios peruanos

EDUARDO ANTONIO REYES CASTILLO 57  
Políticas gubernamentales y la atención de calidad en un centro de salud mental desde la perspectiva de la comunidad LTGBIQ+ 2023

MARTHA HELIA ALTABE	93
Derecho penal y protección de datos personales. Algunas reflexiones en torno a la práctica jurídica en el contexto español	
ZULEYMI VELASCO PÉREZ	133
Derecho penal y protección de datos personales	
SANDRA LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ	161
¿Puede el género constituir una circunstancia modificativa en el derecho penal? Algunas reflexiones en torno a la práctica jurídica en el contexto español	
SOFÍA RIVAS LA MADRID	199
El delito de feminicidio: la violencia contra la mujer por razones de género	
JULIANA VIVAR VERA Y ARÁN GARCÍA SÁNCHEZ	231
Enseñanza transformadora del Derecho Penal con sentido humano para el acceso a la justicia. La experiencia del modelo en el Tecnológico de Monterrey	
JOEL EMERSON HUANCAPAZA HILASACA	263
El derecho humano a la vivienda digna y las posibilidades de acceso a la justicia para su protección a favor de los sectores vulnerables	
ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS	305
Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes en casos de violación sexual	



# 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 9, julio-diciembre, 2024

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1094>

## 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 noveno número de la revista *Llapanchikpaq Justicia*. Esta publicación, indizada en Latindex 2.0 y en el Directory of Open Access Journals (DOAJ), aborda puntos cruciales en esta edición, como las Reglas de Brasilia, la discriminación y violencia por motivos de género, orientación sexual e identidad de género, así como la protección de los datos personales, entre otros interesantes temas.

El magistrado de la Corte Superior de Ica Luis Alberto Ramírez Tipacti analiza en su artículo la aplicación de las Reglas de Brasilia para jóvenes de entre 18 y 21 años, con el objetivo de reducir el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios peruanos y proteger los derechos humanos de los internos. A través de un enfoque en la responsabilidad penal restringida, apoyado en datos del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el artículo destaca cómo la implementación de estas reglas y una reforma legislativa podrían mejorar las condiciones de vulnerabilidad de los jóvenes en prisión, promoviendo un sistema carcelario más humano.

Joel Emerson Huancapaza Hilaraca, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sostiene en su artículo que el acceso a la justicia y la comprensión del derecho a una vivienda adecuada se basa en dos tipos de fundamentos: visibles e invisibles. Los fundamentos visibles corresponden al marco normativo tanto internacional como nacional, mientras que los invisibles están relacionados con la dimensión moral de este derecho, subrayando la importancia de ambos para la protección del derecho a la vivienda de los sectores vulnerables.

Desde México, Juliana Vivar Vera y Arán García Sánchez destacan la innovación del Tecnológico de Monterrey que, mediante su modelo educativo «TEC21» y el programa «Voz de las Víctimas», promueve un aprendizaje basado en competencias éticas y prácticas. Este enfoque permite abordar temas como el feminicidio desde una perspectiva integral, centrada en la justicia para grupos vulnerables, aplicando las Reglas de Brasilia. Las autoras demuestran que limitarse a encuadrar conductas en tipos penales no es suficiente para una comprensión profunda y propositiva del Derecho Penal.

Por su parte, la profesora Martha Helia Altabe, de la Universidad Nacional del Nordeste, analiza cómo el control de constitucionalidad y de convencionalidad en Argentina permite a los jueces y juezas priorizar tratados y jurisprudencia internacional en derechos humanos sobre normas internas en casos concretos, sin derogarlas. Propone que los magistrados, en casos de violencia de género, adopten un enfoque transformador que no solo repare el daño, sino que también contribuya a eliminar la discriminación y la marginación estructural que originan estos hechos.

Asimismo, la profesora Sandra López de Zubiría Díaz, de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, presenta en su ensayo reflexiones en torno a la práctica jurídica en el contexto español, explorando la posibilidad de que el género actúe como una circunstancia

modificativa en el derecho penal. Destaca un cambio en la política criminal hacia un enfoque con perspectiva de género, especialmente en la legislación sobre violencia de género, lo que ha impulsado su regulación en el ámbito jurídico nacional e internacional.

Del mismo modo, la fiscal de Lima Sofía Rivas La Madrid examina los instrumentos internacionales que garantizan los derechos humanos de las mujeres y las medidas especiales que los Estados partes han adoptado para lograr la igualdad sustantiva. En el contexto peruano, analiza cómo el país ha incorporado legalmente sus responsabilidades en este ámbito y aborda la problemática actual relacionada con la tipicidad objetiva del feminicidio, señalando las discrepancias en la interpretación sobre los sujetos activo y pasivo del delito.

También, Eduardo Antonio Reyes Castillo, de la Universidad César Vallejo, evalúa cómo las políticas gubernamentales impactan la calidad de atención en salud mental para la comunidad LGTBQI+, protegiendo sus derechos humanos fundamentales frente a situaciones de discriminación y violencia por motivos de orientación sexual, identidad de género y expresiones sexuales.

Por otro lado, Zuleymi Velasco Pérez, de la Universidad Interamericana de Panamá, explora en su artículo los antecedentes regulatorios de los datos personales en el sistema jurídico y lleva a cabo un estudio comparativo de derechos digitales en Latinoamérica. Aborda la problemática de la violencia digital, los tipos penales asociados y el derecho de acceso a la justicia en este contexto.

Finalmente, la fiscal superior de Huánuco, Ana María Chávez Matos, en su trabajo sobre el acceso a la justicia de menores de edad en casos de violación sexual, aborda este delicado tema desde la perspectiva de las Reglas de Brasilia. Su análisis se centra en identificar las barreras legales, sociales y procesales que enfrentan las víctimas, destacando la necesidad de implementar medidas de protección integral, como

la asistencia psicológica, la simplificación de los procedimientos y la sensibilización de los operadores de justicia.

Los temas abordados en este número de la revista son actuales y evidencian los desafíos y avances respecto al acceso a la justicia de los grupos vulnerables en el Perú y en diversos países de la región iberoamericana.

Por tal motivo, invitamos a juezas, jueces, fiscales, personal jurisdiccional, profesionales y a la comunidad jurídica nacional y extranjera a revisar estos importantes trabajos desarrollados bajo los estándares de las Reglas de Brasilia, cuyo acceso es libre y gratuito para promover la investigación.

Lima, diciembre 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 9, julio-diciembre, 2024  
Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v6i9





# 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 9, julio-diciembre, 2024, 19-56

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.929>

## Reglas de Brasilia para jóvenes encarcelados: aplicación de las Reglas de Brasilia a la luz de la responsabilidad penal restringida para jóvenes recluidos en establecimientos penitenciarios peruanos

Brasilia's Rules for Youth in Jail: Application of The Brasilia's Rules  
Trough the Crime Responsibility Restricted for Youth Secluded in  
Site Peruvian Jails

Regras de Brasília para jovens presos: aplicação das Regras de  
Brasília através da responsabilidade criminal restrita a jovens  
reclusos em presídios peruanos

**LUIS ALBERTO RAMÍREZ TIPACTI**

Corte Superior de Justicia de Ica

(Ica, Perú)

Contacto: [luisramireztipacti@gmail.com](mailto:luisramireztipacti@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0001-6687-9589>

### RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo analizar la aplicación de las Reglas de Brasilia a la luz de la responsabilidad penal restringida para los jóvenes entre dieciocho a veintiún años, de tal manera que ello pueda contribuir a la reducción del hacinamiento en los establecimientos

penitenciarios peruanos como una forma de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos de los reclusos. Se presentará el desarrollo teórico de las Reglas de Brasilia, la responsabilidad penal restringida así como las fuentes estadísticas desarrolladas por el Instituto Nacional Penitenciario sobre la población penitenciaria en el Perú y la sentencia desarrollada por el Tribunal Constitucional respecto del hacinamiento de los establecimientos penitenciarios peruanos. Esto permitirá comprender la relevancia de la implementación de las Reglas de Brasilia para la erradicación de condiciones de vulnerabilidad de los jóvenes reclusos en los establecimientos penitenciarios peruanos, mediante la utilización de herramientas legales como la responsabilidad penal restringida. Esta reforma legislativa puede contribuir al deshacinamiento de los establecimientos penitenciarios peruanos en armonía con la plena vigencia de los derechos humanos de la población penitenciaria.

**Palabras clave:** Reglas de Brasilia; responsabilidad penal restringida; jóvenes; establecimientos penitenciarios; derechos humanos.

**Términos de indización:** derecho a la justicia; sanción penal; joven; prisión; derechos humanos (Fuente: Tesouro Unesco).

### ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the application of Brasilia's Rules through the crime responsibility restricted for young people between eighteen and twenty-one years old. In such a way that it could contribute to reducing the excessive population in site Peruvian jails and guarantee the human rights for them. Therefore, will present the theoretical development about Brasilia's Rules, crime responsibility restricted; statistics made by the Instituto Nacional Penitenciario about criminal population and the judgment made by the Constitutional Court of Peru about the excessive population in site Peruvian jails. Those help to understand the importance to applicant the Brasilia's

Rules to eradicate vulnerable conditions for young people in site Peruvian jails. That through the use of a legal tool such the crime responsibility restricted and some change in the rule help to reduce the excessive population in the Peruvian jails harmonizing with the human rights of people private of them freedom.

**Key words:** Brasilia's rules; crime responsibility restricted; youth; jails; human rights.

**Indexing terms:** right to justice; penal sanctions; youth; prisons; human rights (Source: Unesco Thesaurus).

### RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a aplicação das Normas de Brasília através da responsabilidade criminal restrita a jovens entre dezoito e vinte e um anos. De forma que pudesse contribuir para reduzir o excesso de população nos cárceres peruanos e garantir-lhes os direitos humanos. Para tanto será apresentado o desenvolvimento teórico sobre as Normas de Brasília, responsabilidade criminal restrita; estatísticas elaboradas pelo Instituto Nacional Penitenciário sobre a população criminosa e a julgamento elaborada pelo Tribunal Constitucional do Peru sobre o excesso de população nas prisões peruanas. Isso ajuda a compreender a importância da aplicação das Regras de Brasília para erradicar as condições vulneráveis dos jovens nas prisões peruanas. Que, através do uso de uma ferramenta legal como a restrição da responsabilidade criminal e algumas mudanças nas regras, ajudem a reduzir o excesso de população nas prisões peruanas em harmonia com os direitos humanos das pessoas privadas de sua liberdade.

**Palavras-chave:** Regras de Brasília; responsabilidade criminal restrita; juventude; prisões; direitos humanos.

**Termos de indexação:** direito à justiça; sanção criminal; juvenil; prisão; direitos humanos (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 21/02/2024

**Revisado:** 12/04/2024

**Aceptado:** 18/06/2024

**Publicado en línea:** 28/12/2024

## 1. INTRODUCCIÓN

La XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, desarrollada en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008, contempló la creación de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, como un mecanismo para garantizar el acceso a la justicia para las personas, sin ningún tipo de discriminación. De esta manera, se posibilita el acceso de todas las personas a los diferentes servicios que ofrecen los sistemas judiciales de Iberoamérica, los que fueron actualizados en el marco de la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada entre el 18 al 20 de abril de 2018, en San Francisco de Quito (Ecuador).

Dichas normas establecen líneas concretas de actuación de los diferentes poderes públicos para la promoción y el desarrollo de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, debiendo entenderse que tales condiciones constituyen situaciones de carácter transitorio, que deben ser tratadas para su reducción y erradicación. De esta manera, el Estado remueve aquellas barreras de orden jurídico, social, económico y cultural que limitan la plena vigencia de los derechos humanos de las personas en condición de vulnerabilidad, contribuyendo a la reducción de las desigualdades sociales (Poder Judicial, 2016). En ese sentido, se tiene que para la delimitación de personas en condición de vulnerabilidad

se han tenido que considerar criterios como la edad y la privación de la libertad; tratados internacionales previos como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los derechos del niño, niña y adolescentes, entre otros, y convenciones internacionales de relevancia.<sup>1</sup>

De esta manera, el Instituto Nacional Penitenciario, en su Informe Estadístico de enero de 2023 (INPE, 2023), ha señalado que los jóvenes con rango de edad entre los dieciocho a veintinueve años representan el 27.7 % de la población penitenciaria a nivel nacional. Esta población se encuentra recluida en los distintos establecimientos penitenciarios a nivel nacional, los mismos que han superado su capacidad de albergue, ya que los 68 establecimientos penitenciarios que existen en el Perú tienen una capacidad para albergar a 41 018 personas, mientras que al 2023 se reportaron 89 701 personas, lo que sobrepasa en un 119 % la capacidad de albergue con un nivel de hacinamiento del 99 %. Esto trae como consecuencia ineludible la grave vulneración a los derechos humanos de los reclusos por la falta de condiciones óptimas de habitación, alimentación y utilización de los espacios para su resocialización y reinserción en la sociedad. Por este motivo, resulta necesaria la implementación de medidas, entre las cuales se incluyen aplicación de las Reglas de Brasilia, con el propósito de superar la situación de vulnerabilidad a la que se ven expuestos los jóvenes y la población penitencia en general. Además de la privación de la libertad, deben tolerar la afectación de otros derechos fundamentales, tales como la habitación, la salud y la alimentación, y los insuficientes espacios de trabajo y educación para su reinserción en la sociedad.

---

1 Según la Organización Mundial de la Salud, entre las personas en condición de vulnerabilidad se encuentran los adolescentes, cuyo rango de edad se extiende entre los 10 a 19 años, así como aquellas personas que se están privadas de su libertad.

Es pertinente señalar que el Tribunal Constitucional ha declarado que existe un estado inconstitucional<sup>2</sup> con relación al hacinamiento en los establecimientos penitenciarios en el Perú. Se han identificado graves deficiencias en la capacidad de albergue de los establecimientos, inadecuadas condiciones de infraestructura, instalaciones sanitarias, servicios de salud, seguridad y otros servicios básicos que afectan la plena vigencia de los derechos humanos conexos a tales condiciones. Por ello, se ha hecho la exhortación al Poder Judicial, entre otras instituciones, para que a través de sus órganos jurisdiccionales se tenga en cuenta que las cárceles deben ser pobladas de manera preferente por personas que hayan cometido delitos graves y que impliquen un peligro social. Esto conlleva la ponderación que debe existir en el ejercicio de la función jurisdiccional, entre la privación efectiva de la libertad y la aplicación de otros tipos de pena o garantías para la permanencia, y no huida del procesado, sin que ello implique la prisión efectiva.<sup>3</sup>

Esta problemática conlleva replantearse las condiciones bajo las cuales los jóvenes entre dieciocho y veintiún años son condenados a privación efectiva de libertad. Bajo el precepto de la responsabilidad penal restringida, el artículo 22 del Código Penal contempla la posibilidad de que el juez pueda reducir prudencialmente la pena fijada para el hecho punible, cuando el autor tenga entre dieciocho y veintiún años. No obstante, dicho artículo también contempla una serie de delitos excluidos de su aplicación, lo que guarda concordancia con las cifras de población penitenciaria habida para dichos tipos de delitos. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la República<sup>4</sup> ha dejado en claro que la aplicación de la responsabilidad penal restringida

---

2 Sentencia 5436-2014-PHC/TC.

3 Esto debe considerarse al momento de imponerse una condena efectiva de privación de la libertad o dictar mandatos de prisión preventiva.

4 Consulta 13848-2016 Huara; Acuerdo Plenario n.º 004-2008/CJ-116; Acuerdo Plenario n.º 04-2016/CIJ-116, y Sentencia Plena Casatoria n.º 01-2018/CIJ-433.

obedece al rol resocializador de la pena, indistintamente del tipo de delito y de la gravedad del hecho. La esencia de la norma otorga un tratamiento punitivo diferenciado al procesado en función de la edad, mas no de la gravedad del delito, correspondiendo la abrogación de cualquier tipo de restricción (Solano y Mejía, 2021).

Asimismo, debe considerarse que, bajo el enfoque de las Reglas de Brasilia, las personas en dicho rango de edad se encuentran en una condición especial de vulnerabilidad, ya que los adolescentes, específicamente aquellos entre los dieciocho y diecinueve años, aunque son sujetos imputables a quienes se les puede atribuir la autoría de un ilícito penal, se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad debido a su edad, por lo que existe el deber de garantía que otorga el Estado para su efectiva inserción dentro de la sociedad. Los jóvenes entre veinte y veintiún años no son considerados adolescentes, pero debido a su proximidad a la adolescencia pueden no haber alcanzado un nivel de desarrollo cognoscitivo y de madurez, que les permita comprender a cabalidad la gravedad de los delitos en los que pueden verse implicados. Este artículo tiene por finalidad evidenciar la importancia de la aplicación de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, muy en particular en jóvenes entre dieciocho y veintiún años a la luz de la responsabilidad penal restringida. Se ha recurrido al método cualitativo y la recopilación de fuentes, tanto primarias como secundarias, relacionadas con el tema de investigación y el análisis documental de las mismas. Esto permitirá un desarrollo teórico sobre las Reglas de Brasilia, la responsabilidad penal restringida, así como la presentación y el análisis de datos estadísticos relevantes elaborados por el Instituto Nacional Penitenciario sobre hacinamiento en las cárceles. Luego se mostrará lo desarrollado por el Tribunal Constitucional que ha declarado el hacinamiento en las cárceles como un estado inconstitucional. Finalmente, se presentarán planteamientos que orienten la aplicación de las Reglas de Brasilia en

armonía con la responsabilidad penal restringida para la reducción y erradicación de las condiciones especiales de vulnerabilidad en la que se hallan los jóvenes entre dieciocho a veintiún años privados de su libertad.

## **2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

La aplicación de las Reglas de Brasilia a la luz de la responsabilidad penal restringida, ¿puede contribuir a reducir las condiciones de vulnerabilidad de los jóvenes privados de su libertad?

## **3. ESTRATEGIA METODOLÓGICA**

Para la realización del presente artículo se ha recurrido al método cualitativo y la recopilación de fuentes tanto primarias como secundarias relacionadas con el tema de investigación y el análisis documental de las mismas.

## **4. RESULTADOS, HALLAZGOS Y EL NUEVO CONOCIMIENTO**

### **4.1. Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad**

Las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad son reglas básicas relacionadas con el acceso a la justicia de aquellas personas que se hallan en condición de vulnerabilidad; estas reglas constituyen estándares básicos que garantizan un efectivo acceso a la justicia para estas personas. De esta manera, se busca contribuir a la reducción de las brechas sociales y al pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, sin ningún tipo de discriminación.

Estas reglas tienen por finalidad establecer líneas concretas de actuación de los poderes públicos para que se desarrollen políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, a fin de garantizar los derechos del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva para todo aquel que sufra la violación de un derecho fundamental. Ello se entiende como un deber del Estado garantizar en materia de derechos humanos, destinados a remover aquellos obstáculos de orden jurídico, social, económico o cultural que limitan el efectivo acceso a la justicia de aquellas personas que, dadas determinadas condiciones o situaciones, pueden verse desfavorecidas para la defensa y la garantía plena del ejercicio de sus derechos fundamentales (Poder Judicial, 2016).

Si bien es cierto que las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron adoptadas en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada en Brasilia entre los días 4 al 6 de marzo de 2008, se encontraban sujetas a la aprobación de los respectivos órganos de gobierno. En el caso del Estado peruano, estas han sido aprobadas e insertas en el ejercicio propio de la función jurisdiccional por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ de fecha 26 de julio de 2010, la misma que dispuso la adhesión del Poder Judicial a la implementación de las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, disponiendo su obligatorio cumplimiento (en lo pertinente) por todos los jueces de la República, incluido los jueces de paz. El 3 de febrero de 2016<sup>5</sup> se creó el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad, con la finalidad de desarrollar actividades y estrategias que promuevan la efectiva implementación de las Reglas de Brasilia.

---

5 Mediante Resolución Administrativa n.º 028-2016-CE-PJ.

Con posterioridad a ello, las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron actualizadas en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada del 18 al 20 de abril de 2018, en San Francisco de Quito, Ecuador. Se actualizaron 73 de sus 100 reglas para adaptar las Reglas de Brasilia a los avances desarrollados por la normativa internacional entre el 2008 al 2018. Se contemplaron nuevos conceptos y acciones en materia de acceso a la justicia, los cuales fueron aprobados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, mediante Resolución Administrativa n. ° 000198-2020-CE-PJ.

#### 4.1.1. Personas en condición de vulnerabilidad

Conforme se desprende de la regla 3, de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2018, pp. 11-12), se define a las personas en situación de vulnerabilidad de la siguiente manera:

Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que le sitúe en una situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

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

En la regla 4 se establece que constituyen causas de vulnerabilidad la «edad, la discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas culturales, entre ellas, personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad» (2018, p. 12). En lo que respecta a los fines de la presente investigación, resulta pertinente enfocarse sobre la edad, la pobreza y la privación de la libertad, puesto que son factores importantes para tener en cuenta al momento de abordar la responsabilidad penal restringida por edad.

Sobre la edad, si bien las Reglas de Brasilia definen en su regla 5 como grupo vulnerable a los niños, las niñas y los adolescentes menores de dieciocho años, debe entenderse que la determinación de dicho rango se orienta a proteger a los menores de edad que por cualquier razón pueden encontrarse inmersos en un proceso judicial o puedan verse afectados en la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, cabe señalar que la Organización Mundial de la Salud define como adolescencia la etapa de desarrollo humano que comienza entre los doce y diecinueve años, por lo que, sin perjuicio de la determinación del rango de edad contemplado en la regla 5, no debe dejar de tenerse en cuenta que las personas cuya edad oscila entre los dieciocho y diecinueve años también son consideradas adolescentes de conformidad con su estado de desarrollo.

Con relación a la pobreza, la regla 15 establece que este factor «constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente agravado cuando concurre alguna otra causa de vulnerabilidad» (2018, p. 16). Es decir, las Reglas de Brasilia reconocen la pobreza como una condición de vulnerabilidad para el acceso a la justicia de las personas, ya que existen determinados procesos o procedimientos que requieren el pago de tasas,

aranceles o inclusive el patrocinio de abogados defensores para lograr el reconocimiento o la declaración de derechos en el marco de un proceso judicial o extrajudicial. Por ello, resulta necesaria la adopción de políticas públicas y medidas que faciliten el acceso a la justicia para aquellas personas que carecen de recursos económicos, más aún cuando concurren otros factores de vulnerabilidad como la edad o la privación de la libertad.

Respecto de la privación de la libertad, la regla 22 establece que, aun cuando ello sea ordenado por la autoridad competente, puede «generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia al resto derechos del que es titular la persona privada de su libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad» (2018, p. 17). Debe considerarse que si bien el Estado tiene el *ius puniendi* para sancionar y restringir el ejercicio de la libertad de las personas por la comisión de ilícitos penales de gravedad, ya sea mediante sentencia condenatoria o prisión preventiva, ello no es justificación para que a la luz de tal poder punitivo se restrinja el ejercicio pleno de otros derechos fundamentales. De allí que este factor unido a otros como la pobreza o la edad podrían hacer más vulnerable al procesado. Resulta necesaria la adopción de medidas, no solo para garantizar un ejercicio formal de su defensa, sino una defensa material de calidad que oriente e instruya al procesado sobre sus derechos y el rol que cumple en un proceso penal que puede conllevar la privación efectiva de su libertad.

#### 4.1.2. Reglas de Brasilia de acceso a la justicia para la efectiva defensa de los derechos

El Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad se encuentra necesariamente vinculado con el efectivo ejercicio de la defensa de sus derechos, por lo que corresponde al Estado garantizar no solo la defensa formal de dichas personas, sino que el ejercicio de

su defensa sea efectivo y de calidad. De esta manera, el justiciable puede alcanzar el reconocimiento o la declaración de algún derecho reconocido por el ordenamiento jurídico vigente.

Sobre el particular, la regla 26 destaca la importancia de brindar información básica sobre los derechos, los procedimientos y los requisitos que requieren cumplir las personas en condición de vulnerabilidad para su efectivo acceso a la justicia. Además, las reglas 28,<sup>6</sup> 29<sup>7</sup> y 30<sup>8</sup> orientan la efectiva asistencia legal y defensa pública, la misma que no solo debe limitarse al ejercicio propio de la defensa, sino en instruir a la persona en condición de vulnerabilidad que se patrocina sobre los derechos que tiene y las acciones que se pueden adoptar para la defensa de sus intereses legítimos, debiendo agotarse los recursos e instancias que sean necesarios para el reconocimiento o la declaración de un derecho. Por ello, es recomendable que los servicios de Defensa Pública contemplen una diversidad de materias (civil,

---

6 (Regla 28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

- En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, sin retrasos innecesarios e incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial.
- En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso, ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales y, en su caso, en condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.
- Y en materia de asistencia letrada a la persona privada de libertad.

7 (Regla 29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia técnica jurídica, consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados, todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia a la que se refiere la Sección 4 del presente capítulo.

8 (Regla 30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

penal, constitucional, entre otros) según las necesidades y la naturaleza de los conflictos en los que se hallen inmersas aquellas personas en situación de vulnerabilidad, defensa que debe ser oportuna, gratuita, de calidad y especializada, y que no solo debe limitarse al ámbito formal, sino que en los hechos debe denotar ser ejercida con probidad y eficiencia.

Ello conlleva que, en el ámbito judicial, los operadores de justicia verifiquen y controlen que el ejercicio de la defensa pública para las personas en condición de vulnerabilidad sea de calidad y eficiente, debiendo advertir aquellas situaciones que se contraponen a estos principios y que puedan perjudicar el efectivo acceso a la justicia de dicha población, máxime si entre ellas concurren circunstancias como la edad, la pobreza o se encuentran privadas de su libertad. En todo caso, se deben adoptar las medidas contempladas en las normas para exhortar y sancionar la mala praxis en el ejercicio de la defensa que menoscabe el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

#### 4.1.3. Reglas de Brasilia aplicables a la celebración de actos judiciales

Las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en su capítulo III, contemplan directrices sobre la participación de personas en condición de vulnerabilidad en procesos judiciales. Como principio rector, la regla 50 establece que la celebración de todo acto judicial debe darse respetando el derecho de la persona a la dignidad humana, otorgándole un trato diferenciado, adecuado con las circunstancias propias de su situación. Ello implica, conforme lo establece la regla 51, que la persona en situación vulnerable sea informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, debiendo tener nociones sobre cuál es el rol que cumple dentro del proceso, cuáles son sus derechos y de ser necesario garantizarse que reciba el apoyo o defensa técnico-jurídico gratuita y

de calidad,<sup>9</sup> así como prestar información suficiente desde el inicio y durante la tramitación del proceso sobre su estado y actuaciones que deban realizarse para su resolución.

Asimismo, el efectivo acceso a la justicia conlleva que las resoluciones judiciales sean entendibles por dichas personas, pues conforme lo establece la regla 60 estas deben ser resoluciones que empleen términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico; además deben utilizarse mecanismos para que las personas en condición de vulnerabilidad entiendan los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales, de tal manera que su concurrencia al juicio se dé considerando su especial situación de vulnerabilidad (reglas 61 y 62, 2018, p. 31), y que se procure que estas personas esperen el menor tiempo posible para la realización de sus juicios o el examen de sus causas pendientes. Se les debe otorgar, en los casos necesarios, preferencia en el orden de prelación de la atención de sus casos (regla 68, 2018, p. 32), debiendo abrogarse cualquier situación o circunstancia que los puedan intimidar, afectar su dignidad, situación emocional o su seguridad (regla 81, 2018, p. 35).

## 4.2. Responsabilidad penal restringida

### 4.2.1. La pena y sus fines

El *ius puniendi* es el poder que tiene el Estado para sancionar penalmente a una persona que comete un hecho contrario a las normas que rigen la convivencia en sociedad. Dicho poder se manifiesta a través del control social que ejerce el Estado para mediante la creación de normas que garanticen el respeto y bienestar de la sociedad (Carnevali, 2008). De esta manera, ante el despliegue de una acción que contravenga dicho orden y que al momento de cometerse esté calificada como un delito, corresponde la imposición de una sanción (pena).

---

9 Regla 52.

En ese sentido, la pena es la sanción que utiliza el derecho penal frente a la comisión de un ilícito. Dicha sanción, según García (2007), se da con la finalidad de restaurar la vigencia de la norma, por lo que la imposición del castigo, de acuerdo con lo señalado por Bramont-Arias (1998), conlleva una reducción de acción del sancionado penalmente para su actuación en la sociedad, lo que en algunos casos puede llegar a restringir el ejercicio de la libertad ambulatoria, ello en la medida en que la sociedad pueda verse perjudicada o amenazada con su comportamiento.

Resulta importante que para la determinación de la pena esta sea proporcional al acto lesivo. No obstante, también deben considerarse algunas características o condiciones especiales del agente, como es el caso de los jóvenes de dieciocho a veintiún años, quienes a pesar de ser personas mayores de edad pueden ser influenciados por su inmadurez al momento de cometer ilícitos, lo que incide directamente en su nivel de culpabilidad y, por tanto, en la sanción que se les puede aplicar (Roxin, 1997).

Se debe considerar que la pena tiene un fin de prevención, tanto general como específico. En el primer supuesto, se busca evitar que las personas cometan determinados hechos ilícitos que afecten o alteren el orden social, mostrándose los efectos represivos que tiene el Estado de cometerse tales acciones, de tal manera que las personas orienten su comportamiento al respeto hacia las normas que rigen la convivencia en sociedad (Arias, 2012). El segundo supuesto tiene por finalidad dar un tratamiento adecuado a la persona que ha resquebrajado el orden social debido a la comisión de un delito, mediante la imposición de sanciones que eviten la reincidencia de la persona. En este último caso, conforme dice Villavicencio (2014), el castigo debe ir orientado a corregir su comportamiento desviado, procurando evitar que se convierta en un peligro para la sociedad en el futuro, así como evitar la

sensación de impunidad, resumida como «la ausencia del castigo frente a un acto ilegal» que incentiva la comisión de ilícitos por las personas a sabiendas de que no serán sancionadas como consecuencia de ello (Vásquez y Ortiz, 2020).

#### 4.2.2. La responsabilidad penal restringida

La responsabilidad penal restringida está contemplada en el artículo 22 del Código Penal peruano, el cual establece lo siguiente:

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de cometer la infracción, salvo haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

De esta manera, considerando el criterio de población económicamente activa y productiva, nos avocaremos a la responsabilidad penal restringida en los mayores de dieciocho años y menores de veintiún años. Se tiene que la naturaleza de dicho beneficio premial,

al momento de la determinación de la pena, está vinculada con la capacidad que tiene el agente de sentirse culpable por el hecho cometido, así como su integración y perspectiva social. En este caso, conforme se cuestiona Jiménez (2016), «¿Está el joven listo para conocer las reglas de comportamiento en malas condiciones? ¿Conocer la norma, tener una sociedad integrada?». Ello posibilita acercarse a la reflexión de que los jóvenes cuya edad oscila entre dieciocho a veintiún años están en un proceso de integración a la sociedad, razón por la cual, considerando determinadas circunstancias de su desarrollo personal y construcción de su personalidad, resulta válido y justificable no haber alcanzado un nivel de madurez tal que les permita comprender con determinado nivel de raciocinio, ponderación y prudencia la gravedad de una determinada acción que pueda ser calificada como un delito.

Los jóvenes se hallan en una situación especial que debe ser valorada al momento de individualizar la pena, lo que conlleva la evaluación del nivel de responsabilidad sobre los hechos de acuerdo con las circunstancias que bordean la comisión del delito como sus características y condiciones personales que justifiquen la atenuación de la pena, razón por la cual resulta válido verificar si la impulsividad, la falta de experiencia en la vida o la existencia de una personalidad manipulable haya influido en la comisión del ilícito penal.

En ese sentido, debe considerarse que los jóvenes en determinados contextos y circunstancias pueden ser susceptibles de ser influenciados por grupos dedicados a la criminalidad y a la comisión de ilícitos, siendo que ante la carencia de adecuadas condiciones de educación, de trabajo o por la existencia de antecedentes familiares o personales que hayan afectado la construcción de su personalidad e integración adecuada en la sociedad, y aun teniendo más de dieciocho años, no podrían haber alcanzado un nivel de madurez tal que les permita integrarse de manera idónea en la sociedad. Es decir, no existiría certeza de que hayan comprendido completamente las normas que

rigen la convivencia en la sociedad, así como aquellas prohibiciones que deberían limitar su comportamiento.

Así las cosas, queda claro que la responsabilidad penal restringida constituye un criterio para la determinación de la pena. Según este criterio, el juez se encuentra facultado para reducir prudencialmente la pena establecida para un determinado delito, tomando en consideración la edad del autor, siendo el caso de los mayores de dieciocho a veintiún años. La reducción de la pena halla su justificación en que, dada su reciente integración a la vida en sociedad por haber adquirido la mayoría de edad, existe la manifiesta posibilidad de que no comprenda la gravedad y las consecuencias de la comisión de un hecho lesivo a la convivencia social calificado como delito, de allí que la aplicación de tal beneficio premial se da en función de la edad del autor indistintamente de la naturaleza o gravedad del delito. Inclusive, la edad del autor se encuentra considerada como una circunstancia atenuante de la pena conforme lo prescribe el artículo 46, inciso 1), literal h) del Código Penal.

Siendo así los hechos, los presupuestos de inaplicación contemplados en el mismo artículo deben ser sometidos a un juicio de valoración y ponderación, pues conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la República (Consulta 13848-2016 Huaura), la aplicación de dicha circunstancia atenuante privilegiada de la pena no debe estar supeditada a un criterio facultativo del juez, sino que debe aplicarse sin restricción atendiendo al carácter resocializador de la pena. Por ello, en la actualidad, aun cuando la norma limita su aplicación a determinados delitos, en la práctica se recurre a este precedente jurisdiccional para apartarse de la limitante contemplada en la ley vía control difuso.

En ese mismo sentido, es pertinente señalar que las salas penales de la Corte Suprema han venido estableciendo mediante el

desarrollo jurisprudencial, criterios interpretativos, respecto de la no admisión de restricciones para la atenuación de la pena, basados en la responsabilidad penal restringida por la edad. El Acuerdo Plenario n.º 004-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008 ha establecido que los jueces penales se encuentran facultados para inaplicar las restricciones contenidas en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; ello si consideran que dicho apartado normativo implica un trato desigual, irrazonable y desproporcional que impida un resultado jurídico legítimo. En esa misma línea, el Acuerdo Plenario n.º 04-2016/CIJ-116 del 12 de julio de 2017 señala que la gravedad del delito no es vinculante a factores que determinan la culpabilidad del agente, ya que en este aspecto se valoran circunstancias individuales del agente, al margen del hecho cometido, por lo que debe entenderse que lo establecido en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal no tiene su fundamento en la gravedad del hecho, sino en la edad del agente que hace menos gravoso o reprochable su culpabilidad sobre el hecho cometido. Este fundamento ha sido reafirmado por la Sentencia Plena Casatoria n.º 01-2018/CIJ-433 del 18 de diciembre de 2018, en la cual se señala que «la minoría relativa de edad del imputado es una causal de disminución de la punibilidad y no puede excluirse en función del hecho perpetrado», lo que también ha sido reafirmado por el Tribunal Supremo mediante diversas sentencias casatorias como la Casación n.º 1057-2017/Cusco; n.º 1672-2017/Puno; n.º 214-2018/El Santa, entre otras, en las que se ha reafirmado que la inaplicación de lo establecido en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal no puede supeditarse a la gravedad del delito, sino que dicho artículo constituye un beneficio premial para la determinación de la pena por debajo del mínimo legal del delito en función de la edad del autor.

## 4.3. Sistema Penitenciario peruano

### 4.3.1. Definición

Conforme lo establece el artículo 139, inciso 22) de la Constitución Política del Perú, el régimen penitenciario «tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad». Asimismo, el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal establece que «la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación», por lo que el Sistema Penitenciario constituye una «organización creada por el Estado Peruano para la ejecución de sanciones penales» (INPE, 2023, p. 7), siendo que en el Perú el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) es el ente rector que administra el Sistema Penitenciario peruano.

El referido sistema garantiza el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad en conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por lo que existe el deber del Estado de garantizar el trato humanitario y con respeto a la dignidad de la persona que asiste a aquellos que son sancionados con pena privativa de libertad. Dicho sistema debe garantizar la existencia de infraestructura y de determinadas condiciones de alojamiento, y la asistencia adecuada para el albergue de personas que son privadas de su libertad como consecuencia de la comisión de delitos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011), en concordancia con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas de Nelson Mandela, ONU, 2015).

### 4.3.2. Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos

En la actualidad, existen reglas de aplicación general por las cuales el Estado peruano debe garantizar que los establecimientos penitenciarios estén distinguidos por categorías, y que se garantice las adecuadas

condiciones de alojamiento, higiene personal, vestimenta, cama, alimentación, ejercicio físico, deporte, servicios médicos, restricciones por disciplina y sanción, instrumentos de coerción física, registro de reclusos y celda, contacto con el mundo exterior, biblioteca, religión, traslado de reclusos y personal penitenciario (Reglas de Nelson Mandela, ONU, 2015).

Asimismo, entre las reglas especiales se deben contemplar beneficios que posibiliten la reducción del tiempo de internamiento, garantizar el acceso al trabajo, a la instrucción, a la recreación, la asistencia a reclusos con discapacidad o enfermedades mentales, la adecuada atención a personas detenidas pendiente de juicio, encarceladas por asuntos civiles y detenidas sin imputación de cargos (Reglas de Nelson Mandela, ONU, 2015).

Ello lleva a determinar que el Estado peruano, a fin de garantizar el cumplimiento de dichos estándares, destine el presupuesto necesario a los establecimientos penitenciarios, de tal manera que se dé cumplimiento a las reglas de carácter general y específico en el tratamiento de personas privadas de su libertad, garantizando el respeto de sus derechos fundamentales como es el de su dignidad como persona.

#### 4.3.3. Situación actual de establecimientos penitenciarios

*Contrario sensu*, de lo antes expuesto, conforme al reporte efectuado por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE, 2023), en la actualidad, existen sesenta ocho establecimientos penitenciarios a nivel nacional, a los que se los provee de servicios básicos como luz, agua, salud, y en los que se promueve la realización de actividades que coadyuven al tratamiento penitenciario de los reclusos y a su reinserción en la sociedad. De esta manera, su sostenimiento implica un alto costo que debe ser solventado por el Estado peruano.

Se tiene que los sesenta y ocho establecimientos penitenciarios cuentan con una capacidad de albergue de cuarenta y un mil dieciocho

personas (41 018); sin embargo, existen ochenta y nueve mil setecientos uno internos (89 701). Existe una sobrepoblación de cuarenta y ocho mil seiscientos ochenta y tres personas (48 683) que sobrepasan la capacidad de albergue de los establecimientos, lo que da lugar a un hacinamiento del 99 %, y que conlleva condiciones inadecuadas de albergue de las personas privadas de su libertad.

#### 4.3.4. Población juvenil penitenciaria

De acuerdo con lo informado por el Instituto Nacional Penitenciario, hasta enero del dos mil veintitrés, existen ocho mil ochocientos cincuenta y nueve (8859) internos entre dieciocho a veinticuatro años, lo que sumado a los internos entre veinticinco a veintinueve años hacen un total de veinticuatro mil ochocientos treinta y dos (24 832) personas privadas de su libertad, cifra que conforma la población juvenil económicamente activa que se encuentra reclusa en los diferentes establecimientos penitenciarios a nivel nacional.

Con relación a los delitos cometidos que han motivado su internamiento se tiene que existen tres mil quinientos setenta y nueve internos (3579) entre dieciocho a veinticuatro años que se encuentran internos por la comisión del delito de robo agravado, trescientos setenta y cinco (375) por el delito de violación sexual de menor de edad, seiscientos dos (602) por el delito de tráfico ilícito de drogas, un mil doscientos tres (1203) por el delito de robo agravado en grado de tentativa, cuatrocientos treinta y ocho (438) por el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, ciento noventa y dos (192) por el delito de violación sexual, ciento cuarenta y cuatro (144) por el delito de tráfico ilícito de drogas en sus formas agravadas, doscientos diez (210) por el delito de homicidio calificado-asesinato, treinta y cinco (35) por el delito de actos contra el pudor en agravio de menores de 14 años, doscientos veintiocho (228) por el delito de hurto agravado, ciento ochenta y ocho (188) por el delito de tenencia

ilegal de armas, diecisiete (17) por el delito de actos contra el pudor, noventa y seis (96) por el delito de homicidio simple, setenta y cinco (75) por el delito de extorsión, noventa y ocho (98) por el delito de hurto agravado en grado de tentativa, treinta y nueve (39) por el delito de microcomercialización o microproducción de drogas, cincuenta y ocho (58) por el delito de organización criminal, nueve (9) por el delito de omisión a la asistencia familiar, sesenta y tres (63) por el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menor de edad, cincuenta por el delito de feminicidio (50) y un mil ciento sesenta (1160) por otros delitos.

#### 4.3.5. Estado de inconstitucionalidad de los establecimientos penitenciarios

Teniendo en cuenta los niveles de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, ello puede constituir una forma de «trato cruel, inhumano, degradante, violatorio al derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos» (Ferrajoli, 2016, p. 7), lo que afecta los fines de la pena, puesto que al no tenerse las condiciones adecuadas que respeten las normas mínimas de tratamiento de personas privadas de su libertad ambulatoria, no existe garantía de que la pena purgada cumpla con su rol resocializador y de reinserción a la sociedad de los condenados.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo (2018) ha determinado que en las cárceles del Perú existe un exceso de internos que sobrepasan la capacidad de los establecimientos, lo que conlleva un estado de hacinamiento que menoscaba el respeto de los derechos humanos de las personas que se encuentran privadas de su libertad. Dicho estado de hacinamiento se ha ido incrementando con el transcurrir de los años, lo que ha dado lugar a que las condiciones de seguridad y control dentro de los establecimientos penitenciarios no sean las adecuadas como consecuencia de su superpoblación y limitados recursos humanos, logísticos y de infraestructura existentes, que da

lugar a problemas «psicológicos y emocionales en los internos» por las continuas disputas que surgen por el acceso a determinados espacios y ambientes, debido a la existencia de condiciones sociales inadecuadas. Asimismo, se da la «imposibilidad por parte de un número mayor de internos o internas a áreas de trabajo y educación existentes», ocasionado por la sobrepoblación penitenciaria y los limitados recursos con los que se cuenta para satisfacer la demanda de dichas actividades debido a los ingresos producidos, lo que afecta también la salud física y psíquica, pues existe la manifiesta posibilidad de que el interno pueda contraer enfermedades infectocontagiosas como tuberculosis, hepatitis o VIH/SIDA, además de desarrollar enfermedades mentales.

De esta manera, el Tribunal Constitucional (2020) ha declarado como un estado de cosas inconstitucional el crítico y permanente estado de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios,<sup>10</sup> ello a razón de una acción de hábeas corpus interpuesta en 2014, en cuya parte resolutive al respecto ha dispuesto lo siguiente:

3. Declarar que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional.

4. Declarar que las alternativas de solución a los problemas de hacinamiento carcelario en el Perú exigen el trabajo conjunto y coordinado del Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, entre otros, así como la participación de la sociedad en general.

---

10 Sentencia 5436-2014-PHC/TC.

5. Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que elabore un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que deberá elaborarse en un plazo no mayor a 3 meses, desde la fecha de publicación de la presente sentencia, e incluir, de manera prioritaria, las medidas referidas en el fundamento 107.b de la presente sentencia.

6. Teniendo en cuenta que, actualmente, el Sistema Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) han sido declarados en emergencia, se debe exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe, en un plazo no mayor a 3 meses desde la fecha de publicación de la presente sentencia, ampliar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado de cosas inconstitucional, así como evaluar la decisión de reestructurar integralmente el INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

7. Declarar que si, en el plazo de 5 años, que vencerá en el año 2025, no se han adoptado las medidas suficientes para superar dicho estado de cosas inconstitucional, estos deberán ser cerrados por la respectiva autoridad administrativa, lo que podría implicar el cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos, el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, entre otras medidas, según se trate del nivel de hacinamiento, y hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las

respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho cierre empezará por los 6 establecimientos penitenciarios de mayor hacinamiento en el Perú: Chanchamayo (553 %), de Jaén (522 %), del Callao (471 %), de Camaná (453 %), de Abancay (398 %) y Miguel Castro Castro (375 %), o aquellos 6 establecimientos penitenciarios que al vencimiento de dicho plazo tengan los mayores niveles de hacinamiento.

8. Exhortar a que el Ministerio de Economía y Finanzas adopte las medidas necesarias para asegurar los recursos económicos que permitan dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia.

9. Exhortar al Poder Judicial, en el marco de sus competencias, a identificar un adecuado nivel de equilibrio entre los principios y derechos que se encuentran involucrados al dictar las prisiones preventivas. Las cárceles deben ser pobladas preferentemente por personas que hayan cometido delitos graves que impliquen peligro social. No resulta coherente que personas que han cometido otros delitos, que pueden cumplir penas alternativas a la privación de libertad, terminen siendo privados de su libertad de la misma forma que aquellas personas que han cometido delitos graves.

10. El control de lo aquí dispuesto estará a cargo de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional realizará audiencias públicas de supervisión cada 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia.

Es decir, considerando las condiciones de hacinamiento dada la sobrepoblación penitenciaria e inadecuadas condiciones de infraestructura y tratamiento de los reclusos que afectan sus derechos humanos, así como el cumplimiento de los fines de la pena, el Tribunal Constitucional ha declarado en un estado de cosas inconstitucional el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios del Estado peruano. Se expone que dada la situación actual por la que atraviesan se presentan condiciones que afectan gravemente el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, lo que contraviene el respeto de su dignidad, razón por la cual se ha exhortado que el Estado adopte medidas. Entre estas medidas está la asignación de mayor presupuesto para mejorar las condiciones de infraestructura y sostenibilidad de los establecimientos penitenciarios, así como por parte del Sistema de Administración de Justicia a efectos de que considere la pena privativa de libertad como la pena más gravosa que debe aplicarse de acuerdo con la gravedad de los hechos y del delito atribuido en la medida que ello implique un grave peligro para la sociedad. De persistir tales niveles de hacinamiento, se deberá proceder al cierre de determinados establecimientos penitenciarios con la no admisión de nuevos internos y el traslado de los existentes a los establecimientos penitenciarios menos hacinados.

## 5. DISCUSIÓN

El Estado peruano, en el marco de su deber de garantía sobre la vigencia y respeto de los derechos humanos, está en la obligación legal de garantizar el respeto de la dignidad de la persona humana sin ningún tipo de discriminación. La Constitución Política del Perú (1993) reconoce en su artículo 1 «la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»; mientras que, entre los derechos fundamentales de la persona, reconoce en su artículo 2, inciso 2) el derecho a la igualdad y no discriminación.

No obstante, en cuanto a la plena vigencia de dichos derechos constitucionales, con el transcurrir de los años, se ha identificado que en materia de acceso a la justicia existen determinadas condiciones que colocan a cierto sector de la población en una situación desigual, lo que conlleva que, frente a la vulneración de alguno de sus derechos, no logren el reconocimiento o la declaración de estos a través de un proceso judicial. Se denota que, en los hechos, existen determinadas condiciones que pueden colocar a la persona en una situación de desventaja y de desigualdad para acceder a la tutela jurisdiccional efectiva de sus derechos. Es el caso de aquellos jóvenes en etapa adolescente entre los dieciocho y veintiún años que cometen delitos, que tienen escasos recursos económicos para solventar una defensa particular frente a una imputación de orden penal y que como consecuencia de ello se encuentran privados de su libertad.

Frente a dicha problemática, las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad posibilitan un panorama más claro sobre el tratamiento que se debe dar a las personas en condición de vulnerabilidad para el acceso a la justicia y la solución de sus conflictos jurídicos. De esta manera, ello conlleva el reconocimiento o a la declaración de sus derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, ya sea en la vía judicial o extrajudicial, determinando que entre la población vulnerable<sup>11</sup> se tienen a los adolescentes, a las personas en condición de pobreza y a aquellos privados de su libertad.

Se tiene que bajo las Reglas de Brasilia las personas en condición de vulnerabilidad tienen derecho a tener información suficiente sobre los mecanismos alternativos de solución de sus conflictos, a la asistencia y al asesoramiento legal gratuito, especializado y de calidad de acuerdo con la naturaleza de sus problemas, así como un trato digno

---

11 Grupo escogido para los fines de la presente investigación.

con observancia de dichas condiciones de vulnerabilidad en las diligencias judiciales y extrajudiciales en las que participen. Por ello, existe el deber de los operadores de justicia para que dichas personas sean orientadas sobre su rol en el proceso, sus derechos y obligaciones, así como la utilización de un lenguaje sencillo, sin perjuicio del rigor técnico, tanto en la emisión de resoluciones como el desarrollo de las diligencias que requieran de su participación.

De esta manera, más allá del reconocimiento y adopción formal de dichas normas en el Sistema Judicial peruano, resulta necesario cuestionarse si en efecto existe una real observancia de las Reglas de Brasilia con relación a las personas en condición de vulnerabilidad, muy en especial en los procesos penales en los que participan jóvenes entre dieciocho y veintiún años, acusados de la comisión de graves delitos, con medidas restrictivas de la libertad<sup>12</sup> y que por su estatus económico se encuentran en situación de pobreza. Ante la concurrencia de tales condiciones de vulnerabilidad resulta necesario que los órganos jurisdiccionales identifiquen las mismas, siendo que más allá de las garantías y la observancia del debido proceso, también deben garantizar la estricta observancia de las Reglas de Brasilia durante el desarrollo de los procesos judiciales que versen sobre la privación de la libertad.

Es decir, más allá de la garantía formal del ejercicio del derecho a la defensa, la misma que se garantiza con el acceso del imputado a una defensa pública gratuita si se encuentra en situación de pobreza, debe conllevar que el órgano jurisdiccional valore tales situaciones de vulnerabilidad para la determinación de la pena, así como el conocimiento de las circunstancias precedentes y personales del autor que bordean la comisión del delito, como es el caso de cometer delitos motivados en situaciones de necesidad (pobreza, falta de educación,

---

12 Bien sea por mandato de prisión preventiva o condenado a prisión efectiva.

entre otros factores de vulnerabilidad). Si bien no pueden constituir razones de justificación o circunstancias de atenuación de la pena, podrían llevar a graduar la misma u optar por mecanismos alternativos de cumplimiento y ejecución de la pena. La finalidad es que el Estado acuda a dichas personas que se encuentran en especial condición de vulnerabilidad; el Estado debe tratar tales condiciones y procurar que la pena impartida al autor de un delito cumpla con sus fines de resocialización y de reinserción en la sociedad.

En ese contexto, es preciso señalar que el Código Penal peruano, en su artículo 22, contempla un beneficio premial para la determinación de la pena por la edad del autor bajo la teoría de la responsabilidad penal restringida, la misma que ante la condena de un joven entre dieciocho y veintiún años, procesado por la comisión de un delito, permite la determinación de la pena por debajo del mínimo legal.

Si bien el texto legal vigente contempla una serie de ilícitos de inaplicación de la responsabilidad penal restringida, conforme lo ha esclarecido la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la jurisprudencia desarrollada al respecto, dicho beneficio premial obedece al rol resocializador de la pena, siendo que su naturaleza se da en función de la edad del autor, mas no de la gravedad del delito, dada que la falta de madurez y la poca comprensión de la gravedad de sus acciones puede llevarlos a cometer determinados ilícitos sin medir las consecuencias de estas. Esta situación aunada a los contextos de pobreza, antecedentes de abandono, violencia familiar y pandillaje deberían llevar a un tratamiento adecuado de dicha población. Más allá de la privación de la libertad debería llevar a la comprensión de la responsabilidad del Estado frente a la no formación de ciudadanos, que no entienden y no siguen las normas de convivencia social, y que llegan al punto de resquebrajar el orden social al cometer delitos en agravio de otros.

De esta manera, una correcta aplicación de las Reglas de Brasilia, aunada a la adecuada aplicación del beneficio premial de la responsabilidad penal restringida en jóvenes entre dieciocho y veintiún años, podría coadyuvar en la reducción de la población penitenciaria. El Tribunal Constitucional peruano ha declarado en un estado de cosas inconstitucional la situación de los penales por implicar una seria vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, situación que también constituye una condición de vulnerabilidad a la luz de las Reglas de Brasilia, pues de acuerdo con las estadísticas del INPE, las cárceles sobrepasan hasta en un cien por ciento la capacidad de albergue.

En ese sentido, una adecuada aplicación de las Reglas de Brasilia a la luz de la responsabilidad penal restringida conllevaría la adecuada valoración de las circunstancias personales que bordean la comisión del delito por parte del adolescente, que se encuentra entre los dieciocho y veintiún años. Esto implicaría que el órgano jurisdiccional realice una adecuada interpretación de la norma así como de la jurisprudencia vinculante, que ha determinado que la inaplicación de dicho beneficio premial para la determinación de la pena vulnera el derecho constitucional y fundamental de igualdad, y contraviene la naturaleza de la norma en el ordenamiento jurídico, puesto que el mismo se ha dado con la finalidad de graduar la reducción de la pena en función de la edad del autor y no de la gravedad del delito. Se consideran además otros factores que ponen al adolescente responsable del delito en condiciones de vulnerabilidad, establecidas en las Reglas de Brasilia, que podrían llevar a que eventualmente se adopten otros mecanismos de ejecución y cumplimiento de la pena, de tal manera que no conlleve el internamiento efectivo del sentenciado en un establecimiento penitenciario. Con ello se evita generar una condición de vulnerabilidad para la persona (privación de la libertad), así como evitar incrementar los niveles de hacinamiento que existe en los

establecimientos penitenciarios peruanos, lo cual implica una grave vulneración a los derechos fundamentales de la persona conforme lo ha determinado el Tribunal Constitucional peruano.

## 6. CONCLUSIONES

Primero, el Estado peruano, a través de la Constitución Política del Perú, garantiza el respeto de la dignidad humana y el derecho a la igualdad sin discriminación de las personas.

Segundo, muy a pesar del reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, existen determinadas condiciones que colocan a cierto grupo de personas en una situación de desigualdad y de desventaja para el acceso a la justicia. Estas constituyen condiciones de vulnerabilidad que deben ser tratadas para su reducción y erradicación.

Tercero, las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad constituyen directrices que orientan un tratamiento adecuado de las personas en situación de vulnerabilidad para el reconocimiento o la declaración de sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ya sea en la vía judicial o extrajudicial, mediante los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Cuarto, la Responsabilidad Penal Restringida constituye un beneficio premial para la determinación de la pena por debajo del mínimo legal establecido por las normas en función de la edad del autor y del rol resocializador de la pena, como es el caso de los jóvenes y adolescentes de dieciocho y veintiún años, por lo que corresponde todo tipo de abolición de restricciones para su inaplicación.

Quinto, actualmente existe un estado de cosas inconstitucional respecto del hacinamiento de los establecimientos penitenciarios en el Perú, los mismos que sobrepasan hasta en más del cien por ciento de su

capacidad de albergue, y cuyas condiciones de hacinamiento vulneran la vigencia los derechos humanos de la población penitenciaria, lo que contraviene los fines de resocialización y reeducación de la pena.

Sexto, la aplicación de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, así como la responsabilidad penal restringida para personas entre dieciocho y veintiún años que cometan delitos podría coadyuvar a reducir la cantidad de ingresos a los establecimientos penitenciarios de dicho sector de la población. Por todo ello, es necesaria la adopción de mejores mecanismos y tratamiento posterior para este sector de población vulnerable para su efectiva reinserción en la sociedad.

## REFERENCIAS

- Acceso a la Justicia y las 100 Reglas de Brasilia (2016) [Videoconferencia]. En Aula Virtual del Poder Judicial. [https://youtu.be/e8NEqX3qdBo?si=\\_3YhXQqKH3BeZP\\_D](https://youtu.be/e8NEqX3qdBo?si=_3YhXQqKH3BeZP_D)
- Acuerdo Plenario n.º 4-2016/CIJ-116. *Diario Oficial El Peruano* (2016). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Acuerdo-Plenario-4-2016-CIJ-116-LP.pdf>
- Arias, D. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de Derecho*. (38), 142- 171. ISSN 0121-8697. <https://hdl.handle.net/10495/3143>
- Bramont-Arias, L. (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Santa Rosa.
- Carnevali, R. (2008). Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional. *Revista Ius et Praxis*, 14(1), 13-48. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122008000100002>

- Casación n.º 1057-Cusco (2017). Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Casación-1057-2017-Cusco-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Casación-1057-2017-Cusco-Legis.pe_.pdf)
- Casación n.º 1672-Puno (2017). Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Casacion-1672-2017-Puno-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Casacion-1672-2017-Puno-Legis.pe_.pdf)
- Casación n.º 214-El Santa (2018). Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5b65bb80484922ba95a99da38f54faeb/CS-SPP-RC-214-2018-EL-SANTA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5b65bb80484922ba95a99da38f54faeb>
- Constitución Política del Perú. (1993). Sistema Peruano de Información Jurídica. <https://www.web.onpe.gob.pe/modElecciones/elecciones/MarcoLegal/constitucion-politica-peru-1993.pdf>
- Consulta n.º 13848-Huara (2016). Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente.
- Decreto Legislativo n.º 635 (2019). Código Penal Peruano. Jurista editores.
- Expediente n.º 5436-2014-PHC/TC (2020). Tribunal Constitucional (26 de mayo de 2020).
- Ferrajoli, L. (2016). Jurisdicción y Ejecución Penal. La cárcel: una contradicción institucional. *Revista Crítica Penal y Poder*, (11), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos: Universidad de Barcelona. <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783>

- García Ramírez, S. (2007). Ruth Villanueva: Los menores infractores en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(119). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2007.119.3927>
- Informe de Adjuntía n.º 006-2018-DP/ADHDP. Retos del Sistema Penitenciario Peruano: un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones. Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Retos-del-sistema-penitenciario.pdf>
- Informe Estadístico Enero 2023. Instituto Nacional Penitenciario. [https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2023/Informes%20estadisticos/informe\\_estadistico\\_enero\\_2023.pdf](https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2023/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_enero_2023.pdf)
- Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. (31 diciembre 2011). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Doc. 64. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>
- Jiménez, J. (2016). *Manual de Derecho Penal Informático*. Jurista editores.
- Organización Mundial de la Salud (2019). Salud del adolescente. <https://www.who.int/es/health-topics/adolescent-health>
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas de Nelson Mandela) (17 de diciembre de 2015). [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf)
- Resolución Administrativa n.º 266-2010-CE-PJ. (2010). (26 de julio de 2010).
- Resolución Administrativa n.º 028-2016-CE-PJ. (2016). (3 de febrero de 2016).
- Resolución Administrativa n.º 198-2020-CE-PJ. (2020). (30 de julio de 2020).

- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Sentencia Plena Casatoria n.º 01-2018/CIJ-433 (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (18 de diciembre de 2018).
- Solano, F. y Mejía, D. (2021). La responsabilidad restringida por edad en la determinación de la pena en el proceso inmediato en el distrito judicial de Junín - 2020. <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3616229?locale=es>
- Vázquez, D. & Ortiz, H. (2020). Impunity and Economic and Social Rights. *Human Rights Review*, 21(2), 159-180. <https://doi.org/10.1007/s12142-020-00580-3>
- Villavicencio, F. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Jurídica Grijley E. I. R. L.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (4 al 6 de marzo de 2008). Brasilia.
- XIX Cumbre Judicial Iberoamericana. Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (18 al 20 de abril de 2018). San Francisco de Quito.

## **Financiamiento**

Autofinanciado.

## **Conflicto de interés**

El autor declara no tener conflicto de interés.

## **Contribución de autoría**

Realizada por el propio autor, consiste en: (i) recojo, análisis e interpretación de datos para la concepción y diseño del trabajo; (ii)

redacción del trabajo y su revisión crítica al contenido intelectual importante; (iii) aprobación final de la versión que se publicará.

### **Agradecimientos**

El autor agradece a la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad por la oportunidad de generar espacios de discusión y exposición de ideas para mejorar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

### **Biografía del autor**

Es abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, egresado de la Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, se desempeña como juez supernumerario del Cuarto Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Ica. Ha realizado publicaciones de artículos en la revista institucional de la Corte Superior de Justicia de Ica *Jus Liberabit* y en *Saber Servir*, revista de la Escuela Nacional de Administración Pública.

### **Correspondencia**

[luisramireztipacti@gmail.com](mailto:luisramireztipacti@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 9, julio-diciembre, 2024, 57-92

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1023>

## Políticas gubernamentales y la atención de calidad en un centro de salud mental desde la perspectiva de la comunidad LTGBIQ+ 2023

Government Policies and Quality Care in a Mental Health Center  
from the Perspective of the LTGBIQ+ Community 2023

Políticas governamentais e atendimento de qualidade em um centro  
de saúde mental na perspectiva da comunidade LTGBIQ+ 2023

**EDUARDO ANTONIO REYES CASTILLO**

Universidad César Vallejo

(Trujillo, Perú)

Contacto: [ereyes1@ucvvirtual.edu.pe](mailto:ereyes1@ucvvirtual.edu.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-6991-3591>

### RESUMEN

El propósito de esta investigación es evaluar cómo las políticas gubernamentales afectan la atención de calidad en un centro de salud mental según la perspectiva de la comunidad LTGBIQ+ en el año 2023. Se utilizó un enfoque cuantitativo de tipo aplicado con un diseño no experimental de corte correlacional. La muestra estuvo compuesta por 200 personas de diversa orientación sexual e identidad de género de la provincia de Trujillo. Los instrumentos utilizados fueron

validados por expertos, y tras una prueba piloto se obtuvo una alta confiabilidad del instrumento. Como conclusión del trabajo, se descubrió una dependencia entre las variables. Por lo tanto, se acepta que la implementación de las políticas gubernamentales influye en la atención de calidad dirigida hacia las personas LTGBIQ+.

**Palabras clave:** LTGBIQ+; salud mental; políticas gubernamentales; atención de calidad; centro de salud mental comunitario.

**Términos de indización:** grupo sexual minoritario; política gubernamental; salud mental; política de la salud; servicio de salud; centro médico (Fuente: Tesouro Unesco).

### ABSTRACT

The purpose of this research was to evaluate how government policies affect quality care in a mental health center according to the perspective of the LTGBIQ+ community in the year 2023. An applied quantitative approach was used with a non-experimental correlational design. The sample was made up of 200 people of diverse sexual orientation and gender identity from the province of Trujillo. The instruments used were validated by experts, and after a pilot test, high reliability of the instrument was obtained. As a conclusion of the work, a dependency between the variables was discovered. Therefore, it is accepted that the implementation of government policies influences quality care directed toward LTGBIQ+ people.

**Key words:** LTGBIQ+; mental health; public policies; quality of care; community mental health center.

**Indexing terms:** gender minorities; government policy; mental health; health policy; health services; medical centres (Source: Unesco Thesaurus).

## RESUMO

O objetivo desta pesquisa foi avaliar como as políticas governamentais afetam a qualidade do atendimento em um centro de saúde mental segundo a perspectiva da comunidade LTGBIQ+ no ano de 2023. Foi utilizada uma abordagem quantitativa aplicada com um desenho correlacional não experimental. A amostra foi composta por 200 pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero da província de Trujillo. Os instrumentos utilizados foram validados por especialistas e, após teste piloto, obteve-se alta confiabilidade do instrumento. Como conclusão do trabalho, foi descoberta uma dependência entre as variáveis. Portanto, aceita-se que a implementação de políticas governamentais influencia a qualidade dos cuidados direcionados às pessoas LTGBIQ+.

**Palavras-chave:** LTGBIQ+; saúde mental; políticas gubernamentales; qualidade do atendimento; centro comunitário de saúde mental.

**Termos de indexação:** grupo de minoria sexual; política gubernamental; saúde mental; política de saúde; serviço de saúde; centro médico (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 16/07/2024

**Revisado:** 30/07/2024

**Aceptado:** 05/12/2024

**Publicado en línea:** 28/12/2024

## 1. INTRODUCCIÓN

Las políticas gubernamentales en salud mental contribuyen a través de la gestión pública y de los programas públicos a responder eficazmente sobre los problemas sociales que afectan a la comunidad de un país (Bernal et al., 2022). En el caso de la salud mental, según Ali et al. (2019), estas políticas gubernamentales deben estar enfocadas a la

situación de bienestar que contribuya a una ausencia de enfermedades físicas y promueva mejorar una interrelación con el contexto social que afecta la vida de las personas (Thomson et al., 2018). Es por ello que las políticas en salud mental van a contribuir a que todas las personas se fortalezcan emocionalmente y les permitan vivir de manera armoniosa en comunidad.

A nivel mundial, según Simon (2021), la OMS indicó respecto de la salud mental en España, que esta no es abordada íntegramente debido a la ausencia del personal de salud mental y que los estudios focales territoriales son insuficientes, entre otros. Por su parte, ONU MUJERES (2021) refiere que en todo el mundo los países apenas destinan 17 % de sus fondos en salud para implementar programas y políticas referente a la salud mental y al apoyo psicosocial. Bhugra et al. (2018), en un estudio respecto de los países de la Commonwealth, evidenciaron que menos de la mitad de estos países señalan una política específica en salud mental, además de existir una gran brecha entre el cuidado de la salud tanto mental como física. En EE. UU., según Kaczkowski et al. (2022), se requiere promover mayor investigación para hallar la relación entre políticas y la salud en el ámbito mental de la comunidad LTGBIQ+. En Portugal, Batista y Pereira (2020) indican que las personas gais con VIH enfrentan desafíos adicionales en la gestión de su salud mental y autoestima, particularmente relacionados con su edad y su condición. En Canadá, Burk et al. (2018) reportan experiencias exitosas de intervención en colegios hacia población LTGBIQ+, que tiene como resultado contribuir a la disminución del acoso y la discriminación en estudiantes LTGBIQ+. En Irlanda del Norte, Travers (2020), en un estudio dirigido hacia estudiantes LTGB frente a estudiantes heterosexuales, concluyó que los primeros están más propensos a la vulneración social, lo que produce efectos negativos en su salud mental.

A nivel internacional, en Brasil, Luna da Silva et al. (2019) concluyen que las personas LTGBIQ+ suelen presentar mayor vulnerabilidad respecto de problemas de índole emocional debido a la exposición a la discriminación y al rechazo. En Chile, Barrientos et al. (2017) reportan que los síntomas asociados a la depresión y salud mental en gais y lesbianas podría aumentar la tendencia a los incrementos de la intención suicida y el suicidio; de igual manera, Tomicic et al. (2021) refieren que el personal de la salud posee una concepción heterocéntrica de la orientación sexual. En México, Lozano et al. (2017) indican que una de las problemáticas de la población LTGBIQ+ son la relación entre la discriminación y la falta de autoestima con el ejercicio de los derechos y la ausencia de respuesta del Estado hacia esta problemática. Sin embargo, en Colombia, según el estudio de Godoy et al. (2019), se señala que las problemáticas asociadas a la salud mental en poblaciones en riesgo deben ser tratadas de manera específica en los planes de intervención.

En el Perú, desde el 2015, se implementaron los Centros de Salud Mental Comunitario (en adelante CSMC) dentro de las políticas gubernamentales en salud para abordar las dificultades de salud mental que afectan a la totalidad de la población (Castillo y Cutipé, 2019). Sin embargo, desde la realización de la Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI-2017, se contó con este único mecanismo que ha servido al Estado para evidenciar en qué medida la población LTGBIQ+ son usuarios de dichos servicios; según Romani et al. (2021), al analizar dicha encuesta se concluye que las personas de diversidad sexual no acuden a los programas de salud mental debido a que tienen una concepción negativa respecto del personal, que no es el idóneo, que no están capacitados para ellos, que tienen conceptos equivocados acerca de las concepciones de género, aunado a la ausencia de un protocolo de atención en salud específico para esta comunidad. Por otro lado, Soriano et al. (2022) indican que esta encuesta sirvió para

esclarecer la gran necesidad que tienen estas poblaciones en mejorar su salud mental, además de recomendar al Estado instaurar mejores servicios de salud integrales con énfasis en la población LTGBIQ+ como público objetivo. A su vez, en el Informe Salud Mental de personas LGBTQ+ en el Perú, reportado por Más Igualdad (2021), se indica que el 61.9 % de la población LGBTQ+ afirma que el personal de atención en programas de salud mental muestra prejuicios hacia su identidad de género y/u orientación sexual. A su vez, Reyes et al. (2022) refieren que en la encuesta virtual denominada «LAMIS 2018», donde contenía al Perú como uno de sus públicos objetivos, concluyó que la problemática de las personas homosexuales muchas veces está relacionada con sus problemas emocionales, dependencia emocional, acceso a drogas y alcohol, falta del autocuidado; esto último en concordancia con el cuidado en las relaciones expuestas al VIH (Hart et al., 2016). Esta realidad es coincidente con la situación de personas en condición de vulnerabilidad, que según la definición del Poder Judicial (2018) se tiene desde el concepto de las 100 Reglas de Brasilia, las cuales establecen la existencia de determinados grupos sociales que por determinadas circunstancias se encuentran en especiales dificultades para la garantía y ejercicio de sus derechos. En este caso, la orientación sexual e identidad de género constituyen parte de las condiciones sociales que por el estigma y discriminación estructural no les permiten el ejercicio pleno de sus derechos. A decir de Delgado (2019), estas normas sirven como marco de referencia y desarrollo para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en su número 16, que se refieren a la paz, la justicia y las instituciones sólidas hacia la Agenda 2030. De esta manera, se amplía y se integra el concepto de personas en situación de vulnerabilidad, el cual permitirá que más ciudadanos de los diversos países que lo adopten puedan sentirse confiados en un sector judicial que los acoja; y de esta forma constituirse como ejemplo para que, en otros sectores,

como en el de salud, puedan también integrarlos y atenderlos teniendo en cuenta sus diversas realidades bajo la perspectiva del enfoque de la interseccionalidad. Tal como lo indica Salazar (2022), establecer el acceso a los servicios estatales es un derecho fundamental que es pilar del desarrollo y bienestar de la población. Por lo tanto, bajo esta perspectiva, el concepto de personas en situación de vulnerabilidad, que incluye entre otras circunstancias la orientación sexual e identidad de género, puede generar desventajas, vulnerabilidades e inacción para el acceso a los servicios estatales, los cuales deben ser cubiertos y en ese sentido las Reglas de Brasilia conforman una adecuada manera de proponer una integración hacia sus requerimientos.

A nivel local, en Trujillo, los CSMC, según Fernández (2019), son el único servicio del Estado dedicado al abordaje de la salud mental en esta ciudad; están integrados por médicos, psicólogos, trabajadores sociales, entre otros. La efectividad de los CSMC ha variado a lo largo de su implementación, repotenciándose cada año a raíz de la ejecución presupuestal y por la producción que ha venido constituyendo una gran respuesta ante los problemas emocionales basados en el modelo territorial (Goicochea, 2021). Aunado a ello, Araujo (2021) ha evidenciado que existe una conexión entre la forma de prestar los servicios de salud mental y la adaptación de estos servicios a grupos específicos, lo que contribuye a demostrar la efectividad de sus intervenciones; sin embargo, estos profesionales que brindan el servicio pueden verse afectados por las diversas labores que realizan, lo que va en desmedro de la atención de calidad que deben ofrecer al público usuario (Caballero et al., 2020).

El presente estudio se plantea el siguiente problema principal ¿De qué manera las políticas gubernamentales influyen en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTQBIQ+ Trujillo 2023?; y como problemas específicos ¿de qué manera las normas administrativas

influyen en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTIQ+ Trujillo 2023?, ¿de qué manera la voluntad política influye en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTIQ+ Trujillo 2023?, ¿de qué manera la gestión pública influye en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTIQ+ Trujillo 2023? y ¿de qué manera los programas públicos influyen en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTIQ+ Trujillo 2023?

El objetivo principal de la investigación es determinar la influencia de las políticas gubernamentales en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LTGBIQ+ en Trujillo 2023; como objetivos específicos es identificar la influencia de la implementación de las normas administrativas en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTIQ+ en Trujillo 2023, identificar la influencia de la dimensión voluntad política en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTIQ+ en Trujillo 2023, evaluar la influencia de la gestión pública en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTIQ+ en Trujillo 2023 y determinar la influencia de la aplicación de los programas públicos en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTIQ+ en Trujillo 2023.

Este trabajo de investigación encuentra su justificación desde un punto de vista teórico, según Fernández (2020), ya que contribuye al conocimiento mediante la interacción de las variables, genera nuevos enfoques que aportan a nuevas teorías y llena los vacíos existentes respecto de la problemática planteada por lo que proporciona una visión de cómo las políticas gubernamentales en salud mental influyen en la atención de calidad de las personas LTGBIQ+. Su justificación práctica radica en que la presente investigación describe los principales problemas que existen, tal como lo refieren Arias y Covinos (2021); esto permitirá facilitar e identificar los nudos críticos y dar alternativas de solución desde la atención de calidad frente a las políticas gubernamentales en salud mental, además permite aportar a los problemas

asociados a la atención de las personas LTGBIQ+. Se justifica socialmente, a decir de Chuquiwanca et al. (2021), ya que se conocerá de manera confiable la situación social en la que se encuentra nuestra muestra; además, se permitirá ampliar el espectro de intervención pública hacia las poblaciones LTGBIQ+, así mismo del tratamiento de esta población en situación de vulnerabilidad a fin de dar garantía de sus derechos, en coincidencia con el enfoque interseccional de las Reglas de Brasilia, asociado a la integración de grupos en situación de vulnerabilidad tales como las personas de diversa orientación sexual e identidad de género (Poder Judicial, 2018). Se justifica metodológicamente, puesto que la investigación se abordará desde la perspectiva de diversos modelos prácticos de recolección de la información para evidenciar nuevas perspectivas respecto del tema y la interpretación de las variables (Ramos et al., 2018).

## 2. METODOLOGÍA

La presente investigación es de tipo aplicado, bajo un diseño no experimental de corte correlacional causal. La población y muestra son de 200 personas LTGBIQ+ de la ciudad de Trujillo, que cumplieron con los siguientes criterios de inclusión: todas aquellas personas LTGBIQ+ que forman parte de una organización LTGBIQ+ en la provincia de Trujillo; todas aquellas personas LTGBIQ+ que han acudido al centro de salud mental comunitario de Trujillo. La técnica de recolección de datos fue a través de una encuesta, utilizando un cuestionario virtual que contenía el consentimiento informado de la aceptación a su participación, así como 32 preguntas respecto de las variables políticas gubernamentales y atención de calidad. Se utilizaron dichas encuestas en dos momentos: el primero para realizar la prueba piloto a 16 participantes a fin de obtener las pruebas de fiabilidad, y el segundo para la aplicación de todas las encuestas en total, manteniendo la privacidad y el anonimato de los encuestados.

El método de análisis de datos se recopiló en una hoja de Excel para luego ser procesado en el paquete estadístico SPSS en su versión 27. Se analizó la confiabilidad usando el Alfa de Cronbach para las dos variables. Para mostrar los resultados a través de la estadística descriptiva se usaron tablas y frecuencias, empleando una estadística inferencial para aplicar la prueba de normalidad con la prueba de correlación de Spearman.

### 3. RESULTADOS

#### 3.1. Resultados descriptivos

De acuerdo con los datos procesados en referencia a la variable *políticas gubernamentales*, se tiene que el 48 % considera que la implementación de estas está en un nivel regular, para el 44.5 % considera que está en un nivel inadecuado, existiendo solo un 7.5 % que considera que es adecuado.

**Tabla 1**

*Distribución de frecuencia y porcentaje de la variable políticas gubernamentales*

	Frecuencia	Porcentaje
Inadecuado	89	44.5
Regular	96	48.0
Adecuado	15	7.5
Total	200	100.0

En referencia a las dimensiones de la variable *políticas gubernamentales*, los valores que se muestran en la tabla 2 evidencian que respecto de la dimensión normas administrativas se tiene que el 61 % considera que la implementación de las mismas es inadecuada, mientras que el 30.5 % considera que es regular, solo existiendo un 8.5 % que la consideró adecuada; en referencia a la dimensión voluntad política

se evidencia que el 46 % considera que ello se viene dando en un nivel inadecuado, para el 44 % es regular y solo el 10 % considera que es adecuado; en cuanto a la dimensión gestión pública se tiene que para el 50.5 % se está dando de una manera regular, para el 42 % se da de manera inadecuada y solo para el 7.5 % de manera adecuada; finalmente, en referencia a la dimensión programas públicos se tiene que el 60.55 % considera que se han implementado de manera regular, para el 28 % es inadecuado y para el 11.5 % ello se da adecuadamente.

**Tabla 2**

*Distribución de frecuencia y porcentaje de las dimensiones de la variable políticas gubernamentales*

	Normas administrativas		Voluntad política		Gestión pública		Programas públicos	
	F	%	F	%	F	%	F	%
Inadecuado	122	61 %	92	46 %	84	42 %	56	28 %
Regular	61	30.5 %	88	44 %	101	50.5 %	121	60.5 %
Adecuado	17	8.5 %	20	10 %	15	7.5 %	23	11.5 %
Total	200	100 %	200	100 %	200	100 %	200	100 %

En la tabla 3 se muestran los datos procesados en referencia a la variable *atención de calidad*, donde se tiene que el 26 5 % considera que es adecuado, para el 11 % está en un nivel regular, y el 62.5 % considera que ello se da en un nivel inadecuado.

**Tabla 3**

*Distribución de frecuencia y porcentaje de la variable atención de calidad*

	Frecuencia	Porcentaje
Inadecuado	125	62.5
Regular	22	11.0
Adecuado	53	26.5
Total	200	100.0

Los valores referenciados en la tabla 4 en cuanto a las dimensiones de la variable *atención de calidad*, en la dimensión satisfacción el 26.5 % de los encuestados consideran que ello es adecuado, el 10 % consideró que se da en un nivel regular y para el 63.5 % consideró que es inadecuado; por su parte, para la dimensión efectividad se obtiene que para el 25 % de los participantes consideran que es adecuado, para el 12 % que está en un nivel regular y para el 63 % está en un nivel inadecuado; en cuanto a la dimensión capacitación profesional, el 23.5 % considera que se da de manera adecuada, el 10 % consideró que es regular y el 66.5 % consideró que es inadecuada; por último, en cuanto a la dimensión sostenibilidad se muestra que para el 13 % es adecuado, el 25.5 % es regular y para el 61.5 % es inadecuado.

**Tabla 4**

*Distribución de frecuencia y porcentaje de las dimensiones de la variable atención de calidad*

	Satisfacción		Efectividad		Capacitación profesional		Sostenibilidad	
	F	%	F	%	F	%	F	%
Inadecuado	127	63.5 %	126	63 %	133	66.5 %	123	61.5 %
Regular	20	10 %	24	12 %	20	10 %	51	25.5 %
Adecuado	53	26.5 %	50	25 %	47	23.5 %	26	13 %
Total	200	100 %	200	100 %	200	100 %	200	100 %

### 3.2. Resultados inferenciales

#### Prueba de normalidad

Según el tamaño de la muestra se utilizó la prueba de Kolmogorov-Smirnov a fin de comprobar la organización de los datos; por ello, se planteó:

Hipótesis:

H<sub>0</sub>: La información de las variables sigue una distribución que es normal.

H<sub>1</sub>: La información de las variables sigue una distribución que no es normal.

**Tabla 5**

*Prueba de normalidad*

	Kolmogorov-Smirnov <sup>a</sup>		
	Estadístico	gl	Sig.
Políticas gubernamentales	.752	200	.000
Atención de calidad	.657	200	.000

Los valores de la tabla 5 muestran que de acuerdo con la prueba de Kolmogorov-Smirnov se tiene que para ambos instrumentos el valor de Sig. es menor a 0.05, lo que permitió rechazar la hipótesis nula y aceptar que los datos no tienen una distribución normal, por lo que se utiliza el estadístico no paramétrico de regresión ordinal para contrastar las hipótesis, planteándose las siguientes:

De los datos procesados para contrastar la hipótesis general se tiene que el valor de Chi- cuadrado fue de 132.332 y el valor de Sig. = 0.000, el cual es menor a 0.05; ello indica la dependencia de las variables por lo que se acepta que las políticas gubernamentales influyen en la atención de calidad; así mismo se tiene que el valor del Pseudo R<sup>2</sup> de Nagelkerke es de .770, lo que representa la dependencia porcentual entre las variables, por lo que se afirma que si varían los valores de los niveles de la variable atención de calidad, depende en un 77 % de la variabilidad de las políticas gubernamentales.

**Tabla 6**

*Prueba de ajuste de modelo de influencia de las políticas gubernamentales en la atención de calidad*

<b>Modelo</b>	<b>Logaritmo de la verosimilitud -2</b>	<b>Chi-cuadrado</b>	<b>gl</b>	<b>Sig.</b>	<b>Pseudo R<sup>2</sup></b>
Solo intersección	136.686				Cox y Snell .606
Final	24.353	132.332	2	.000	Nagelkerke .770
Función de enlace: Logit					McFadden .408

Fuente: Base de datos.

También, se muestra en la tabla 7 los resultados en cuanto a la hipótesis específica primera, donde se tienen que el valor de Chi-cuadrado fue de 124.132 y el valor de Sig. = 0.000, el cual es menor a 0.05; ello indica la dependencia de las variables por lo que se acepta que las normas administrativas influyen en la atención de calidad; así mismo se tiene que el valor del Pseudo R<sup>2</sup> de Nagelkerke es de .752, lo que representa la dependencia porcentual entre las variables por lo que se afirma que si varían los valores de los niveles de la variable atención de calidad, depende en un 75.2 % de la variabilidad de las normas administrativas que se implementen.

**Tabla 7**

*Prueba de ajuste de modelo de influencia de las normas administrativas en la atención de calidad*

<b>Modelo</b>	<b>Logaritmo de la verosimilitud -2</b>	<b>Chi-cuadrado</b>	<b>gl</b>	<b>Sig.</b>	<b>Pseudo R<sup>2</sup></b>
Solo intersección	146.396				Cox y Snell .620
Final	22.264	124.132	2	.000	Nagelkerke .752
Función de enlace: Logit					McFadden .426

Fuente: Base de datos.

Los datos mostrados en la tabla 8 respecto de la segunda hipótesis específica se tiene que al tenerse que el valor del Sig. =0.000, el cual es menor al nivel de significancia de 0.05, permite aceptar que la dimensión voluntad política influye en la atención de calidad; así también se muestra que el valor del Pseudo R<sup>2</sup> de Nagelkerke es de .664, lo que representa la dependencia porcentual entre las variables por lo que se afirma que si varían los valores de los niveles que producen la variabilidad de la atención de calidad, depende en un 66.4 % de la variabilidad de la dimensión voluntad política que se implemente.

**Tabla 8**

*Prueba de ajuste de modelo de influencia de la voluntad política en la atención de calidad*

<b>Modelo</b>	<b>Logaritmo de la verosimilitud -2</b>	<b>Chi-cuadrado</b>	<b>gl</b>	<b>Sig.</b>	<b>Pseudo R<sup>2</sup></b>
Sólo intersección	134.279				Cox y Snell .554
Final	19.527	114.752	2	.000	Nagelkerke .664
Función de enlace: Logit					McFadden .362

*Fuente:* Base de datos.

En cuanto a los datos recolectados que se procesaron, cuyos resultados refieren a la hipótesis específica tercera, se tiene que el valor de Sig. = 0.000, el cual es menor a 0.05, muestra la dependencia de las variables, demostrándose en la hipótesis alterna que la gestión pública influye en la atención de calidad; se muestra que el valor del Pseudo R<sup>2</sup> de Nagelkerke es de .770, lo que representa la dependencia porcentual entre las variables por lo que se afirma que si varían los valores de los niveles de la variable atención de calidad, depende en un 77 % de la variabilidad de la gestión pública que se implemente.

**Tabla 9**

*Ajuste de modelo de influencia de la gestión pública en la atención de calidad*

Modelo	Logaritmo de la verosimilitud -2	Chi-cuadrado	gl	Sig.	Pseudo R <sup>2</sup>
Sólo intersección	128.298				Cox y Snell .628
Final	13.062	125.236	2	.000	Nagelkerke .770
Función de enlace: Logit					McFadden .446

Fuente: Base de datos.

Finalmente, los datos que se muestran en la tabla en referencia a la hipótesis específica cuarta, se tiene que el valor del Sig. = 0.00, el cual es menor a 0.05, rechaza la hipótesis nula y acepta la dependencia entre las variables que los programas públicos que se generan influyen en la calidad de la atención; se tiene que el valor del Pseudo R<sup>2</sup> de Nagelkerke es de .552, el que representa que el porcentaje de variabilidad de la calidad de la atención depende en un 55.2 % de la variabilidad de la dimensión programas públicos que se implementen.

**Tabla 10**

*Ajuste de modelo de influencia de los programas públicos en la atención de calidad*

Modelo	Logaritmo de la verosimilitud -2	Chi-cuadrado	gl	Sig.	Pseudo R <sup>2</sup>
Sólo intersección	116.386				Cox y Snell .462
Final	13.777	102.610	2	.000	Nagelkerke .552
Función de enlace: Logit					McFadden .288

Fuente: Base de datos.

#### 4. DISCUSIÓN

Los presentes resultados que se han logrado obtener por medio de la aplicación de la metodología señalada han arrojado que se tiene que el valor de Chi-cuadrado fue de 132.332 y el valor de Sig. = 0.000,

el cual es menor a 0.005. Ello indica la dependencia de las variables por lo que se acepta que las políticas gubernamentales influyen en la atención de calidad; por lo tanto, existe una relación de causalidad entre la ejecución de las políticas gubernamentales en el servicio del CSMC de Trujillo hacia la atención de calidad dirigida hacia las poblaciones LTGBIQ+, por lo que se demuestra que las políticas gubernamentales influyen en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGTBQ+ en Trujillo 2023. Esta relación se ve respaldada de igual manera por el contenido teórico recabado de los diversos estudios que con rigurosidad científica se han abordado en el marco teórico, lo que implica no solo entender un aspecto teórico de la información recogida, sino también de las participaciones prácticas a través de las encuestas que contribuyen a fortalecer las posiciones en torno del ámbito de explicar y fortalecer nuestras hipótesis propuestas.

Respecto de la influencia de las políticas gubernamentales, Olivares y Del Valle (2019) refieren que su adecuada implementación va a permitir que a través de los servicios que se brinden se pueda beneficiar tanto a los servidores o implementadores como al público usuario. Esto guarda relación con la opinión que los encuestados han referido respecto de la baja percepción de un nivel adecuado de implementación de las políticas gubernamentales, ya que solo un 7.5 % aprueba un correcto manejo de estas en las políticas de salud mental. Aquí denotamos una gran brecha por cubrir que permita al público usuario sentir que el Estado los respalda, protege y da cobertura a sus necesidades, lo que no ocurre en este caso concreto de las políticas gubernamentales en servicios de salud mental dirigidos hacia la comunidad LTGBIQ+, ya que su percepción es mínima respecto de una adecuada implementación de las políticas gubernamentales, teniendo como contraste un aproximado de 82.5 % entre regular e inadecuado. Justamente es donde se debe empezar a abordar a través de sus diferentes dimensiones para poder promover el cambio en dicha percepción.

Es destacable también la percepción de las políticas gubernamentales enfocadas o centralizadas en un público clave, donde existe gran desconocimiento o estigmatización. Yoma (2019) refiere que las políticas gubernamentales deben ser específicas a fin de dar cobertura a la mayoría de las necesidades del público a las que van dirigidas. En la presente investigación, la misma que guarda concordancia con Nittayasoot et al. (2021) al referir sobre la cobertura de necesidades que debe tener la política pública respecto de las poblaciones que debe ser ágil y urgente, la percepción de las personas LTGBIQ+ refiere que un 61 % de las personas encuestadas consideran inadecuada la implementación de las normas administrativas respecto de los servicios de salud mental, las mismas que contienen como uno de sus indicadores la especificidad normativa, donde se aborda si las políticas gubernamentales en salud mental son centralizadas o dirigidas hacia la población LTGBIQ+. Se evidencia una gran brecha en torno de la implementación de estas políticas hacia las comunidades LTGBIQ+.

Además de los resultados se desprende que se tiene que el valor de Chi-cuadrado fue de 124.132 y el valor de Sig. = 0.000, el que es menor a 0.05, ello indica la dependencia de las variables por lo que se acepta que las normas administrativas influyen en la atención de calidad, demostrándose de esta manera la hipótesis específica 1 respecto de la influencia de las normas administrativas en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTIQ+ en Trujillo 2023. Encontramos que esto coincide con lo señalado por Romani et al. (2021) al indicar que las personas de diversidad sexual no acuden a los diversos programas de salud mental debido a que se tiene la concepción negativa respecto del personal, que no es el idóneo, que no están capacitados para ellos y que además tienen conceptos equivocados de las concepciones de género, aunado a una ausencia de un protocolo de atención en salud específico para esta comunidad.

Las políticas gubernamentales, por lo tanto, tienen que ir no solamente dirigidas a un público determinado, sino también acompañado de un presupuesto y de respaldo técnico que permita su adecuada implementación. En este sentido, Leyva et al. (2021) indican que una propuesta innovadora sería el referente de la atención desde una perspectiva de la comunidad en salud mental que contenga un compromiso del Estado a través de su voluntad política para desarrollar e implementar estos modelos de atención. En nuestro modelo nacional, el CSMC se constituye como el único servicio del Estado especializado en la atención en salud mental hacia todas las poblaciones con un enfoque territorial; sin embargo, esto no coincide cuando la población que es beneficiaria tiene una percepción inadecuada y regular en su implementación. Esto se ve reflejado en el presente trabajo con 46 % y 40 %, respectivamente, de rechazo. Respecto de la hipótesis 2 se obtiene que el valor del Sig. = 0.000, el que es menor al nivel de significancia de 0.05, lo que permite aceptar que la dimensión voluntad política influye en la atención de calidad por lo que se logra demostrar que la voluntad política influye en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTQBIQ+ en Trujillo 2023. Sin embargo, esto implica seguir realizando un trabajo de evaluación frente al modelo del CSMC para hallar los puntos críticos y brechas que tiene este modelo que de por sí, desde el enfoque comunitario como lo indica el citado autor, es muy competente pero que a la hora de su implementación tiene tropiezos por otros elementos que influyen con la aplicación, como lo es el presupuesto, la infraestructura, el recurso humano, entre otros.

Respecto de la hipótesis 3, como resultado se obtiene que el valor de Sig. es = 0.000, el que es menor a 0.05; ello muestra la dependencia de las variables, demostrándose que la hipótesis alterna en torno a la gestión pública influye en la atención de calidad, lo que confirma la influencia de la gestión pública en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTQBIQ+ en Trujillo 2023. Esto coincide

con lo que indica Díaz (2021) en su investigación respecto de los centros de salud mental comunitario, donde enfatiza que una de las causas de la ineficacia del modelo del servicio comunitario es su ineficiente asignación presupuestaria y ejecutiva por lo que hablamos de una inadecuada gestión pública, lo que involucra un menoscabo en la atención multidisciplinaria que debe ofrecer esta política pública. Este dato también se avala con la percepción de los encuestados cuando refieren que solo el 7.5 % indica que la gestión del servicio de salud mental es adecuada, evidenciando un gran descontento en torno del rumbo que tiene la administración gubernamental en los servicios de salud mental que tiene la estrategia del centro comunitario, por lo que es necesario que se cuente con eficaces mecanismos para poder fortalecer la atención hacia la comunidad LTGBIQ+. Entre ellos se pueden considerar las capacitaciones para promover sensibilización hacia este público objetivo en el marco de un protocolo que consigne específicamente la atención hacia este grupo poblacional.

Por último, respecto de la hipótesis 4, se tiene que el valor del Sig. = 0.00, el que es menor a 0.05, no acepta la hipótesis nula y concuerda la dependencia entre las variables. Los programas públicos en salud mental, que influyen frontalmente en la calidad de la atención, demuestran así la dependencia con los programas públicos en el CSMC para la comunidad LTGBIQ+ en Trujillo 2023; en este sentido, las políticas gubernamentales deben guardar relación con la finalidad de cobertura hacia las principales necesidades del público objetivo, siempre y cuando esté determinado e identificado. Bernal et al. (2022) indican que parte importante de estas políticas gubernamentales son los programas públicos que se implementan a fin de poder dar respuesta a todas las necesidades sociales a las que responden. Asimismo, tomando como referencia a Rodríguez (2018), refiere que estas políticas deben contener un principio equitativo en torno de las poblaciones en situación de desventaja o vulnerabilidad

que hacen enfatizar las políticas a un público más focalizado, en este sentido, las poblaciones LTGBIQ+ como población vulnerabilizada socialmente que viene siendo afectada negativamente en su salud mental (Travers, 2020).

Por ello se requiere de políticas y programas específicos que aborden las diversas problemáticas de poblaciones LTGBIQ+; sin embargo, nuestra realidad, según lo que evidencia la presente investigación, es que el público encuestado, no se encuentra de acuerdo respecto de una adecuada implementación de estos programas en salud mental. Se afirma esto debido a que solo el 11.5 % de dicha población está de acuerdo con los programas públicos en salud mental dirigidos hacia esta población LTGBIQ+ y más aún cuando uno de los indicadores de esta dimensión, respecto de los servicios públicos especializados en su grado de implementación, está calificado como regular e inadecuado con un 88.55 % de sumatoria. Obtiene, entonces, una mala calificación en especialización respecto del servicio de salud mental vigente según la población encuestada. Es aquí donde la función de los programas de salud mental debe proporcionar un espacio seguro y de apoyo, donde las personas LTGBIQ+ pueden compartir sus experiencias, encontrar comunidad, recursos y orientación para lidiar con los desafíos específicos que enfrentan; todo ello se debe promover desde estos programas que impulsen un fortalecimiento integral u holístico en el bienestar mental de este grupo poblacional.

Por otra parte, los resultados que arrojaron la presente investigación se enfocan también hacia la variable atención de calidad del CSMC de Trujillo, la misma que, según la percepción de la población LTGBIQ+ encuestada, para que sea adecuada debe tener un óptimo nivel de implementación, lo que se traduce en su indicador de comodidad de la dimensión satisfacción; esto hace referencia que los CSMC deben poseer una infraestructura adecuada y pertinente para la atención diferenciada, espacios exclusivos, adecuados y ambientes que

sean acogedores, además de la calidez de atención de estos servicios que deben poseer un trato respetuoso, empático y con conocimiento sobre la problemática de las personas LTGBIQ+. Esta percepción es coincidente con lo que refieren Inga y Arosquipa (2019), puesto que en su investigación respecto de la atención de calidad se indica que parte importante de su eficacia es coincidente con el fortalecimiento del recurso humano, el que debe conocer e identificar al público objetivo y de esta manera puede contribuir a la satisfacción de los y las usuarias; por lo tanto, se encuentra una relación positiva respecto de la influencia de la atención de calidad con las políticas gubernamentales en salud mental.

Esto también puede verse respaldado con el trabajo de Aliaga (2020), que logró identificar cómo las políticas gubernamentales de género influyen significativamente en la atención de calidad, ya que en ambos trabajos se analizan las políticas gubernamentales sectoriales y focalizadas, lo que permite establecer una especialidad en las políticas para determinar su eficacia. Por ello resulta necesario analizar a profundidad otros factores que pudieran servir como elementos que permitan contribuir al logro de objetivos y cierre de brechas para la satisfacción de necesidades del público objetivo. En dicho trabajo, si bien se tiene toda una estructura de política pública que analizar, en el ámbito de las personas LTGBIQ+ el Estado es ciertamente esquivo en estos temas. Vemos que no existe mucha disposición normativa debido a los factores de conservadurismo y discriminación estructural existente en nuestra sociedad, lo que termina influyendo en la calidad de las políticas gubernamentales cuando queremos relacionarlas con el trato o la atención de calidad hacia estas personas.

Respecto de la dimensión efectividad de la variable atención de calidad, se obtuvo que un 63 % no está de acuerdo con los indicadores flexibilidad de horario y eficacia del servicio, ya que en la actualidad estos no se ajustan a horarios en donde todos puedan acceder

con libertad y comodidad; por lo tanto, se requiere de nuevos horarios de atención que van a contribuir a una mejor atención de calidad al momento de acceder al CSMC. Esto se lograría, según los encuestados, si el servicio implementa horarios diferenciados que permitan al público objetivo acudir cuando por determinadas circunstancias están laborando o estén realizando diversas actividades que les dificulte el acceso o el poder llegar a dicho espacio, lo cual es vital para la continuación de las terapias que sean necesarias con el fin de lograr la recuperación de las personas en sus problemas de salud mental.

Por lo tanto, esto contribuiría en mayor eficacia no solamente en la atención de calidad, sino del servicio como política, elemento que es respaldado por Herrera (2022), quien refiere que respecto de una calidad integral de las políticas gubernamentales es necesario que estas cuenten con procesos de implementación a fin de que respondan a las necesidades particulares del público objetivo. Como lo mencionado por Barria (2020), quien indica que parte del logro de la finalidad de la política pública implica que el servicio público a implementarse deba ser accesible hacia las necesidades de los usuarios, y que además permita una adecuada comunicación entre usuario y profesional.

Este aspecto coincide con lo indicado por Morales y García (2019), quienes refieren en su trabajo de investigación acerca de la importancia para el logro del objetivo y la atención de calidad, el desarrollo del ámbito comunicativo y continuidad del servicio, lo que permite que los canales de comunicación sean fundamentales para poder entablar acuerdos en torno al acceso a citas o reprogramaciones que puedan presentarse, y que por tanto el servicio no solamente sea un simple trámite administrativo, sino posea empatía y eficacia para la recuperación del usuario.

El público encuestado indicó con un 66.5 % que los profesionales no están capacitados pertinentemente. Esto es preocupante, ya que

debe darse adecuadamente para lograr una atención de calidad óptima, que se especifica con una especialización del profesional a través del conocimiento y la empatía que debe poseer para responder ante las necesidades del público usuario. Es importante destacar este resultado en la medida en que el recurso humano es vital para poder brindar una adecuada atención en el servicio público. Esto es coincidente con Paravic y Lagos (2021), quienes coinciden en que una atención de calidad adecuada, que brinda los servicios de atención en salud, se puede desarrollar si es efectiva en la recuperación a través de un trabajo en equipo que facilite el flujo de atención a través del conocimiento que se tiene respecto de las necesidades de los usuarios. De igual forma, el resultado guarda relación con lo referido por Muramoto y Matumoto (2019), quienes indican que la capacidad de respuesta de los profesionales de atención puede influir en la recuperación y el mantenimiento de la salud de los pacientes; por lo tanto, el presente resultado destaca el valor, y la importancia de una capacitación y sensibilización del capital humano para contribuir al logro de los objetivos de la política pública a través de su atención adecuada y especializada.

En este sentido, entre las dimensiones planteadas de la variable atención de calidad, tenemos sostenibilidad del servicio. Esto quiere decir que un servicio público para el logro de sus objetivos y metas debe ser sostenible en el tiempo, que permita contribuir a cerrar las brechas que se identificaron al momento de la elaboración de la política pública. Es por ello por lo que se toma como indicador la permanencia del servicio, que posibilite y asegure una adecuada interacción entre el paciente y los profesionales de la salud. En la presente investigación, un 61.5 % de los encuestados contestaron que no consideran adecuada la sostenibilidad del servicio, tal como está en este momento, ya que para una atención de calidad del servicio de salud mental se requiere que se otorgue un presupuesto adecuado y una permanencia en la atención

del servicio. Respecto del presupuesto, este indicador es clave para la sostenibilidad, ya que implica poseer el recurso monetario que permita dar cobertura a las necesidades del servicio a través de las adquisiciones que se tenga que realizar, además del desarrollo de actividades y la remuneración del recurso humano. En ese sentido, Piazza y Fiestas (2015) indican que es importante y fundamental el presupuesto asignado para el logro de los objetivos planteados en los CSMC por lo que es primordial la asignación adecuada del presupuesto que implique desarrollar el logro de objetivo y, por lo tanto, obtener una mejor calidad en la atención. Por otro lado, la permanencia del servicio implica que este se encuentre disponible para los ciudadanos, tal como lo indica Soto (2019), el cual hace referencia que parte importante de lograr una atención de calidad implica brindar una garantía en el acceso, así como la permanencia de sostenibilidad del servicio, elemento que vemos reflejado coincidentemente desde las perspectivas del público encuestado.

Por último, las políticas gubernamentales son fundamentales en la atención de calidad de personas LTGBIQ+, múltiples razones que a lo largo del trabajo se han expuesto como promover igualdad y no discriminación, estableciendo un marco legal que promueve la igualdad de derechos para todas las personas, evitando la discriminación por orientación sexual o identidad de género en la atención médica y social. Es importante para el acceso a servicios específicos, lo que permite la asignación de recursos y la creación de servicios adaptados a las necesidades de la comunidad LTGBIQ+, como centros de atención especializada o programas de salud mental. De igual forma, contribuye a la formación y sensibilización en la capacitación del personal médico en salud mental y social para ofrecer una atención sensible y adecuada, comprendiendo las particularidades y desafíos que enfrenta esta población; también, las políticas gubernamentales ayudan a fortalecer la prevención y promoción de la salud a través

del diseño de campañas educativas y programas de prevención de enfermedades específicas que afectan más a esta comunidad, además de promover la salud mental y emocional, donde se pueda ir sin tener el temor de ser vulnerados sus derechos y se asegure de que las personas LTGBIQ+ tengan acceso a servicios de calidad sin ser discriminadas, lo que contribuye a su bienestar general y a una mejor calidad de vida. Por último, para promover que estas políticas gubernamentales sean eficaces y sostenibles debe haber un monitoreo y mejora continua, y que las políticas incluyan mecanismos de seguimiento y evaluación que permitan identificar áreas de mejora en la atención y ajuste para garantizar un mejor servicio a esta comunidad.

## 5. CONCLUSIONES

Primera: Respecto del objetivo general se llegó a determinar la influencia negativa de las políticas gubernamentales en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LTGBIQ+ en Trujillo 2023, al obtener un nivel mayoritariamente inadecuado y regular de su implementación. Esto es causado por la percepción de los entrevistados en gran medida por la inadecuada aceptación de las dimensiones normas administrativas, voluntad política, gestión y programas públicos.

Segunda: También se llegó a identificar la influencia de la implementación de las normas administrativas en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LTGBIQ+ en Trujillo 2023, al obtener un nivel mayoritariamente inadecuado y regular de su implementación. Esto es causado por la percepción de los entrevistados en gran medida por la inadecuada implementación de los indicadores especificidad normativa y agenda política.

Tercera: Se logró identificar que la dimensión voluntad política influye en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad

LGBTIQ+ en Trujillo 2023, al obtener un nivel mayoritariamente inadecuado y regular de su implementación. Esto es causado por la percepción de los entrevistados en gran medida por la inadecuada implementación de los indicadores compromiso público y ejecución de políticas gubernamentales.

Cuarta: Se llegó a evaluar que la gestión pública influye en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTQBIQ+ en Trujillo 2023, al obtener un nivel mayoritariamente inadecuado y regular de su implementación. Esto es causado por la percepción de los entrevistados en gran medida por la regular implementación de los indicadores políticas de Estado y políticas de gobierno.

Quinta: Finalmente, se llegó a determinar que la aplicación de los programas públicos influyen en la atención de calidad en el CSMC para la comunidad LGBTQBIQ+ en Trujillo 2023, al obtener un nivel mayoritariamente inadecuado y regular de su implementación. Esto es causado por la percepción de los entrevistados en gran medida por la regular implementación de los indicadores administración y servicios públicos especializados.

## 6. RECOMENDACIONES

Primera: Al Ministro de Salud, al evaluar el impacto de las directrices gubernamentales en la calidad de los servicios ofrecidos, se recomienda realizar monitoreo y evaluación permanente respecto de las políticas gubernamentales para el cuidado de la salud mental, a fin de que se pueda obtener documentos oficiales donde se evidencie la realidad respecto de la implementación que está teniendo en cada región y cómo estas impactan en la atención de calidad en el público usuario LGBTQBIQ+.

Segunda: A la comunidad civil organizada LTGBIQ+, al evaluar cómo las normas administrativas de gestión impactan en la calidad de cuidados ofrecidos hacia su población, se recomienda que a través de los mecanismos de participación ciudadana puedan promover normatividad local, donde los incluyan específicamente, además de tener un trabajo articulado con las autoridades en salud. De esta manera, se fortalecerá el trabajo comunitario y la presentación de balances de lo realizado en beneficio de este grupo poblacional.

Tercera: A los investigadores y estudiantes, al determinar que la voluntad política influye en la atención de calidad de las poblaciones LTGBIQ+, se exhorta tener un trabajo riguroso en torno al conocimiento de la realidad de las comunidades vulnerables a fin de abordar de manera específica su problemática, además de tener un trabajo articulado con las organizaciones civiles, quienes tienen un insumo importante como es el tejido comunitario que está más cerca de las problemáticas que ellos viven.

Cuarta: Al personal involucrado en la atención de los servicios de salud en el área mental, al determinar que la gestión pública guarda influencia en la atención de calidad, se recomienda mantener un tratamiento de acuerdo con las guías y protocolos generales existentes para promover una adecuada calidad en la atención hacia las personas LTGBIQ+. Esto implica tener un amplio conocimiento en torno de los mecanismos de abordaje y que de esta manera el público objetivo pueda llevarse una óptima impresión del servicio prestado.

Quinta: A la municipalidad provincial de Trujillo y a su área de salud, al determinar que los programas públicos influyen en la atención de calidad, se recomienda que mediante su rol preventivo y supervisor apoyen en la implementación de nuevas estrategias que impliquen promover mejores oportunidades de abordaje en las poblaciones LTGBIQ+ en lo que se refiere a su salud mental.

## REFERENCIAS

- Ali, S., Turbay, M., Rodríguez, M., Polo, J. y Gutiérrez, O. (2019). Diseño del trabajo, bienestar y salud mental: revisión de literatura. *Psicología desde el Caribe: revista del Programa de Psicología de la Universidad del Norte*, 39(1). <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/psicologia/article/view/10341/214421446796>
- Aliaga Polo, C. A. (2020). *Políticas gubernamentales y su influencia en atención de calidad en centro emergencia mujer en comisaría distrito de Chao-Virú, 2019*. [Tesis doctoral, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/57995>
- Araujo, E. (2021) *Servicios diferenciados en disminución del embarazo no deseados en adolescentes - Red de Salud Trujillo, año 2020* [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/61714>
- Arias, J. y Covinos, M. (2021) Diseño y metodología de la investigación. *ResearchGate*. [https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w26022w/Arias\\_S2.pdf](https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w26022w/Arias_S2.pdf)
- Barria Oyarzo, C. (2020). Gestión de políticas gubernamentales en salud: mujeres migrantes en una ciudad de la Patagonia, Argentina. *Anthropologica*. Departamento de Ciencias Sociales, PUCP 38(44), 157-185. <https://doi.org/10.18800/anthropologica.202001.007>
- Barrientos, J., Gómez, F., Cárdenas, M., Guzmán, M. y Bahamondes, J. (2017). Medidas de salud mental y bienestar subjetivo en una muestra de hombres gays y mujeres lesbianas en Chile. *Revista médica de Chile*, 145(9), 1115-1121. <https://doi.org/10.4067/s0034-98872017000901115>
- Batista, I. C. y Pereira, H. (2020). Disparidades na saúde mental entre homens gays e bissexuais mais velhos com e sem diagnóstico de

- VIH. *Psicologia, Saúde & Doenças*, 21(1), 53-61. <https://doi.org/10.15309/20psd210109>
- Bernal, A., Calderón, K. D., Gómez, P. A., Pérez, L. F. y Rojas, D. (2022). El trasfondo de una política pública de género en Colombia: análisis crítico de «Mujeres Constructoras de Paz y Desarrollo» 2002-2010. *Estudios de Derecho*, 79(173). <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v79n173a08>
- Bhugra, D., Pathare, S., Joshi, R., Kalra, G, Torales, J., & Ventriglio, A. (2018). A review of mental health policies from Commonwealth countries. *International Journal of Social Psychiatry*. <https://doi.org/10.1177/0020764017745108>
- Burk, J., Park, M., & Saewyc, E. (2018). A Media-Based School Intervention to Reduce Sexual Orientation Prejudice and Its Relationship to Discrimination, Bullying, and the Mental Health of Lesbian, Gay, and Bisexual Adolescents in Western Canada: A Population-Based Evaluation. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 15(11). <http://dx.doi.org/10.3390/ijerph15112447>
- Caballero-Alvarado, J., Pino-Zavaleta, F., & Barboza, J. J. (2020). Factors associated with insomnia in health professionals of a public hospital in Trujillo, Peru. *Horizonte Médico* (Lima), 20(4), e1228. <https://dx.doi.org/10.24265/horizmed.2020.v20n4.04>
- Castillo, H. y Cutipé, Y. (2019). Implementación, resultados iniciales y sostenibilidad de la reforma de servicios de salud mental en el Perú, 2013-2018. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 36(2), 326-333. <http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v36n2/a23v36n2.pdf>
- Chuquihuanca, N., Fernández, M., Flóres, K., Hurtado D., Reyes, L. y Oviedo, F. (2021). *Didáctica e investigación científica*. Colloquium. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/91631>

- Díaz, A. (2021). *Análisis de la implementación de políticas de salud mental en el Perú. El caso de los centros de salud mental comunitarios*. [Tesis doctoral, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/58795>
- Delgado, J. (2019). Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. *Herramientas Eurosociales*, 23.
- Fernández, B. (2019). *Tipos de personalidad relacionado con clima laboral en el personal de los Centros de Salud Mental Comunitarios de la Provincia de Trujillo*. [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/38468>
- Godoy Espinosa, J. I., Peña Martínez, Á. M., León Castillo, M. E., García López, J. y Aguirre Rodríguez, Y. A. (2019). Factores de riesgo asociados con intento de suicidio en adolescentes y adultos jóvenes. <http://hdl.handle.net/20.500.12495/10040>
- Goicochea-Ríos, E. (2021). Abordaje integral comunitario de la salud mental en La Libertad. *UCV Scientia Biomédica*, 4(1), 47-54. <https://doi.org/10.18050/ucvscientiabiomedica.v4i1.06>
- Hart, T. A., Stratton, N., Coleman, T. A., Wilson, H. A., Simpson, S. H., Julien, R. E., Hoe, D., Leahy, B., Maxwell, J., & Adam, B. D. (2016). A Pilot Trial of a Sexual Health Counseling Intervention for HIV-Positive Gay and Bisexual Men Who Report Anal Sex without Condoms. *PloS One*, 11(4). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0152762>
- Herrera Vargas, C. (2022). Retos en prevención y promoción de la salud mental en Bogotá: un aporte desde el desarrollo para las políticas gubernamentales. *Punto de Vista*, 13(20), 62-78. <https://doi.org/10.15765/pdv.v13i20.3454>

- Inga, F. y Arosquipa, C. (2019). Avances en el desarrollo de los recursos humanos en salud en el Perú y su importancia en la atención de calidad. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 36(2). [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-46342019000200021](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342019000200021)
- Kaczkowski, W., Li, J., Cooper, A., & Robin, L. (2022). Examining the Relationship Between LGBTQ-Supportive School Health Policies and Practices and Psychosocial Health Outcomes of Lesbian, Gay, Bisexual, and Heterosexual Students. *LGBT Health*, 9(1), 43-53. <http://doi.org/10.1089/lgbt.2021.0133>
- Lozano-Verduzco, I., Fernández-Niño, J. A., & Baruch-Domínguez, R. (2017). Association between internalized homophobia and mental health indicators in LGBT individuals in Mexico City. *Salud Mental*, 40(5), 219-225. <https://www.medigraphic.com/pdfs/salmen/sam-2017/sam175f.pdf>
- Luna da Silva, B., Souza de Melo, D., & Mello, R. (2019). A sintomatologia depressiva entre lésbicas, gays, bissexuais e transexuais: um olhar para a saúde mental. *Revista Enfermagem UERJ*, 27. <https://doi.org/10.12957/reuerj.2019.41942>
- Más Igualdad (2021). Salud Mental de personas LGBTQ+ en el Perú <https://www.masigualdad.pe/estudio-salud-mental-lgbtiq>
- Morales-Sánchez, L. G. y García-Ubaque, J. C. (2019). Calidad percibida en el servicio del sistema público de salud de Bogotá. *Revista de Salud Pública*, 21(1), 128-134. <https://www.scielosp.org/article/rsap/2019.v21n1/128-134/>
- Nittayasoot, N., Suphanchaimat, R., Namwat, C., Dejburum, P., & Tangcharoensathien, V. (2021). Public health policies and health-care workers' response to the COVID-19 pandemic, Thailand. *Bulletin of the World Health Organization*, 99(4), 312-318. <https://doi.org/10.2471/BLT.20.275818>

- Olivares-Aising, D., & del Valle Barrera, M. (2019). Community Mental Health: Psychosocial teams and public policies in the intervention of people with addictions. *Psicoperspectivas*, 18(2), 70-85. <https://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue2-fulltext-1602>
- ONU MUJERES (2021). El progreso en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible. Panorama de género 2021. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/2021-12/Progress-on-the-sustainable-development-goals-the-gender-snapshot-2021-es.pdf>
- Paravic Klijn, T. y Lagos Garrido, M. E. (2021). Trabajo en equipo y calidad de la atención en salud. *Ciencia y enfermería*, 27(41). <https://doi.org/10.29393/ce27-41tetm20041>
- Piazza, M. y Fiestas, F. (2015). Estudio transversal de uso de servicios de salud mental en cinco ciudades del Perú. *Salud Mental*, 38(5), 337-345. <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=61997>
- Poder Judicial (2018). 100 Reglas de Brasilia. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8ed5d700498af236aba2efa6217c40f1/1.-+100REGLASDEBRASILIA.pdf?MOD=AJPERES>
- Ramos, R., Cabrera, G., Urgiles, C. y Jara, F. (2018). Aspectos metodológicos de la investigación. Revista Científica de Investigación actualización del mundo de las ciencias. *RECIAMUC*, 2(3). <https://www.reciamuc.com/index.php/RECIAMUC/article/view/111/112>
- Reyes, M., Celly, A., Folch, C., Lorente, N., Stuardo, V., Veras, M. A., Barros, H., Meireles, P., Ramírez, D., Jonas, K. J., Marcus, U., Schmidt, A. J., Cáceres, C. F., & Casabona, J. (2022). Latin

- American Internet Survey for Men who have Sex with Men (LAMIS-2018): Design, methods and implementation. *PloS One*, 17(11). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0277518>
- Romani, L., Ladera-Porta, K., Quíñones-Laveriano, D. M., Ríos-García, W., Juárez-Ubillus, A., & Vílchez-Cornejo, J. (2021). Factors associated with the non-use of health services in LGBTI people from Peru. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 38(2), 240-247. [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1726-46342021000200240&script=sci\\_arttext&tlng=en](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1726-46342021000200240&script=sci_arttext&tlng=en)
- 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. *Revista de Investigación Científica Erga Omnes*, 2(2), 01-11. <https://revistas.unh.edu.pe/index.php/rceol/article/view/87>
- Simón-Lorda, D. (2021). La psiquiatría y la salud mental en el tardofranquismo: las misiones de los expertos de la OMS y la labor del PANAP. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 41(140), 253-275. <https://doi.org/10.4321/s0211-57352021000200013>
- Soriano, D. R., Saldaña, D., Vásquez, L., Valencia, J. A., Alave, J. L., & Soriano, A. N. (2022). Discrimination and mental health in the minority sexual population: Cross-sectional analysis of the first peruvian virtual survey. *PloS One*, 17(6), <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0268755>
- Soto, A. (2019). Barreras para una atención eficaz en los hospitales de referencia del Ministerio de Salud del Perú: atendiendo pacientes en el siglo XXI con recursos del siglo XX. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 36(2), 304-311. [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-46342019000200020](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342019000200020)

- Thomson, K., Hillier-Brown, F., Todd, A., McNamara, C., Huijts, T. & Bambra, C. (2018). The effects of public health policies on health inequalities in high-income countries: an umbrella review. *BMC Public Health* 18(1), 869. <https://doi.org/10.1186/s12889-018-5677-1>
- Tomicic, A., Immel, N. y Martínez, C. (2021). Experiencias de ayuda psicológica y psicoterapéutica de jóvenes LGBT sobrevivientes a procesos de suicidio. *Revista Interamericana de Psicología/ Interamerican Journal of Psychology*, 55(1). <https://journal.sipsych.org/index.php/IJP/article/view/1453/1051>
- Travers, Á., Armour, C., Hansen, M., Cunningham, T., Lagdon, S., Hyland, P., Vallières, F., McCarthy, A., & Walshe, C. (2020). Lesbian, gay or bisexual identity as a risk factor for trauma and mental health problems in Northern Irish students and the protective role of social support. *European Journal of Psychotraumatology*, 11(1). <https://doi.org/10.1080/20008198.2019.1708144>
- Yoma, S. M. (2019). Participación de las personas usuarias en políticas públicas de salud mental: una revisión integrativa. *Ciência & Saúde Coletiva*, 24(7). <https://www.scielo.br/j/csc/a/5vyRSBXvmRd8b89gj7yGzZr/?lang=es>

## **Financiamiento**

Autofinanciado.

## **Conflicto de interés**

El autor declara no tener conflicto de interés.

## **Contribución de autoría**

El autor es responsable integro de la autoría del presente trabajo, habiendo desarrollado individualmente el trabajo de investigación.

## **Agradecimientos**

El autor agradece los alcances brindados a la comunidad LTGBIQ+ de Trujillo, quienes apoyaron con su valiosa información en la toma de muestras.

## **Biografía del autor**

Eduardo Antonio Reyes Castillo es abogado, egresado de la maestría en Gestión Pública, y Derecho Constitucional y Derechos Humanos; doctor en Gestión Pública y Gobernabilidad. Es docente universitario en las universidades César Vallejo, Tecnológica del Perú y Privada del Norte. Además, es activista e investigador en temas de género y diversidad sexual por el Instituto de Apoyo a la Diversidad Sexual.

## **Correspondencia**

ereyes1@ucvvirtual.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 9, julio-diciembre, 2024, 93-131

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1041>

## Derecho Constitucional Penal y enfoque de género: juzgar con perspectiva de género

Constitutional Criminal Law and Gender Approach: Judging with  
a Gender Perspective

Direito Penal Constitucional e a Abordagem de Gênero: julgando  
com uma perspectiva de gênero

**MARTHA HELIA ALTABE**

Universidad Nacional del Nordeste  
(Corrientes, Argentina)

Contacto: [marthaaltabe@yahoo.com.ar](mailto:marthaaltabe@yahoo.com.ar)  
<https://orcid.org/0009-0003-9546-5424>

### RESUMEN

El estudio analiza los efectos del control de constitucionalidad y convencionalidad en el sistema argentino, a la luz de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y de los instrumentos jurídicos de los cuales es suscriptor el Estado argentino. Estos sistemas no tienen efectos derogatorios de las normas internas, sino la inaplicabilidad de estas al caso concreto y la posibilidad de disponer acciones u omisiones; es decir, órdenes de hacer o no respecto de una situación concreta a fin de salvaguardar el principio

de supremacía constitucional y convencional, de modo que prevalezca el derecho subjetivo consagrado en esta normativa jerárquicamente superior. En dicha perspectiva, los referidos sistemas de derechos son de aplicación obligatoria y preferente a cualquier normativa doméstica de rango inferior. En otras palabras, no solo se trata del texto de los pactos, convenciones y tratados, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus opiniones consultivas, declaraciones y resoluciones, así como los informes, recomendaciones y resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que incluso puede dictar medidas cautelares, como también los pronunciamientos, recomendaciones e informes de los organismos de Naciones Unidas. Como consecuencia, los jueces deben realizar los esfuerzos necesarios para que las medidas de reparación integral en los casos de violencia de género obedezcan a un enfoque transformador; es decir, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes.

**Palabras clave:** derecho constitucional penal; derecho a la igualdad y no discriminación; enfoque de género; control de constitucionalidad; control de convencionalidad.

**Términos de indización:** derecho constitucional; igualdad de género; sentencia judicial; instrumento internacional (Fuente: Tesaurus Unesco).

### ABSTRACT

The study analyzes the effects of the control of constitutionality and conventionality in the Argentine system, in light of the international systems for the protection of human rights and the legal instruments to which the Argentine State is a signatory. These systems do not have derogatory effects on domestic norms, but the inapplicability of these to the specific case and the possibility of providing for actions or

omissions; that is, orders to do or not to do with respect to a specific situation in order to safeguard the principle of constitutional and conventional supremacy, so that the subjective right enshrined in these hierarchically superior norms prevails. In this perspective, the aforementioned systems of rights are of mandatory and preferential application to any domestic legislation of lower rank. In other words, it is not only the text of the covenants, conventions and treaties, but also the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, its advisory opinions, declarations and resolutions, as well as the reports, recommendations and resolutions of the Inter-American Commission on Human Rights, which can even issue precautionary measures, as well as the pronouncements, recommendations and reports of the United Nations agencies. Consequently, judges must make the necessary efforts to ensure that comprehensive reparation measures in cases of gender-based violence are based on a transformative approach; that is, that they contribute to the elimination of the patterns of discrimination and marginalization that may have been the cause of the victimizing events.

**Keywords:** constitutional criminal law; right to equality and non-discrimination; gender approach; control of constitutionality; control of conventionality (Source: Unesco Thesaurus).

**Indexing terms:** constitutional law, gender equality; legal decisions; international instruments (Source: Unesco Thesaurus).

## RESUMO

Estudo analisa os efeitos do controle de constitucionalidade e convencionalidade no sistema argentino, à luz dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e dos instrumentos jurídicos dos quais o Estado argentino é signatário. Esses sistemas não têm efeitos derogatórios sobre as normas internas, mas sim a inaplicabilidade

destas ao caso concreto e a possibilidade de ordenar ações ou omissões, ou seja, ordens de fazer ou não fazer em relação a uma situação específica, a fim de salvaguardar o princípio da supremacia constitucional e convencional, para que prevaleça o direito subjetivo consagrado nessas normas hierarquicamente superiores. Nessa perspectiva, os sistemas de direitos acima mencionados são de aplicação obrigatória e preferencial a qualquer legislação doméstica de hierarquia inferior. Em outras palavras, não se trata apenas do texto dos pactos, convenções e tratados, mas também da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de seus pareceres consultivos, declarações e resoluções, bem como dos relatórios, recomendações e resoluções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que pode inclusive emitir medidas cautelares, além dos pronunciamentos, recomendações e relatórios dos órgãos das Nações Unidas. Como consequência, os juízes devem fazer os esforços necessários para garantir que as medidas de reparação abrangentes em casos de violência baseada em gênero obedeçam a uma abordagem transformadora, ou seja, que contribuam para a eliminação dos padrões de discriminação e marginalização que possam ter sido a causa dos eventos vitimadores.

**Palavras-chave:** direito penal constitucional; direito à igualdade e à não discriminação; abordagem de gênero; controle de constitucionalidade; controle de convencionalidade.

**Termos de indexação:** direito constitucional; igualdade de gênero; decisão judicial; instrumento internacional; instrumento internacional (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 03/09/2024

**Revisado:** 06/09/2024

**Aceptado:** 10/12/2024

**Publicado en línea:** 28/12/2024

## 1. EL CONTEXTO JURÍDICO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

La República Argentina es un país signatario de dos sistemas internacionales de Protección de Derechos Humanos: El Sistema Universal de Naciones Unidas (Organización de las Naciones Unidas – ONU) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, OEA). En consecuencia, tanto las normas de ambos sistemas, como las decisiones de los organismos internacionales resultan de aplicación obligatoria en todo el territorio, en las cuatro estructuras políticas y jurídicas que componen el Estado argentino, según la Constitución Nacional (CN): la Nación, las 23 provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), que es una ciudad autónoma, constitucionalmente federalizada (art. 129 CN).

Ello es así porque, en forma absolutamente voluntaria, la Nación argentina ha suscripto pactos, tratados y convenciones, en los que se ha sometido, también voluntariamente y en forma expresa, a la competencia de los órganos internacionales creados por ellos. Lo ha hecho a través de los poderes públicos permanentes con mayor legitimidad democrática, como son el Poder Ejecutivo Nacional, que, conforme la Constitución Nacional, asume con el 45 % o, al menos con el 40 % de los votos válidos emitidos (arts. 94 a 98 CN) y el Poder Legislativo Nacional, o Congreso Nacional, que representa al pueblo todo de la Nación y a las autonomías políticas (arts. 45 y 54 CN); en tanto es el presidente quien negocia y firma tratados y el Congreso Nacional quien los aprueba para luego ratificarlos el presidente de la Nación como jefe de Estado. A ello se suma que, al ser un Estado federal, la Constitución Nacional establece un orden de prelación de normas federales (art. 75, inc. 22 y 24 CN) y de estas por sobre el ordenamiento jurídico Provincial y Municipal (arts. 5 y 31 de la CN).

El artículo 1 de la Constitución Nacional establece la organización federal del estado y el artículo 31 de la misma, que es

la cláusula árbitro federal, determina que la normativa federal prevalece sobre la provincial, la municipal y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Todo ello está reforzado por el artículo 5 de la CN y el Título Segundo de la Segunda Parte de la Constitución Nacional. En conjunción con el artículo 31 de la CN, el artículo 75, incs. 22 y 24, determinan el orden de prelación de las normas federales entre sí, estableciendo, en el tema de este trabajo, que todos los Tratados, Pactos y Convenciones tienen una jerarquía superior a las leyes del Congreso Nacional, así como también tienen esa jerarquía las normas derivadas de los mismos.

A su vez, el citado inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional eleva a jerarquía constitucional varios tratados, exclusivamente los de derechos humanos, tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.<sup>1</sup> También, el mismo inciso 22 autoriza al Congreso Nacional a elevar a jerarquía constitucional otros Tratados sobre Derechos Humanos, con *quorum* agravado de ambas cámaras del Congreso, que así lo ha hecho, en 1997, elevando a jerarquía constitucional la Convención

---

1 Art. 75, inc. 22 CN. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;<sup>2</sup> en 2003, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad;<sup>3</sup> en 2014, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;<sup>4</sup> y, en 2022, la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores.<sup>5</sup>

En conclusión, este Bloque de Constitucionalidad, conformado por la Constitución Nacional y los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, prevalece por sobre todo el ordenamiento jurídico nacional, provincial y municipal, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Luego, hay otros pactos, tratados y convenciones, más documentos y pronunciamientos derivados de ellos, con jerarquía infraconstitucional, pero supralegal respecto de las leyes del Congreso Nacional (incs. 22 y 24 del art. 75 CN).<sup>6</sup> Reitero que, aunque infraconstitucionales, son supralegales y conforme el artículo 31 de la CN de aplicación preferente por los regímenes autonómicos del Estado federal. Ese orden de prelación de normas debe ser observado con

---

2 La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue aprobada por Ley n.º 24.556, del 13 de septiembre de 1995. Ratificada el 28 de febrero de 1996. Adquiere jerarquía constitucional por Ley n.º 24.820, el 30 de abril de 1997.

3 La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por la Ley n.º 24.584 y elevada a jerarquía constitucional por Ley n.º 25.778 del 20 de agosto de 2003.

4 Aprobada por Ley n.º 26.378. El 19 de noviembre de 2014, el Congreso de la Nación aprobó la Ley n.º 27.044, que otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

5 La Convención Interamericana Sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores fue aprobada por la Ley Nacional n.º 27.360 el 9 de mayo de 2017 y elevada a jerarquía constitucional el 30 de noviembre de 2022 por Ley Nacional n.º 27.700.

6 Art. 75, inc. 24 CN: «Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes».

preferencia a la normativa jurídica, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

Asimismo, disponemos de un sistema de Control de Constitucionalidad Jurisdiccional difuso, por lo que todos los jueces de los 25 poderes judiciales del país (1 nacional, 23 provinciales y 1 de CABA), de todos los fueros y de todas las instancias, deben efectuar el Control de Constitucionalidad de oficio, el cual incluye, por supuesto, el de Convencionalidad de Normas Jurídicas y actos de los otros poderes del Estado. Los efectos de ese Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en el Sistema Argentino no tienen efectos derogatorios de las normas jurídicas, pero sí la inaplicabilidad de las mismas al caso concreto y la posibilidad de disponer de acciones u omisiones, es decir, órdenes de hacer o no hacer, respecto de la situación concreta, a fin de salvaguardar el principio de Supremacía Constitucional y Convencional, de modo que prevalezca el derecho subjetivo consagrado en esta normativa jerárquicamente superior.

En dicho contexto y en lo que respecta a los Sistemas de Derechos Humanos antes referidos, es de aplicación obligatoria y preferente a cualquier normativa doméstica de rango inferior, en los términos de los artículos 31 y 75, incs. 22 y 24, de la CN, todo el *Corpus Iuris* que los integra, es decir, no solo el texto de los Pactos, Convenciones y Tratados, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus opiniones consultivas, declaraciones, etc., y los informes, recomendaciones y resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que incluso puede dictar medidas cautelares, como también los pronunciamientos, recomendaciones e informes de los organismos de Naciones Unidas. Esta afirmación se deriva del párrafo del inc. 22 del artículo 75 de la CN que dice «en las condiciones de su vigencia», párrafo que ha sido entendido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que alude

a la interpretación que hacen los organismos internacionales del *Corpus Iuris* de los sistemas internacionales de Protección de los Derechos Humanos, porque guarda relación con el sometimiento de Argentina a la Jurisdicción Internacional. Esto se refiere a que los pactos y convenciones aprobados y ratificados deben ser aplicados conforme lo interpretan los tribunales y organismos internacionales. Los documentos dictados posteriormente, como consecuencia de ellos, deben ser observados con la misma fuerza vinculante por todos los órganos estatales.

Fue esta la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, incluso con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, en la causa «Ekmedjian» de 1992. Fue reiterada a poco de sancionada la reforma, en los casos «Girolodi», «Café La Virginia», «Bramajo», «Walter Bulacio» y «Santillán», y mantenida en fallos posteriores como «Arancibia Clavel» y «Simón» y otros, a poco de incluirse el texto en la reforma constitucional de 1994, jurisprudencia pacífica y reiterada hasta la fecha por la Corte Suprema.

## 2. JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Como consecuencia de todo lo expuesto hasta aquí, con relación a la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Control de Convencionalidad Difuso y especialmente la reforma Constitucional de 1994, se han operado importantes cambios en el Derecho argentino en general y han surgido obligaciones jurisdiccionales en todos los fueros, como lo es la necesidad de Juzgar con Perspectiva de Género. Es esta la cuestión que abordaré en el presente trabajo: la obligación jurisdiccional de contemplar la perspectiva de género en toda la actividad judicial. De esta manera, la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) tiene jerarquía constitucional, y la

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer «Convención De Belem Do Para» tiene jerarquía superior a las leyes nacionales, aunque infraconstitucional. En consecuencia, en la actividad estatal y en las relaciones particulares deben considerarse esta normativa internacional y los documentos derivados de ambas convenciones.

A mayor abundamiento, nótese que en la Carta Democrática Interamericana de la OEA, del 11 de septiembre de 2001, aparece como un elemento esencial de la democracia la igualdad en el goce de derechos y la promoción de los derechos humanos, especialmente la no discriminación por ninguna causal, entre las que se enumera la prohibición de discriminación por cuestiones de género para el goce de los derechos en las democracias

La Carta sostiene que la democracia es y debe ser la forma de gobierno compartida por los pueblos de las Américas, y que ella constituye un compromiso colectivo de mantener y fortalecer el sistema democrático en la región.<sup>7</sup>

A su vez, en lo que respecta a la relación de las personas con los sistemas judiciales de Iberoamérica, debe tenerse en cuenta el documento denominado «Las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad», documento que, sin ser un tratado, constituye un compromiso institucional de los Poderes Judiciales de promover reformas legislativas, reglamentarias, procedimentales, edilicias, etc. para facilitar el acceso a la jurisdicción de sujetos vulnerables. En este documento internacional, confluyen los estándares mínimos del ejercicio del Derecho de Acceso a la Jurisdicción en condiciones de igualdad, emanados del *Corpus Iuris*

---

7 Carta Democrática Interamericana  
<https://www.google.com/search?q=carta+democr%C3%A1tica+interamericana+de+la+oea&oq=carta+democr%C3%A1tica+interamericana+de+la+oea&aqs=chrome...69i57.14745j0j7&>

de los dos Sistemas Internacionales a los que pertenece la República Argentina, el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos (ONU) y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (OEA).

Nos encontramos en un problema referido a la sustentabilidad filosófica de la Democracia si más de la mitad de la población, constituida por mujeres, no goza de iguales derechos que los varones, en tanto se ve afectado el principio de igualdad real de trato y de oportunidades. Ante situaciones de desigualdades, aparece el poder judicial, o los diferentes sistemas de Justicia, como garante del principio democrático de igualdad. Resulta interesante desarrollar los lineamientos que Natalia Gherardi plantea en el Protocolo para Juzgar con perspectiva de Género. El Poder Judicial es garante del acceso a la justicia.

Así como durante siglos el derecho ha propiciado la subordinación de las mujeres frente a los hombres, hoy también puede ser un elemento emancipador. El Poder Judicial tiene responsabilidad de administrar justicia, evitando la incorporación y el fortalecimiento de estereotipos violatorios del principio de igualdad en sus acciones y decisiones judiciales. (Gherardi, 2018)

Los miembros del Poder Judicial, como actores involucrados en los sistemas de Justicia, ejercen poder sobre las personas y modifican sus vidas, por lo que en la actividad que despliegan deben incorporar la perspectiva de género.

En consecuencia, el derecho en general y los operadores jurídicos en particular, deben revisar los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y la ejecución del proyecto de vida de las personas. En ese derrotero, el trabajo del Poder Judicial debe estar dirigido a eliminar la desigualdad real en el goce de los derechos y

asegurar el acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad. Juzgar con perspectiva de género implica adoptar un enfoque de género en el proceso de juzgar, o de investigar o defender, impulsando criterios basados en el derecho a la igualdad real y a la no discriminación.

En lo que respecta a las mujeres, resulta necesario dar cumplimiento a los mandatos de la CEDAW, la Convención de Belém do Pará y las sentencias y recomendaciones de los organismos de derechos humanos, tales como las normas de la Constitución Nacional y de las Provincias.

La CEDAW, en el artículo 5, establece como obligación de los Estados partes:

modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

A su vez, la Convención de Belém do Pará, en el artículo 6, determina que «se garantiza el derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación», y su derecho a ser valoradas «libres de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación».

La Constitución de la Nación Argentina en el artículo 75, inc. 23, determina que corresponde al Congreso Nacional:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En la provincia de Corrientes, donde resido, la Constitución provincial en el artículo 45 establece:

El Estado (provincial) garantiza la igualdad real de oportunidades para mujeres y varones en lo cultural, económico, laboral, político, social y familiar; incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de las políticas públicas y estimula la modificación de los patrones socio culturales con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros. Reconoce el trabajo en el hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley.

En consecuencia, rigen en la República Argentina normas jurídicas positivas que establecen estándares internacionales y nacionales de protección de las mujeres y de sus derechos: la citada CEDAW- ONU (1979), como las Recomendaciones Generales del Comité CEDAW y el Protocolo Facultativo, aprobado por Ley Nacional n.º 26.171/2007; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará, OEA (1994); la Ley Nacional n.º 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (2009), Argentina; la Ley Nacional n.º 27.499, Ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (2018), Argentina.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), como se dijo, pertenece al ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, y fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/12/1979. Entró en vigor en 1981 y fue ratificada por 189 países, entre ellos,

Argentina, en 1985, por Ley n.º 23.179. Su Protocolo facultativo fue ratificado por Argentina por Ley n.º 26.171 en el año 2007. Tiene jerarquía constitucional desde 1994, en virtud del artículo 75, inc. 22, párr. 2, CN. El órgano de control y seguimiento es el Comité de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Dicho Comité ha emitido, entre otras, la Recomendación n.º 19 en 1992, que establece como deber del Estado: «Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer» (art. 2, inc. f, CEDAW), como que: «Es indispensable la capacitación de funcionarios judiciales, agentes del orden público y otros funcionarios públicos para la aplicación efectiva de la Convención» (párr. 24, apart. B); la Recomendación General n.º 3 en 1987 que establece como obligación de los Estados miembros «Adoptar de manera efectiva programas de educación y divulgación que contribuyan a eliminar los prejuicios y prácticas corrientes que obstaculizan la plena aplicación del principio de igualdad social de la mujer».

Es de destacar la Recomendación General n.º 35 de 2017, que determina como responsabilidad del Estado: «La política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer es obligación de carácter inmediato, no se justifican demoras». (apartado III, párr. 21) y la adopción de medidas preventivas: «(...) Ofrecer (...) educación y formación obligatoria, periódica y efectiva a miembros del poder judicial, abogados, funcionarios, encargados de hacer cumplir la ley, personal médico forense, legisladores y profesionales de la salud (...)» (párr. 30. e).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belém do Pará, pertenece al ámbito interamericano OEA, fue aprobada por la Asamblea General

de la OEA en 1994. Entró en vigor el 28 de marzo de 1996 y ha sido ratificada por 32 de los 35 miembros de la OEA con excepción de Cuba, Canadá y Estados Unidos. Fue ratificada por Argentina en 1996, mediante la Ley Nacional n.º 24.632. Tiene en nuestro país jerarquía superior a las leyes del Congreso Nacional en virtud del artículo 75, inc. 22, primera parte. El órgano de control y seguimiento es MESECVI. Los órganos encargados de su interpretación y aplicación son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Establece, por primera vez, como Derecho Humano el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. Y como deber del Estado: «Adoptar, por todos los medios apropiados políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer» (art. 7); «Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer» (art. 8, inc. c).

En el orden nacional, la Ley Nacional n.º 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales y su Decreto Reglamentario n.º D. R. 1011/20, define la violencia y la discriminación contra las mujeres en los artículos 3 inc. a y 4, respectivamente. En el Título II referido a las Políticas Públicas, establece los principios rectores y los lineamientos básicos para las políticas estatales y acciones prioritarias, que deberán desarrollar los Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo Nacional – PEN. Se otorga competencia al Consejo Nacional de la Mujer (INAM)

para brindar capacitación permanente, formación y entrenamiento a funcionarios públicos, judiciales, fuerzas policiales, de seguridad y fuerzas armadas (art 9, inc. H). Esta ley es de orden público, no requiere adhesión de las provincias; sin embargo, todas lo hicieron, incluida la CABA.

También, rige la Ley Nacional n.º 27.499, sancionada el 19/12/2018 y publicada el 10/01/2019, de Capacitación Obligatoria en la Temática de Género y Violencia Contra las Mujeres, llamada «Ley Micaela», en honor a la joven Micaela García, víctima de un terrible femicidio, establece la capacitación obligatoria en materia de género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado. En cuanto a sus contenidos y objetivos, cabe resaltar que dispone la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres. Abarca los tres Poderes del Estado y se dirige a todas las personas que se desempeñan en la función pública, sin distinción de niveles o jerarquías. La capacitación es obligación de todas las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la ley. En caso de incumplimiento, la persona es intimada y su renuencia es considerada falta grave. La autoridad de aplicación es el Instituto Nacional de las Mujeres, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional.

### **3. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO O PATRONES SOCIOCULTURALES**

No obstante, los estándares antes señalados que emanan de la normativa citada se advierte la persistencia de estereotipos de géneros y patrones socioculturales en la actividad del Poder Judicial, que perjudica a las mujeres. Ello es así porque los estereotipos de géneros o patrones socioculturales sostienen los obstáculos para el acceso a la justicia y promueven la impunidad, lo que genera mayor violencia.

Por ello, es necesario incorporar la perspectiva de género: en el trabajo de quienes administran justicia y promueven las investigaciones y acciones penales (jueces, fiscales); en el trabajo de los litigantes (abogados y abogadas); en el trabajo de defensores y asesores de menores e incapaces; en el trabajo de los auxiliares del poder Judicial: policías, médicos, enfermeros, penitenciarios, peritos, etc.; en el trabajo de los empleados judiciales en general; para cumplir con el mandato constitucional y convencional de promover, respetar, proteger y garantizar el derecho a la Igualdad y a la No Discriminación consagrados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en general, y especialmente en las citadas convenciones referidas a la Discriminación y la Violencia contra las mujeres, como también en las Constituciones Nacional y Provinciales, y las leyes nacionales y provinciales sobre la materia.

Para comprender esta categoría de análisis que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género,<sup>8</sup> es necesario analizar conceptos claves que nos permitirán hablar de perspectiva de género y comprender que se hace alusión a una herramienta conceptual que busca mostrar que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no solo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos. Esos conceptos claves son sexo, género, roles de género o patrones

---

8 Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres | 22 de noviembre de 2018 <https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-la-perspectiva-de-genero-y-por-que-es-necesario-implementarla>

socioculturales, estereotipos de género, discriminación, violencia y perspectiva de género.

- **Sexo.** Se refiere a los atributos físicos. Es el conjunto de características biológicas que determinan si una persona es varón o mujer. Al nacer, a las personas se les asigna un sexo basándonos en estas características. No es modificable.
- **Género.** Lo que es culturalmente construido, las actitudes y roles sociales asignados en virtud del sexo. Se refiere a los aspectos socialmente atribuidos a un individuo. Es decir, es lo que las sociedades esperan que actúe, haga, piense alguien por ser varón o por ser mujer. Así se dice «los hombres no lloran», «las mujeres son compradoras compulsivas», «a las mujeres les gusta la ropa». Así, el género condiciona los roles, las posibilidades, las acciones, el aspecto físico y la expresión de la sexualidad de las personas. Es modificable.
- **Roles de género o patrones socioculturales.** Las funciones y comportamientos que hombres y mujeres deben tener en una sociedad determinada: mujer: madre – honesta – casta, hombre: trabajador – fuerte – seductor.
- **Estereotipos de género.** Creencias sobre las características de los roles típicos que los hombres y las mujeres deben tener y desarrollar en la sociedad: superioridad del hombre, sumisión de la mujer. Estereotipar es un proceso mental para organizar y categorizar información recibida con la finalidad de simplificar su entendimiento.

¿Cuándo son problemáticos los estereotipos? Para el Derecho, un estereotipo es problemático cuando: niega un derecho o beneficio, impone una carga diferenciada; margina a la persona; vulnera su dignidad. Se pueden señalar diferentes tipos de estereotipos de género.

**Estereotipos de sexo:** son aquellos centrados en los atributos, y las diferencias físicas y biológicas existentes entre hombres y mujeres; por ejemplo, considerar que los hombres son más fuertes físicamente que las mujeres. Esta construcción cultural llevó a un trato diferenciado e injustificado, estableciendo, por ejemplo, límites *de facto* y *de iure* para que las mujeres realicen solo determinados trabajos y no otros.

**Estereotipos sexuales:** se basan en las características o cualidades sexuales que son o deberían ser poseídas por hombres y mujeres, respectivamente, así como la interacción sexual entre ambos. Esto lleva a concluir, por ejemplo, que la sexualidad de las mujeres está relacionada con la procreación, exclusivamente, y entonces el trato diferenciado injustificado puede llevar a resoluciones judiciales basadas en la figura de la buena madre o que el Estado prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo.

**Estereotipos de género:** están referidos a patrones de comportamiento y de interrelación social, familiar y laboral muy enraizados, crean relaciones de dominación y los efectos se potencian cuando mayor es la situación de vulnerabilidad de quien es sometido a este tipo de prácticas.

**Estereotipos sobre roles sexuales:** se fundan en el papel o comportamientos que son atribuidos y esperados de hombres y mujeres a partir de construcciones culturales y sociales, o bien sobre su físico, por ejemplo, en las familias, los hombres deben ser proveedores primarios y las mujeres quienes cuiden a los hijos, a los enfermos y ancianos o realicen labores domésticas. El trato diferenciado injustificado hace que códigos, leyes e interpretaciones judiciales distribuyan deberes y obligaciones, asignando a los hombres la administración de los bienes y a las mujeres los deberes de cuidados.

**Estereotipos compuestos:** son estereotipos que interactúan con otro estereotipo de género. Atribuyen características y roles a diferentes

subgrupos de mujeres. Por ejemplo, las mujeres solteras o las mujeres trans no son buenas madres. El trato diferenciado injustificado se refleja, por ejemplo, en negar los tratamientos de fertilización asistida a las mujeres solteras o negar la posibilidad de adopción a las mujeres trans.

Estereotipos de derechos y deberes: la mujer tiene un rol reproductivo, pertenece al espacio doméstico, tiene trabajo no remunerado, está asignada al servicio y cuidado de las personas, se halla en una situación de subordinación. El hombre tiene un rol productivo, se desempeña en el espacio público, tiene trabajo remunerado, representa el poder, la responsabilidad, la autoridad y la dominación. El trato diferenciado, discriminatorio e injustificado se refleja en las posibilidades de acceder al empleo, a la educación, a la participación en la toma de decisiones, en la participación política, en el acceso a cargos públicos.

Estos estereotipos se reflejan en las ideas sobre justificación de la violencia contra las mujeres e impactan negativamente en las políticas públicas, en las decisiones judiciales, en las reglamentaciones estatales, además de influir en las relaciones interpersonales. Generan discriminación, conducta prohibida por las normas jurídicas. Hay casos de discriminación directa o por objeto en las normas que excluyen directamente a un grupo, que generan distinciones, por ejemplo, las que establecen distinta edad para contraer matrimonio o limitaciones para volver a contraer matrimonio luego del divorcio, solo aplicables a las mujeres. Hay casos de discriminación indirecta o, por resultado, son aquellas cuya aplicación afecta desproporcionadamente a un grupo determinado, por ejemplo, la obligación de cumplir con cierta acumulación de antecedentes profesionales durante la edad reproductiva para acceder a ciertos cargos. Es el caso de la carrera judicial, de la carrera académica, etc.

La discriminación y la violencia contra las mujeres se hallan prohibidas objetivamente. La Ley n.º 26485, en el artículo 4, define de este modo a la violencia:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes y por particulares.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón. A su vez, la discriminación contra la mujer es definida como toda distinción, exclusión o restricción basada en motivos de sexo, género, preferencias sexuales, edad, discapacidades, condición social, condición de salud, religión, opiniones, estados civil, raza, origen nacional, posición económica, o cualquier otra condición social que tenga por objeto o por resultado impedir, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o cualquier otra.

La perspectiva de género permite detectar cuando un trato diferenciado es ilegítimo y cuando, el trato diferenciado es necesario para lograr la igualdad real. En el caso de las mujeres, niñas y adolescentes, permite meritarse objetiva y razonablemente si se impone un trato preferente y prioritario.

- Deconstruye la falsa dicotomía basada en los cuerpos de las personas.
- Permite visibilizar la asignación social, diferencia de roles y tareas en virtud del sexo, género, identidad de género o preferencia sexual.
- Revela las diferencias en oportunidades y derechos que se siguen de esa asignación social diferenciada de roles.
- Pone en evidencia las relaciones de poder originadas en esas diferencias.
- Identifica las vinculaciones entre cuestiones de género, raza, religión, edad, condición social, etc.
- Se pregunta por el «impacto diferenciado» de las leyes y de las políticas públicas basadas en estas asignaciones de roles y de poder.

Podemos hacer algunas conclusiones: el trato igual entre iguales lleva a la presunción de legitimidad de la acción que contempla la norma o la decisión judicial. Ante un igual trato entre desiguales, hay una presunción de discriminación en el resultado del trato. El trato desigual entre iguales hace presumir la discriminación en el trato. Si hay un trato desigual entre desiguales, hay presunción de distinción y, por lo tanto, de legitimidad de la acción.

¿Cómo valorar la legitimidad de la acción? A partir de su objetividad y razonabilidad. ¿Cómo valorar quienes son iguales y quienes no lo son? Detectando con un enfoque de derechos humanos y de autonomía de la persona, el papel que juegan las categorías sospechosas a partir de cuestiones estructurales y de contexto. Aquí es muy importante tener en cuenta la interseccionalidad, entendido como la sumatoria de vulnerabilidades o situaciones estructurales o naturales que agravan la condición de una persona frente a la sociedad, o frente al

Estado o frente a terceros, por ejemplo, ser niña, indígena, analfabeta; ser mujer, pobre y violentada. A veces se habla de transversalidad.

El Comité CEDAW, en la Recomendación General 28, en el párrafo 18, expresó:

la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida que a los hombres. Los Estados Partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal.

En la Recomendación General n.º 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, en el párrafo 12, se expresa:

Las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta u otros factores. Esa discriminación puede afectar a estos grupos de mujeres principalmente, o en diferente medida o en distinta forma que a los hombres. Quizás sea

necesario que los Estados Partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene.

La Ley n.º 26485, en el artículo 7, referido a los preceptos rectores a observar en el diseño de las Políticas Públicas, en el inciso d, dispone: «La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas, así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios». ¿Qué determina que existe o no discriminación? La afectación injustificada y desproporcionada en el ejercicio de un derecho.

#### 4. CÓMO JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Existen principios aplicables: igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los DD. HH.

Se debe justificar el uso de las normas que brinden mejor protección a las personas que se encuentran en situación de desigualdad estructural (varón-mujer; niña-adulto; víctima-autor). Hay que poner de manifiesto lo problemático que resultaría la aplicación de criterios que no tengan en cuenta la igualdad real o material. Hay que disponer la reparación del daño. Para ello, se deben formular estos interrogantes: ¿qué medidas podría tomar la sentencia o el dictamen para revertir las asimetrías y desigualdades que causaron daños?; ¿se tomó en cuenta la voluntad de la víctima?; ¿hay un daño colectivo?; ¿es posible repararlo?

El Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de México,<sup>9</sup> brinda herramientas

9 «Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad». Suprema Corte de Justicia de México 2.º ed., 2015. <http://187.174.173.99:8080/leyes/protocolos/3.pdf>

útiles dirigidas a tal fin. Señala para ello etapas o instancias que deben sucederse con la aplicación de la perspectiva de género.

## **I. Cuestiones previas al proceso**

¿El caso requiere consideraciones especiales?

¿Medidas de protección? ¿La admisibilidad del asunto requiere análisis de género?

## **II. Determinación de los hechos e interpretación de la prueba**

1. ¿Cuál es el contexto en el que se desarrollan los hechos?

2. ¿Alguna de las personas involucradas se encuentra en situación de pobreza, marginación, vulnerabilidad o discriminación basada en el sexo, género o preferencia u orientación sexual?

3. ¿Entre las personas vinculadas al caso subyace una relación asimétrica de poder? ¿Cómo influye esto en la solicitud y valoración de las pruebas?

4. ¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de las llamadas «categorías sospechosas»?

5. ¿La persona pertenece a un grupo históricamente desaventajado?

6. ¿La persona presenta características que la exponen a una doble discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad? Por ejemplo, en un proceso de divorcio, ser una mujer indígena, o solicitar empleo siendo trans y estando embarazada.

7. ¿El comportamiento que se espera de las personas involucradas o de las víctimas en el caso obedece a estereotipos o a una de las manifestaciones del sexismo?

8. ¿La reacción esperada de la víctima cambiaría si se suplantara, por ejemplo, por un varón o una persona heterosexual? ¿Qué cambiaría en la expectativa de comportamiento de la persona si se asignara un rol estereotípicamente considerado como femenino? Por ejemplo, si fuera un hombre quien solicitara permisos laborales para ejercer su paternidad.

9. ¿Las personas están expuestas a discriminaciones múltiples? Por ejemplo, niña, pobre, abusada.

### **III. Determinación del derecho aplicable**

1. ¿Cuál es el marco jurídico de origen interno e internacional aplicable al caso?

2. ¿Existen resoluciones o sentencias de organismos internacionales que brinden argumentos para resolver el asunto en cuestión?

3. ¿Existen sentencias internacionales que deban ser atendidas en la solución del caso?

4. ¿Las observaciones generales de los comités de Naciones Unidas y los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aportan elementos valiosos para la resolución del caso?

5. ¿Cuál es la concepción de sujeto que subyace al marco normativo aplicable?

6. ¿La norma responde a una visión estereotípica o sexista del sujeto?

7. ¿Qué derechos constitucionales están en juego?

8. ¿Hay resoluciones de organismos internacionales que traten el tema?

9. ¿Hay sentencias, o recomendaciones especiales al país?
10. ¿Las normas aplicables responden a estereotipos sexistas?
11. ¿Cuál es la norma que mejor garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas alcanzadas por el proceso?
12. ¿Qué herramientas brinda el marco normativo aplicable para resolver las asimetrías de poder o desigualdad estructural?
13. ¿Hay acciones afirmativas disponibles? ¿El caso las amerita?
14. ¿La aplicación de la norma genera un impacto diferenciado para la persona y el contexto en el que se encuentra?
15. ¿Cuál es la norma que garantiza mejor el derecho a la igualdad de las víctimas o personas involucradas en el caso?
16. ¿Cuáles son las estrategias jurídicas con las que se cuenta para contrarrestar una norma discriminatoria por objeto o por resultado?
17. ¿El caso demanda la deconstrucción de un paradigma, concepto o institución jurídica? ¿En qué medida la sentencia puede hacerse cargo de ello?
18. ¿Cuáles son las herramientas que el marco normativo aplicable brinda para resolver las asimetrías en la relación, así como la desigualdad estructural de la que derivó el caso? ¿El caso amerita un trato diferenciado?

#### **IV. Argumentación Jurídica con Perspectiva de Género**

1. Aplicar los principios constitucionales de igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
2. Justificar el uso de la normativa que sea más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica de poder

o de desigualdad estructural. Esto implica no solo la cita de, por ejemplo, tratados internacionales, sino la expresión de las razones por las cuales hay que traerlos a cuenta al caso en concreto y la resolución del caso con base en ellos.

3. Interpretar de acuerdo con los nuevos paradigmas constitucionales que dejan en desuso criterios hermenéuticos como el de literalidad, jerarquía y especialidad.

4. Detectar lo problemático que puede resultar la aplicación de criterios integradores del derecho como la analogía, cuando no se toma en cuenta la igualdad formal, material y estructural.

5. Acudir a los análisis de género contenidos en sentencias de otros países y a doctrina sobre la materia.

6. Esgrimir las razones por las que la aplicación de la norma al caso en cuestión deviene en un impacto diferenciado o discriminador.

7. Evidenciar los estereotipos y los sexismos detectados en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y pretensiones de las partes, o en normas que podrían haber resultado aplicables.

8. Cuando sea necesario hacer un ejercicio de ponderación, tomar adecuadamente en cuenta las asimetrías de poder.

9. Exponer las razones por las que en el caso subyace una relación desequilibrada de poder y/o un contexto de desigualdad estructural.

10. Determinar la estrategia jurídica adecuada para aminorar el impacto de la desigualdad estructural en el caso específico.

11. Reconocer y evidenciar en los puntos resolutorios de la sentencia los sesgos de género encontrados a lo largo del proceso.

12. Eliminar la posibilidad de revictimizar y estereotipar a la víctima a través de los argumentos y de los puntos resolutive de la sentencia.

## V. Reparación del Daño

Los jueces deben realizar los esfuerzos necesarios para que las medidas de reparación integral obedezcan a un enfoque transformador, es decir, «contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes».

1. ¿El daño causado genera un impacto diferenciado a partir del sexo, género, preferencia u orientación sexual de la persona involucrada?
2. ¿Qué tipo de medidas de reparación pueden hacerse cargo de este impacto diferenciado?
3. Si fueron detectadas relaciones asimétricas de poder y condiciones de desigualdad estructural, ¿cuáles son las medidas que la sentencia puede adoptar para revertir dichas asimetrías y desigualdades?
4. ¿La medida de reparación se basa en una concepción estereotipada o sexista de la persona en cuestión?
5. A partir del daño causado, el sexo, el género y las preferencias u orientación sexual de la víctima, ¿cuáles son las medidas más adecuadas para reparar el daño?
6. En la definición de las medidas de reparación, ¿se tomó en cuenta el parecer de la víctima?
7. ¿Cuál fue el impacto del daño en los roles y responsabilidades familiares, laborales y comunitarios de la víctima? ¿Cómo puede subsanarse este impacto?

8. ¿Existió un «daño colectivo»? ¿Es posible repararlo?
9. ¿Se trata de un caso en donde el daño se produjo por pertenecer a un determinado grupo?
10. ¿La reparación se hace cargo de todos los daños detectados?

Juzgar, investigar y defender con perspectiva de género es un compromiso asumido por el Estado argentino a nivel internacional «que se concreta en el estándar denominado “deber de Diligencia”, cuyo incumplimiento puede ser considerado un acto ilícito». <sup>10</sup>

Por último, acercaré algunos ejemplos de sentencias del fuero penal dictadas con perspectiva de género en el Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, Argentina.<sup>11</sup>

- 01/08/2022, Sentencia 195. TRIBUNAL ORAL PENAL N.º 2 – Corrientes. Expediente PEX 231611/20 caratulado: M. R. A. P/HOMICIDIO DOBLEMENTE AGRAVADO POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y MEDIANDO VIOLENCIA DE GÉNERO EN CONCURSO REAL CON EL DELITO DE LESIONES GRAVES MEDIANDO VIOLENCIA DE GÉNERO. CAPITAL. En esta causa en que el condenado a prisión perpetua, apuñaló a su pareja y a la hija de esta, con resultado fatal para la primera y lesiones graves a la segunda; el TOP destacó que era evidente que el imputado no consideraba a la occisa una persona valiosa o una igual, sino que la cosificaba y por ello «decidió sacarse de encima a la víctima». En cuanto al elemento normativo del tipo objetivo (Violencia de género), tenía una relación

---

10 Pasten de Ishihara, G. M. (2021). Formación en Perspectiva de Género: ¿Capacitación obligatoria o Facultativa?, en la obra colectiva *Derechos Humanos y Colectivos Vulnerables*, p. 146. Edit. Contexto. Resistencia, Chaco, Argentina.

11 Véase <https://fallos.juscorrientes.gov.ar/com.fallos17u8.fallos>

con la víctima basada en una marcada desigualdad de poder, que afectaba su libertad en la esfera sexual, social y familiar. Tolerando ella los malos tratos recibidos para proteger a sus hijos, con una práctica sociocultural, en la cual el estereotipo otorga al hombre el rol de proveedor y a la mujer la de un objeto/medio complaciente de las demandas del varón.

- 06/06/2022. Sentencia 90. TRIBUNAL ORAL PENAL N.º 1 – Corrientes. PEX 222788/20. T. D. O. P./ LESIONES LEVES DOBLEMENTE AGRAVADAS, PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD GRAVADA, AMENAZA SIMPLE Y HURTO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA – CAPITAL. En un proceso donde el imputado fue condenado como autor material de los delitos de LESIONES LEVES DOBLEMENTE AGRAVADAS, POR EL VÍNCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO, PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA, AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO IDEAL, EN CONCURSO REAL CON EL DELITO DE AMENAZAS SIMPLES, los jueces destacaron la violencia psicológica ejercida contra su expareja, a través de amenazas, humillándola y denigrándola como mujer, a través de insultos, escupiéndole, privándole de su libertad por varias horas en su domicilio junto a la hija de ambos y agresiones físicas, manifestadas en golpes, tirándola del cabello, humillándola colocándola en un estado de vulnerabilidad. Sin lugar a duda, quedó demostrado de los hechos denunciados, episodios que denotan el círculo de violencia en que se encontraba inmersa la víctima, en el cual el imputado la situaba en un grado de desventaja y vulnerabilidad.

- 16/05/2022. Sentencia 84. TRIBUNAL ORAL PENAL N.º 1 – Corrientes. PEX 219378/20. «N. N. R. P. SUP. ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR EL ACCESO CARNAL HIPERAGRAVADO POR EL VÍNCULO Y POR HABER SIDO COMETIDO CONTRA UN MENOR DE DIECIOCHO AÑOS, APROVECHANDO LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE». Es un proceso en que el imputado fue condenado como autor de abuso sexual con acceso carnal agravado por vínculo (Padre en perjuicio de hija menor) y como delito continuado; los judicantes destacaron al abuso sexual como uno de los aspectos más graves de la violencia de género, por las graves secuelas, más aún si la víctima es hija del abusador, y al ser utilizada como un mero objeto de su deseo y pertenencia. Señalan la vulnerabilidad en su condición de niña, en un contexto de violencia de género que trascendió a toda la familia, al haber el imputado sometido también a su pareja y tres hijas, desmembrando finalmente a la familia. Traducido además en la pérdida de custodia de sus hijos, por parte de la pareja, incapaz de salir del dominio de violencia del imputado. Al imprimirle la condena, el tribunal asimismo ordenó que el imputado sea sometido a tratamiento psicológico-psiquiátrico.
- 13/04/2022. Sentencia 47. SECRETARÍA JURISDICCIONAL N.º 4 – Corrientes. PXT 19086/19 «CABRAL, CARINA ELIZABET POR SUP HOMICIDIO DOBLEMENTE AGRAVADO POR LA RELACIÓN DE PAREJA y POR ALEVOSÍA – SANTO TOME». En un proceso donde el Tribunal Oral Penal condenó a la actora a la pena de PRISIÓN PERPETUA, por considerarla autora penalmente responsable de los delitos de HOMICIDIO

AGRAVADO POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y ALEVOSÍA. El Superior Tribunal advirtió que el decisorio demuestra el androcentrismo del derecho: descartaron de plano que C. tuvo que soportar años la violencia del señor G., a quien no podía denunciar por miedo a las represalias, a perjudicarlo, a quien debía contentar y siempre estar dispuesta para satisfacer sus deseos y requerimientos de hombre. Entendió que se basó en prejuicios de sexo, guiando su razonamiento en base a estereotipos e ideas preconcebidas. Pudo ver que la imputada estaba sumida en un ciclo de violencia o de maltrato, razón por la cual redujo la pena a veinticinco años de prisión como autora materialmente responsable del delito de Homicidio Calificado por la relación de pareja atenuado por haber mediado circunstancias extraordinarias.

- 23/02/2022. Resolución 18. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Y CORRECCIONAL N.º 1 – Paso de los Libres. PXL 26575/20 «A. O. P/ SUP. HURTO SIMPLE Y LESIONES LEVES AGRAVADAS POR EL VÍNCULO P. LIBRES». En un proceso donde se dictó AUTO DE PROCESAMIENTO al señor O. A. por considerarlo *prima facie* autor penalmente responsable del delito de lesiones leves agravadas por la relación de pareja y por haber mediado violencia de género, ordenándose mantener las restricciones de acercamiento a la señora B. V. N. G. Se demostró que la víctima era controlada por el señor O. A., infundiéndole temor, provocado por celos desmedidos, manipulación, hostigamiento. El tribunal entendió que quedó demostrado con el grado de probabilidad que requiere esta etapa, el hecho materia de investigación como así también la autoría y responsabilidad de A., quien causó lesiones de carácter leve

a su pareja B. V. G., mediando violencia de género y en el marco de una relación de pareja.

- 19/11/2021. Sentencia 39. TRIBUNAL ORAL PENAL – Mercedes -LOF 649/4.«LEGAJO DE JUICIO EN LEGAJOS JUDICIAL 649/21 (LIF NUMERO 654/20-UFIC) – CURUZU CUATIA». En un proceso donde se DECLARA PENALMENTE RESPONSABLE al imputado E. G. R. de los delitos de DESOBEDIENCIA A UNA ORDEN JUDICIAL EN CONCURSO REAL CON LESIONES GRAVES AGRAVADAS POR LA RELACIÓN DE PAREJA Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO. Para apartarse del mínimo toma en consideración la gravedad del hecho, la acción sorpresiva desplegada contra su pareja mujer ante un ataque de celos. La conducta posterior, luego de ver el estado de su víctima ensangrentada la abandonó, así mismo consideró el daño causado que persiste al día de la fecha, con actitud de tensión e hipervigilancia con evitación de lugares en lo que pudiere cruzarse con familiares del agresor.
- 06/07/2021. Sentencia 596. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Y CORRECCIONAL N.º 1 – Paso de los Libres. PXL 25064/19.«M.J. M. P/ SUP. IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENOR CON PROGENITOR NO CONVIVIENTES P. LIBRES». En un proceso donde se le atribuye a la señora J. M. M. impedir el contacto de su hija menor con su progenitor no conviviente; el caso se resolvió, aplicando la perspectiva de género, considerando que se trata de un caso de vulnerabilidad absoluta por parte de la mujer aquí imputada. Ello por cuanto frente a la inminente posibilidad de persistir la violencia ejercida por el señor A.

M. M., la señora M. eligió su propia protección y la de sus hijos, evitando el contacto con su agresor. Se tuvo en cuenta que no existe mérito suficiente para proseguir la investigación respecto de la imputada pues –como ya se dijo– no existe prueba alguna que endilgue a la misma el delito analizado; y en resguardo al principio de inocencia y analizando las circunstancias con perspectiva de género, corresponde dictar el sobreseimiento a su favor de acuerdo con lo normado en el artículo 336, inciso primero, del Código Procesal Penal de la provincia de Corrientes.

- 29/03/2021. Sentencia 30. TRIBUNAL ORAL PENAL N.º 1 – Corrientes. LP6 161947/1. En un contexto de violencia familiar, una pareja de concubinos con una hija en común, donde la mujer sufría violencia física y psicológica por parte de su pareja sufriendo maltratos físicos, levantándole la mano, no dejándola dormir. Sometiendo a la víctima clasificándola, tomándola como pertenencia para no dejarla hacer su vida. Estando en juego la seguridad física y psíquica de la mujer. El tribunal lo condenó a la pena de dos años de prisión, de cumplimiento efectivo, dispuso que el condenado realice tratamiento psiquiátrico y/o psicológico en el hospital de Salud Mental «San Francisco de Asís» respecto de sus adicciones y el destinado para «hombres violentos».
- 04/03/2021. Sentencia 14. TRIBUNAL ORAL PENAL N.º 1 – Corrientes. PEX 147466 2016. «L. P. A. P/SUP. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO EN CONCURSO IDEAL CON CORRUPCIÓN DE MENOR AGRAVADO POR SER LA VÍCTIMA MENOR DE 13 AÑOS Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD. CAPITAL».

Son circunstancias graves en el hecho que cometiera, no solo la indeterminación de los actos sufridos a lo largo de seis años, la forma empleada para lograr el convencimiento de la menor quien respetaría al adulto que era garante de su cuidado y formación moral, él era la persona a quien primero amaría, respetaría y depositaría su confianza, y ella debió ser para él, la principal destinataria de sus deberes de cuidado como niña, hija y como mujer. Uno de los más crueles actos de violencia contra la mujer o de género lo es el abuso sexual, puesto que, aunque el resultado no sea la muerte o desaparición física de una mujer en manos de un varón, en una situación de superioridad física, psíquica o social, las consecuencias, las huellas indelebles que quedan en las niñas y adolescentes, que han sido sometidas como esclavas sexuales de un padre producen un daño de muy difícil o casi imposible reparación. Además, la desprotección materna, quien no le ha creído y la ha desamparado.

- 04/02/2021. Resolución 013. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Y CORRECCIONAL N.º 2 – Paso de los Libres. PXL 23192/18.«ROMERO JUAN ADRIÁN P/ SUP. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL APROVECHÁNDOSE QUE LA VÍCTIMA NO PUDO CONSENTIR LIBREMENTE POR ESTAR BAJO EFECTOS DEL ALCOHOL Y SUSTANCIA PROHIBIDA CALIFICADO POR RESULTAR UN GRAVE DAÑO EN LA SALUD MENTAL DE LA MENOR, EN CALIDAD DE AUTOR MATERIAL. En un proceso penal cuya calificación legal es ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL APROVECHÁNDOSE QUE LA VÍCTIMA NO PUDO CONSENTIR LIBREMENTE POR ESTAR BAJO EFECTOS DEL ALCOHOL Y SUSTANCIA

PROHIBIDA CALIFICADO POR RESULTAR UN GRAVE DAÑO EN LA SALUD MENTAL DE LA MENOR, EN CALIDAD DE AUTOR MATERIAL, en el marco de violencia de género, en razón de indiciarse acreditado que el imputado XXX en las circunstancias de tiempo, lugar y modo abonadas, abusa sexualmente con penetración, de la menor víctima XXX de XXX de edad, aprovechándose de que la víctima mujer no podía consentir libremente al hallarse bajo los efectos del alcohol y cocaína, lo que generaba una situación desigual de poder y tomando a la mujer como un simple objeto para satisfacer sus deseos libidinosos. Se resuelve PROCESAR a XXX D. N. I. N.º XXX; en calidad de autor material.

## REFERENCIAS

- Bender, D. B. (Coord.) (2013). *Vulnerables*. Obra Colectiva – FUNDEJUS. Edit. Lajouane.
- Bodelón, E. (2012). *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Ediciones Didot. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1ks0bk5>
- Fellini, Z. y Morales Deganut, C. (2018). *Violencia contra las mujeres*. Editorial Hammurabi.
- Figueroa, A. M. (2017). *El Derecho de Género. Violencia contra las Mujeres. Trata de Personas*. Edit. Ediar.
- Gherardi, N. (2018). *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*. Publicación de ELA. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.
- Paz, M. (Coord.) (2018). *Causas de Violencia de Género. Cuarto Informe Estadístico*. Editorial JUSBAIRES.

Suprema Corte de Justicia de México (2018). *Manual Impartición Interseccional de Justicia con Perspectiva de Género*. México-diciembre. <https://www.scribd.com/document/504054262/Manual-Para-Una-Imparticion-Interseccional-de-Justicia-Con-Perspectiva-de-Genero>

Tarditti, A., Altabe, M. H., Neiro de Jarma, G., Pepe, A., Dobarro, V. M., Pasten de Ishihara, G. M. (coord.) (2021). *Derechos Humanos y Colectivos Vulnerables*. Obra Colectiva –Publicación de AMJA– Asociación de Mujeres Jueces de Argentina- Edit. Contexto. Resistencia – Chaco – Argentina.

### **Financiamiento**

Autofinanciado.

### **Conflicto de interés**

La autora declara no tener conflicto de intereses.

### **Contribución de autoría**

Investigación, análisis e interpretación, redacción, aprobación de la versión final que se publicará.

### **Biografía de la autora**

Martha Helia Altabe es abogada y doctora en Derecho por la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE), Argentina. Es magíster en Derecho Procesal Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ), Argentina. Es jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la Provincia de Corrientes, Argentina. Es vicepresidenta primera de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina. AMJA (2019-2021 y 2021-2023). Es profesora titular por concurso de Derecho

Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, Argentina. Es presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional AA. DC. (2021-2023) y vicepresidenta del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. IIDC. Es coordinadora académica de la Diplomatura Judicial en Género de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Replicadora de los Programas de Género y Trata de Personas con fines de Explotación Sexual de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Es miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Integrante de la Cátedra Libre de Derecho Indígena «Dr. Ricardo Altabe», Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Es coautora de la Ley Orgánica del Ministerio Público vigente en la Provincia de Corrientes desde el 13.04.2000. Es capacitadora judicial de los Poderes Judiciales de Nación y de Provincias. Es directora y evaluadora de tesis doctorales, especializaciones y maestrías. Es autora de libros y trabajos científicos publicados en el país y en el extranjero. Es jurado técnico de Consejos de la Magistratura de las Provincias de Chaco y Misiones, Argentina.

**Correspondencia:** marthaaltabe@yahoo.com.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 9, julio-diciembre, 2024, 133-160

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1042>

## Derecho penal y protección de datos personales

---

Criminal Law and Personal Data Protection

Direito penal e proteção de dados pessoais

**ZULEYMI VELASCO PÉREZ**

Universidad Interamericana de Panamá  
(Ciudad de Panamá, Panamá)

Contacto: [zuleymi@velascoperez.com](mailto:zuleymi@velascoperez.com)  
<https://orcid.org/0009-0007-0256-6146>

### RESUMEN

El artículo analiza los antecedentes regulatorios de los datos personales en el sistema jurídico panameño; se lleva a cabo un estudio legislativo comparativo en materia de derechos digitales en Latinoamérica, así como de la problemática de la violencia digital, los tipos penales y todo lo relacionado con el derecho de acceso a la justicia en este ámbito. Como aporte, el trabajo examina las raíces sociales del problema y propone una explicación contemporánea, clara y un enfoque práctico para la aplicación de los derechos de las personas titulares de los datos personales y sensibles. Asimismo, se hacen definiciones conceptuales que permitan identificar los elementos que construyen el vínculo entre

los derechos inalienables, las nuevas tecnologías y la justicia penal, y se exponen las diferentes corrientes jurisprudenciales en Panamá en relación con el derecho penal y la protección de datos personales.

**Palabras clave:** tecnología; derecho penal; datos personales; derechos digitales; violencia digital; acceso a la justicia; jurisprudencia.

**Términos de indización:** tecnología; derecho penal; identidad; protección de datos; violencia; derecho a la justicia; teoría legal (Fuente: Tesaurus Unesco).

### ABSTRACT

The article analyzes the regulatory background of personal data in the Panamanian legal system; a comparative legislative study is carried out on digital rights in Latin America, as well as the problem of digital violence, criminal types and everything related to the right of access to justice in this area. As a contribution, the work examines the social roots of the problem and proposes a contemporary, clear explanation and a practical approach for the application of the rights of the holders of personal and sensitive data. Likewise, conceptual definitions are made to identify the elements that build the link between inalienable rights, new technologies and criminal justice, and the different jurisprudential currents in Panama in relation to criminal law and the protection of personal data are exposed.

**Key words:** technology; criminal law; personal data; digital rights; digital violence; access to justice; jurisprudence; access to justice; case law.

**Indexing terms:** technology; criminal law; personal identity; data protection; violencia; right to justice; legal theory (Source: Unesco Thesaurus).

## RESUMO

Artigo analisa os antecedentes regulatórios dos dados pessoais no sistema jurídico panamenho; é realizado um estudo legislativo comparativo sobre o tema dos direitos digitais na América Latina, bem como o problema da violência digital, os delitos penais e tudo o que se relaciona com o direito de acesso à justiça nessa área. Como contribuição, o trabalho examina as raízes sociais do problema e propõe uma explicação contemporânea e clara e uma abordagem prática para a aplicação dos direitos dos indivíduos que possuem dados pessoais e sensíveis. Da mesma forma, são feitas definições conceituais para identificar os elementos que constroem o vínculo entre direitos inalienáveis, novas tecnologias e justiça penal, e são apresentadas as diferentes correntes jurisprudenciais no Panamá em relação ao direito penal e à proteção de dados pessoais.

**Palavras-chave:** tecnologia; direito penal; dados pessoais; direitos digitais; violência digital; acesso à justiça; jurisprudência; acesso à justiça; jurisprudencia.

**Termos de indexação:** tecnologia; direito penal; identidade; proteção de dados; proteção de dados; violência; direito à justiça; teoria jurídica (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 03/09/2024

**Revisado:** 06/09/2024

**Aceptado:** 17/12/2024

**Publicado en línea:** 28/12/2024

## 1. INTRODUCCIÓN

La normativa, en general, debe someterse a una cuidadosa reconstrucción para adaptarse al mundo moderno y sus avances tecnológicos, así como a las condiciones sociales actuales. Asimismo, se nos presenta un desafío importante al tener que revisar las medidas preventivas desde

las regulaciones civiles y administrativas, al tiempo que se establece un marco normativo actualizado con perspectiva digital y de género para fortalecer la función punitiva del derecho penal.

En esta entrega sobre Derecho Penal y Protección de Datos Personales, presentaré para el público lector los antecedentes jurídicos de la regulación de datos personales en la República de Panamá como una muestra de los avances legislativos en materia de derechos digitales en los países de América Latina. Me centraré en exponer a ustedes la problemática de la violencia digital, algunos tipos penales y los temas relacionados con el acceso a la justicia. A lo largo de este contenido, les propongo examinar con mis contribuciones las raíces sociales del problema, al tiempo que les ofrezco acompañarlos a adentrarse en una explicación contemporánea, clara y con enfoque práctico para la aplicación de los derechos de las personas titulares de los datos personales y sensibles que desarrollaremos en este documento. Para emprender este camino, es necesario definir algunos conceptos que nos ayudarán a identificar una serie de elementos que se relacionan y construyen el vínculo entre los derechos inalienables, las nuevas tecnologías y la justicia penal.

## **2. LOS DATOS PERSONALES, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD Y LA DIGNIDAD HUMANA**

En nuestros días, la información se recopila, circula, y distribuye de muchas maneras y a su alcance; la velocidad a la que viaja y el impacto que genera son considerablemente mayores que en épocas anteriores. Las distintas opiniones sobre la palabra información ya han sido analizadas desde distintas perspectivas, de las cuales Thompson (2008) formuló la siguiente definición: «La información es un conjunto de datos acerca de algún suceso, hecho o fenómeno, que organizados en

un contexto determinado tienen su significado, cuyo propósito puede ser el de reducir la incertidumbre o incrementar el conocimiento acerca de algo».

La información que conocemos se compone de diferentes tipos de datos, entre los que se encuentran los datos personales y los datos sensibles. Un dato personal es aquel que nos permite identificar a una persona natural o individuo de entre otros semejantes por medio de características como el número de identificación de la persona, su dirección de residencia o trabajo, su número de contribuyente, su imagen y su biometría. Foessel y Garapon (2006) comparten que «la biometría designa una tecnología de identificación y autenticación que consiste en transformar una característica biológica o de comportamiento en una marca numérica». Un ejemplo sería nuestras huellas digitales, un dato que es irrepetible y que nos brinda singularidad de entre otros individuos. Se entiende por dato sensible aquel que se refiere a los aspectos de identidad que podemos asignar a una persona determinada, cuya difusión puede provocar algún tipo de discriminación o desventaja según el contexto social; es decir, nuestra identidad incluye nuestras creencias religiosas y políticas, y también otros elementos identitarios como el sexo, el género y la identidad de género, la etnia, el historial médico o los antecedentes penales.<sup>1</sup>

Para América Latina, el Reglamento General de Protección de Datos,<sup>2</sup> mecanismo creado por la Unión Europea en el año 2016, también conocido como RGPD, sirve de antecedente para la formulación de nuevos mecanismos jurídicos que tienen como propósito

1 Véase <https://www.consulado.pe/es/panama/tramite/Paginas/Antecedentes-Penales.aspx>

2 REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

principal la protección de la persona natural en el ámbito del uso, tratamiento, transmisión y difusión de sus datos personales y sensibles. En Panamá, avanzamos un peldaño en este desafío hace apenas media década con la creación de la Ley n.º 81 del 26 de marzo de 2019, misma que entró en vigor a dos años<sup>3</sup> de su promulgación, en un esfuerzo por permitir a los sujetos regulados comprender y adecuar sus sistemas de protección a los nuevos requerimientos.

De acuerdo con la Ley n.º 81, los datos sensibles, como los que detallamos en párrafos anteriores, no pueden ser transferidos a terceros, con excepción de los casos que se listan a continuación:

- Que el titular haya autorizado de manera explícita, salvo en los casos que por ley no se requiera autorización.
- En los casos en que sea necesario para salvaguardar la vida del titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. La autorización debe ser otorgada por las personas a cargo del titular de los datos, acudientes, curadores o quienes ostenten la tutela.
- Cuando se trate de datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial y con autorización del funcionario competente.
- Aquellos en que se tenga una finalidad histórica, estadística o científica.

En aquellos casos en los que el consentimiento se aplique a datos personales sensibles o historial de salud, el consentimiento será previo, inequívoco y explícito. La razón de ser de los mecanismos de protección de datos personales es la salvaguarda de los derechos humanos en el

---

3 Panamá, 29 de marzo de 2021. A partir de hoy, Panamá cuenta con una ley de Protección de Datos Personales. <https://www.antai.gob.pa/ley-81-de-proteccion-de-datos-personales-entra-en-vigencia-en-panama/>

ámbito digital y como consecuencia de las nuevas tecnologías. Por eso, es fundamental entender la trascendencia y aceptar como sociedad que lo que acontece en el entorno virtual es real, ya que los perjuicios que se pueden ocasionar tienen repercusiones reales en el mundo físico y en la persona.

En adelante, nos enfocaremos un poco más en el respeto a la dignidad humana y a la privacidad de las personas. Para ello, explicaré los fundamentos legales que sustentan la ley de protección de datos personales de Panamá o Ley n.º 81 de 2019, comenzando por la Constitución Política panameña, con el objetivo de llevar al lector a la reflexión sobre el concepto de dignidad humana y su relación con los datos personales y sensibles, utilizando fuentes académicas y normativas.

La dignidad humana es un principio fundamental que reconoce el valor inherente de cada persona, sin importar sus características o circunstancias. Según Kant (1785/2005), la dignidad humana se basa en la capacidad racional de los seres humanos, que les permite actuar según su propia ley moral y no según impulsos externos. La dignidad humana implica el respeto a la autonomía, la identidad y la integridad de las personas, así como a su libertad de expresión, opinión e información. Estos derechos se ven afectados cuando los datos personales y sensibles de las personas son tratados de manera inadecuada, ilegítima o abusiva, vulnerando su privacidad y exponiéndolas a riesgos de discriminación, estigmatización, manipulación o daño moral (Ferrajoli, 2012).

Los datos personales son aquellos que permiten identificar o hacer identificable a una persona, como su nombre, dirección, teléfono, correo electrónico o número de identificación. Los datos sensibles son aquellos que revelan aspectos íntimos o delicados de la persona, como su origen étnico, religión, orientación sexual, estado de salud,

opiniones políticas o afiliación sindical. Estos datos merecen una protección especial, ya que su divulgación o uso indebido puede afectar gravemente la dignidad y los derechos fundamentales de las personas. Así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que reconoce el derecho a la vida privada y a la protección de los datos personales como parte de la dignidad humana (art. 12).

Por su parte, la Constitución Política de la República de Panamá<sup>4</sup> recoge a grandes rasgos lo que en la actualidad las nuevas regulaciones vienen a reforzar en materia de privacidad y protección de datos personales. En su capítulo primero, sobre las garantías fundamentales, podemos encontrar tres artículos dedicados a nuestro objeto de análisis.

El artículo 42 de esta carta fundamental establece lo siguiente:

**Artículo 42.** Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley.

Esta información sólo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley.

La ley de protección de datos personales de Panamá se basa en la lógica jurídica de la Constitución y desarrolla el concepto de consentimiento informado del titular de los datos de forma extensa. Así, establece que la responsabilidad de proteger estos datos recae en todas las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan bases de datos en el territorio nacional y que recolecten datos

---

4 Constitución Política de la República de Panamá con índice analítico <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/constitucion-politica-con-indice-analitico.pdf>

de cualquier tipo. Esto significa que si usted tiene en su ordenador una serie de datos estructurados de personas naturales para cualquier fin, usted es la persona que usa, trata y transfiere esos datos y debe garantizar los derechos de sus titulares según la norma. Si usted, como persona que maneja estos datos, recolecta información en su celular para cualquier propósito, esos datos personales y sensibles, también, están amparados por esta ley.

Seguidamente, la constitución expone en su artículo 43 lo siguiente:

**Artículo 43.** Toda persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos, siempre que ese acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por mandato de la Ley, así como para exigir su tratamiento leal y rectificación.

Entre el artículo 43 y el 44 de la Constitución Política de Panamá existe una relación de complementariedad y garantía. El artículo 43 reconoce el derecho de toda persona a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que se encuentre en bases de datos públicas o privadas, siempre que no esté restringida por ley. El artículo 44, por su parte, establece el derecho de toda persona a acceder, rectificar o eliminar su información personal que se recoja en bancos de datos oficiales o particulares que prestan servicios públicos o suministran información. Así, ambos artículos protegen el derecho de acceso a la información, pero desde diferentes perspectivas: el artículo 43 se enfoca en la transparencia y la rendición de cuentas de los entes públicos y privados que manejan datos de interés general, mientras que el artículo 44 se enfoca en la autodeterminación informativa y el control de los datos personales por parte de los titulares.

La Ley n.º 6 del 22 de enero de 2022<sup>5</sup> dicta normas para la transparencia, entre otras disposiciones, y desarrolla los conceptos de transparencia, información confidencial, información de acceso público e información de acceso restringido. Es un antecedente importante para el desarrollo de los principios de la ley de protección de datos de Panamá, ya que regula los conceptos de información confidencial, información de acceso público e información de acceso restringido, así como los procedimientos para solicitar, obtener y divulgar dicha información. La Ley n.º 6 de 2022, también, establece sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia y reserva de la información. De este modo, la Ley n.º 6 de 2022 se relaciona con el artículo 43 de la Constitución, al regular el ejercicio del derecho de acceso a la información de interés público o colectivo, y con el artículo 44, al establecer los límites y excepciones al acceso a la información personal.

**Artículo 44.** Toda persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.

Estos antecedentes sirvieron para dar origen al desarrollo de los principios de la ley de protección de datos de Panamá y su catálogo de derechos irrenunciables.

Principios generales de la ley:

1. Principios de Lealtad: No debe mediar engaño o falsedad, ni la utilización de medios fraudulentos para la obtención de dichos datos.

---

5 Ley de Transparencia de Panamá <https://www.antai.gob.pa/wp-content/uploads/2015/04/Ley-6-de-22-enero-2002.pdf>

2. Principio de Finalidad: Los datos deben ser recolectados con fines determinados y no podrán ser utilizados posteriormente para fines incompatibles.
3. Principios de Proporcionalidad: Los datos recolectados deben ser los adecuados y necesarios para el fin que se haya determinado.
4. Principio de Veracidad y Exactitud: Los responsables del uso, tratamiento y transferencia de los datos deben tomar medidas para mantener los datos actualizados y que el propósito de la recolección de estos se cumpla.
5. Principio de Seguridad de los Datos: Los responsables del uso, tratamiento y transferencia de los datos deben tomar medidas de índole técnica necesarias para garantizar su custodia, protección y seguridad.
6. Principio de Transparencia: La comunicación sobre el uso, tratamiento y transferencia de los datos debe ser en un lenguaje sencillo y claro para el entendimiento y comprensión del titular de los datos.
7. Principio de Confidencialidad: Todas las personas que intervengan en el tratamiento de los datos guardarán confidencialidad incluso tras la terminación de la relación entre el titular y el custodio de los datos.
8. Principio de Licitud: El fin determinado debe ser lícito y para que el uso, tratamiento y transferencia del dato personal sea lícito, se requiere el consentimiento previo, informado e inequívoco del titular.
9. Principio de Portabilidad: Derecho del titular a obtener del custodio responsable del uso, tratamiento y transferencia, una copia de sus datos en formato genérico y de uso común.

Derechos irrenunciables que tiene el titular de los datos personales:

Todos los titulares tienen derecho a conocer qué datos personales tiene el custodio o responsable, para qué son utilizados y las condiciones del uso que le da el sujeto regulado o responsable. Se trata del derecho de *Acceso*, que permite al titular conocer y obtener sus datos personales de dondequiera que se encuentren almacenados y conocer los fines con los que fueron recopilados.

Otro derecho irrenunciable es el de *Rectificación*, que permite al titular solicitar la corrección, modificación o actualización de su información o dato personal, evitando así que el responsable cuente con información desactualizada o inexacta.

Si la intención del titular es la eliminación de sus datos de la base de datos del responsable, estamos frente al derecho de *Cancelación*, también podría servir para eliminar solo aquellos datos que sean considerados irrelevantes, incompletos, desfasados, falsos o impertinentes, a juicio del titular con respecto a los fines de uso.

El derecho de *Oposición* permite al titular negarse a proporcionar sus datos personales o a que sean objeto de determinado tratamiento, así como a revocar su consentimiento para fines específicos.

Por último, se incluye el derecho de *Portabilidad*, cuyo formato o estructura sirve para ser operado por distintos sistemas o transmitirlos a otro responsable si quisiera el titular portarlos de una entidad responsable a otra, como sucede en los casos de los servicios de telecomunicaciones.

Se debe destacar que la norma panameña para protección de datos fue reglamentada por Decreto Ejecutivo 285 del 28 de mayo de 2021, dos meses después de su entrada en vigor. En dicha reglamentación se introdujeron conceptos como el de *autoridad de control*,

que corresponde a la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, ANTAI. Por otro lado, cuando la reglamentación alude a *reguladores*, se refiere a otras entidades de Estado que tienen la función de supervisar a los sujetos de sectores regidos por leyes especiales, tales como las entidades bancarias, empresas aseguradoras, agentes residentes, abogados, contadores, cooperativas de ahorro y crédito, y entidades del mercado de valores, entre otras muchas sujetas a la fiscalización y regulación por parte de cinco entidades de Estado para su licenciamiento o registro en los diferentes sectores, y para la prevención del lavado de dinero y otros delitos financieros.

Este aspecto es sumamente relevante, porque todas las entidades mencionadas anteriormente manejan y difunden una serie de datos personales y sensibles; cualquier intento de eludir responsabilidades en materia de protección de datos sería de alto riesgo para el titular. Este particular crea un hueco legal cuestionable en la normativa que cualquier persona en calidad de responsable o custodio de los datos podría aprovechar en perjuicio de los derechos del titular de los datos. En este punto, hemos abordado el marco jurídico aplicable al ámbito administrativo; sin embargo, al hablar de nuevas tecnologías, debemos considerar la exposición de los datos en medios digitales y electrónicos, la vulnerabilidad de la privacidad y de la intimidad de las personas. Por esta razón, para que examinemos el enfoque práctico, nos adentramos en algunos de los hechos denunciados en la República de Panamá que involucran el acoso digital, la revelación de datos personales no autorizados por el titular, la difusión de contenido íntimo y la comercialización con estos materiales que contienen información personal, íntima, sensible, y afectan la dignidad humana y el honor de las víctimas.

En estos casos se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales de las víctimas, que son personas que han sufrido algún tipo de daño o perjuicio causado por acciones u omisiones que atentan contra su dignidad, su integridad física o psicológica, su libertad, su

patrimonio o cualquier otro bien jurídicamente protegido (Benavente, 2012). Entre estos derechos se encuentra el derecho al honor, que consiste en el respeto y la consideración social que se tiene hacia una persona por sus cualidades morales, intelectuales o profesionales, y que implica el reconocimiento de su reputación y prestigio. El honor es un valor inherente a la persona humana y una manifestación de su dignidad, por lo que debe ser protegido frente a cualquier injerencia arbitraria o ilegítima que lo menoscabe o desprestigie (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995).

Cuando se difunde información personal, íntima o sensible sin el consentimiento de la persona afectada, se está vulnerando su derecho al honor, ya que se expone a la persona a la burla, el escarnio, el desprestigio o la discriminación por parte de terceros que acceden a dicha información. Además, se afecta la autoestima, la confianza y el bienestar emocional de la víctima, que se siente invadida, ultrajada y humillada. Esta situación puede generar consecuencias negativas para la salud mental de la víctima, como ansiedad, depresión, estrés postraumático, aislamiento social o incluso ideas suicidas (Gómez-Guadix, Almendros, Borrajo y Calvete, 2015).

## 2.1. Caso de Karen Peralta y seguridad informática

La presentadora de televisión, cantante y empresaria panameña Karen Peralta<sup>6</sup> fue víctima del delito de violación a la intimidad, perpetrado por personas que tuvieron acceso a las imágenes de video de las cámaras de seguridad de su residencia, y que, por medios digitales, divulgaron videos íntimos de la víctima. La víctima manifestó a medios y en su denuncia, que su hermana también había recibido amenazas previamente, un tipo de extorsión.

---

6 Véase [https://www.tvn-2.com/nacionales/sistema-vigilancia-hogares-seguro-karen-peralta-camaras-de-videovigilancia-seguridad-informatica-tvn-noticias-noticias-panama-delincuencia-videos-redes-sociales-ministerio-publico\\_1\\_2034013.html](https://www.tvn-2.com/nacionales/sistema-vigilancia-hogares-seguro-karen-peralta-camaras-de-videovigilancia-seguridad-informatica-tvn-noticias-noticias-panama-delincuencia-videos-redes-sociales-ministerio-publico_1_2034013.html)

## 2.2. Caso de colocación de cámaras en baños de Mujeres en el gimnasio privado Smart Fit, ubicado en El Cangrejo, Ciudad de Panamá

La nota periodística de Pablo C. Miranda<sup>7</sup> del diario *El Siglo de Panamá* detalla:

La Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (Antai), dio a conocer este jueves que se presentó una denuncia contra el gimnasio privado Smart Fit, ubicado en El Cangrejo, tras una denuncia interpuesta por una mujer que demostraban cámaras de videovigilancia dentro de los baños de damas.

Walter Rodríguez, director de Protección de Datos Personales de la Antai, señaló que se presentó una denuncia por la presunta violación de los datos personales y del derecho a la intimidad. «Hicimos una inspección ocular para poder determinar si los elementos probatorios que se encuentren validan la información que nos dio la denunciante para continuar con el proceso de investigación».

Detalló que, de acreditarse el hecho, las multas van de mil a 10 mil dólares, de acuerdo a la intencionalidad del agente que realiza el tratamiento. Además, podrían generarse otros hechos en materia penal. «Lo que vamos a denunciar es que nos muestre los protocolos de acceso a la información que tienen los videos de vigilancia y cómo se mantiene esta información que ha sido denunciada», Walter.

<sup>7</sup> Véase <http://elsiglo.com.pa/panama/diez-dolares-multa-podria-caer-gimnasio/24215794>

### 2.3. Caso Pinchazos

En otra nota del diario *La Estrella* con el titular: «Corte mantiene condena de 50 meses a Gustavo Pérez y Alejandro Garúz por caso “pinchazo”»<sup>8</sup> se detalla lo siguiente:

*La Corte Suprema de Justicia (CSJ) mantuvo la condena a 50 meses de prisión de Gustavo Pérez y Alejandro Garúz, exsecretarios del Consejo de Seguridad Nacional de Panamá, como cómplices primarios por la comisión del delito Contra la Libertad, en la modalidad de Inviolabilidad del Secreto y el Derecho a la Intimidad.*

Pérez y Garúz apelaron a la Corte la sentencia condenatoria dictada en primera instancia por el Juez Decimosexto de Circuito Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, Enrique Pérez, del 3 enero de 2019, y confirmada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, del 18 de febrero de 2020.

La Fiscalía Superior Especializada contra la Delincuencia Organizada del Ministerio Público (MP) logró que se negará el recurso de casación en nulidad de la condena.

Los hechos que dieron origen al caso Pinchazos se remontan al año 2009, cuando el gobierno del entonces presidente Ricardo Martinelli ordenó la compra e instalación de un equipo de espionaje telefónico y electrónico, con fondos públicos, para interceptar las comunicaciones de sus adversarios políticos, periodistas, empresarios, sindicalistas y activistas de derechos humanos. Por este caso, Martinelli fue juzgado y absuelto en 2019, aunque la fiscalía apeló el fallo. Pérez y

---

8 Véase <https://www.laestrella.com.pa/nacional/230313/corte-mantiene-condena-50-meses-gustavo-perez-alejandro-garuz-caso-pinchazo>

Garúz fueron los encargados de operar el equipo de espionaje desde el Consejo de Seguridad Nacional, según las pruebas presentadas por el MP. Ambos exfuncionarios han sido acusados de otros delitos relacionados con la seguridad del Estado, como la posesión ilegal de armas y la sustracción de documentos confidenciales.

#### 2.4. UCOC denuncia pinchazos en el Canal de Panamá

Con nota del diario *La Estrella*, en 2018, por Mileika Lasso,<sup>9</sup> detalla: «Los capitanes de remolcador presentaron una querrela penal contra tres directivos de la ACP por “intervenir sin autorización” diez líneas telefónicas».

Representantes de la Unión de Capitanes y Oficiales de Cubierta (UCOC) presentaron ayer una querrela penal ante la Comisión de Delitos Contra la Libertad, en la modalidad de inviolabilidad del secreto y el derecho a la intimidad, contra tres directivos de la Autoridad del Canal de Panamá (ACP). La querrela obedece a que el 27 de abril de 2018, los directivos ordenaron la intervención telefónica, sin previa autorización judicial, de diez líneas telefónicas de las oficinas de la UCOC, con el propósito de contar con dichos registros.

#### 2.5. Caso por lesiones personales, psicológicas, en perjuicio de la exprocuradora general de la Nación, Kenia Porcell

La Estrella de Panamá publicó<sup>10</sup> que «Un Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Panamá condenó al caricaturista Edunar».

9 Véase <https://www.laestrella.com.pa/economia/180713/ucoc-canal-panama-denuncia-pinchazos>

10 Véase <https://www.laestrella.com.pa/nacional/230804/tribunal-condeno-caricaturista-lesiones-psicologicas-perjuicio-exprocuradora>

La condena por lesiones psicológicas en perjuicio de la exprocuradora de la Nación, Kenia Porcell, fue dictada por un tribunal integrado por los jueces Fernando Basurto (presidente), Gloria González (relatora) y Roberto Tejeira (tercer juez).

Este juicio oral, que se desarrolló a puertas cerradas a petición del Ministerio Público, inició desde el pasado 2 de agosto y concluyó la tarde de este viernes 4 de agosto.

Durante el desarrollo del juicio se expusieron las distintas teorías del caso por las partes intervinientes, y posteriormente, se evacuaron las pruebas testimoniales, periciales y documentales aducidas para este juicio oral.

### 3. ¿QUÉ DICE LA NORMA PENAL PANAMEÑA AL RESPECTO?

La legislación penal<sup>11</sup> panameña en la actualidad no tipifica expresamente delitos como la violencia digital ni aquellos delitos perpetrados en el ciberespacio. No obstante, su artículo 166, tipifica el delito relacionado con el derecho a la intimidad y la violación de datos personales; se trata de la divulgación indebida de grabaciones o documentos sin autorización o consentimiento.

**Artículo 166.** Quien posea legítimamente una correspondencia, grabación o documentos privados y de carácter personal, no destinados a la publicidad, aunque le hubieran sido dirigidos, y los haga públicos sin la debida autorización y de ello resultara un perjuicio será sancionado con doscientos a quinientos días-multa o arresto de fines de semana. No se considerará delito la divulgación de documentos indispensables para la comprensión

---

11 Véase <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/codigo-penal-2016.pdf>

de la historia, las ciencias y las artes. Si media el perdón de la víctima se ordenará el archivo de la causa.

El proceso de denuncia contra el delito de violencia digital en Panamá por la exposición de materiales digitales con contenidos íntimos sin autorización de la persona involucrada puede variar dependiendo de las circunstancias específicas del caso. Una aproximación a la descripción general del proceso es la siguiente:

1. Recopilación de pruebas. Es importante que la víctima y su abogada o abogado defensor puedan recopilar todas las pruebas disponibles que respalden la denuncia, como capturas de pantalla, mensajes, correos electrónicos u otros registros que demuestren la existencia de la difusión no autorizada de los materiales íntimos.
2. Presentación de la denuncia. La denuncia debe ser presentada ante la Fiscalía de Atención Primaria, esto a falta de una instancia especializada en Delitos Relacionados con la Violencia de Género o Doméstica. Siempre es recomendable contar con el apoyo de un abogado por los desafíos que presenta la estructura jurisdiccional en la actualidad, para asegurar que la denuncia se presente de manera adecuada y se incluyan todos los detalles relevantes.
3. Investigación. Una vez presentada la denuncia, la Fiscalía llevará a cabo una investigación para recopilar pruebas adicionales y determinar la veracidad de los hechos denunciados. Esto puede incluir entrevistas a testigos, análisis forenses de dispositivos electrónicos u otras diligencias necesarias.
4. Medidas de protección. Durante el proceso de investigación, la persona afectada puede solicitar medidas de protección, como la prohibición de difusión de los materiales íntimos,

orden de alejamiento u otras medidas para salvaguardar su integridad y privacidad.

5. Juicio y sanciones. Si se determina que existe suficiente evidencia para sustentar la denuncia, el caso puede ser llevado a juicio. En caso de ser encontrado culpable, el responsable puede enfrentar sanciones penales de acuerdo con lo establecido en el Código Penal de Panamá.

Hay que tener en cuenta que cuando se difunden imágenes, videos o materiales con contenido íntimo de la víctima, que afecten a su honor y dignidad, no se debe confundir el delito de lesiones personales, que también puede ser psicológico, con el delito de violencia doméstica; aunque la invasión de la privacidad se haya producido en el ámbito doméstico o en el marco de una relación afectiva o de pareja cohabitando en un domicilio conyugal.

El Código Penal, en su Capítulo III, Delitos contra la Inviolabilidad del Secreto y el Derecho a la Intimidad, contiene una pena privativa de libertad en su artículo 164 relacionado con la inviolabilidad de la información. La misma establece lo siguiente:

**Artículo 164.** Quien se apodere o informe indebidamente del contenido de una carta, mensaje de correo electrónico, pliego, despacho cablegráfico o de otra naturaleza, que no le haya sido dirigido, será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.

Condición agravante:

Cuando la persona que ha cometido el delito obtiene algún beneficio o divulgue la información obtenida y de ello resulta perjuicio, será sancionada con dos a cuatro años de prisión o su equivalente en días-multa, prisión domiciliaria o trabajo

comunitario. Si la persona ha obtenido la información a que se refiere el párrafo anterior como servidor público o trabajador de alguna empresa de telecomunicación y la divulga, la sanción se aumentará de una sexta parte a la mitad.

Con las redes sociales y la monetización de contenidos es preciso tener en cuenta que la producción, comercio, publicidad, difusión, distribución de material pornográfico de personas adultas o mayores de 18 años no está singularmente considerada en la ley, no obstante, lo anterior, el artículo 184 del Código Penal hace referencia para cuando de menores de edad se trate.

**Artículo 184.** Quien fabrique, elabore por cualquier medio o produzca material pornográfico o lo ofrezca, comercie, exhiba, publique, publicite, difunda o distribuya a través de Internet o de cualquier medio masivo de comunicación o información nacional o internacional, presentando o representando virtualmente a una o varias personas menores de edad en actividades de carácter sexual, sean reales o simuladas, será sancionado con prisión de cinco a diez años.

#### 4. CONCLUSIONES

En este documento he expuesto cómo se han manifestado diferentes corrientes jurisprudenciales en Panamá en relación con el derecho penal y la protección de datos personales. A continuación, les presento un resumen para finalizar este escrito que espero les ayude a comprender mejor la situación actual en el contexto panameño.

En lo que respecta al Derecho penal, se ha evidenciado una mayor atención de los jueces y tribunales a la protección de los derechos fundamentales de los individuos en los casos que conocen. Se ha

mostrado una tendencia hacia la imposición de penas proporcionales y la valoración de circunstancias atenuantes y agravantes en la fijación de las condenas. Se ha reforzado en los procesos actuales la garantía del debido proceso y los derechos de defensa de los acusados. En relación con la protección de datos personales, hay más conciencia de la importancia de respetar la privacidad y la confidencialidad de la información personal del individuo. Los jueces y tribunales han interpretado y aplicado las disposiciones legales relativas a la protección de datos de manera más estricta. Se ha enfatizado la necesidad de contar con el consentimiento informado de los individuos para el tratamiento de sus datos personales y en la obligación de las entidades de tomar medidas de seguridad adecuadas para proteger dicha información. Recordemos que las corrientes jurisprudenciales cambian con el tiempo y que cada caso expuesto en este documento es único, por lo que el análisis de las necesidades de cada caso es de especial importancia en la estrategia de las abogadas y abogados que representen a las partes. Como una crítica a nuestro marco regulatorio en Panamá, me gustaría expresar en este trabajo que efectivamente existen algunos vacíos legales en relación con el delito de violencia digital, específicamente en lo que se refiere a la difusión de materiales digitales con contenidos íntimos sin autorización de personas adultas. Estos vacíos pueden obstaculizar la investigación y sanción de este tipo de delitos.

En Panamá, existen varias regulaciones que se aplican al contexto de la violencia de género en línea y la violencia digital. A continuación, detallo dos normas que no fueron desarrolladas en este trabajo:

- Ley n.º 82 de 2013. Esta ley establece medidas de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, incluyendo la violencia de género en línea.
- Ley n.º 61 de 2017. Esta ley establece el marco legal para la prevención, sanción y erradicación de la trata de personas

y el tráfico ilícito de migrantes. Si la violencia digital está relacionada con la trata de personas, esta ley puede ser aplicable.

Termino esta breve exposición señalando algunas estrategias de litigación oral que pueden ser pertinentes en la defensa de las víctimas de violencia de género en línea y violencia digital en el marco del proceso judicial panameño.

- Recopilación de pruebas. Es fundamental recopilar todas las pruebas disponibles que demuestren la existencia de la violencia de género en línea o la violencia digital. Esto puede incluir capturas de pantalla de mensajes, correos electrónicos, publicaciones en redes sociales, entre otros.
- Testimonios de testigos. Si es posible, se deben buscar testigos que puedan respaldar los hechos de violencia de género en línea o violencia digital. Estos testigos pueden ser personas que hayan presenciado los actos de violencia o que tengan conocimiento de estos.
- Peritajes técnicos. En casos de violencia digital, puede ser necesario contar con peritajes técnicos que demuestren la autenticidad de las pruebas digitales presentadas. Estos peritajes pueden ser realizados por expertos en informática o tecnología.
- Argumentación jurídica. Es importante contar con una sólida argumentación jurídica que sustente la defensa de las víctimas. Esto implica conocer y aplicar las leyes y regulaciones pertinentes, como la Ley n.º 82 de 2013 y el Código Penal panameño.
- Medidas de protección. Durante el proceso judicial, se pueden solicitar medidas de protección para garantizar la seguridad de las víctimas. Esto puede incluir órdenes

de alejamiento, restricciones de contacto o cualquier otra medida que sea necesaria para salvaguardar la integridad de la víctima.

Además de los aspectos legales, es necesario tener en cuenta otros aspectos que pueden facilitar el acceso a la justicia para las víctimas de violencia digital. Entre ellos se encuentran:

- **Sensibilización y formación.** Es importante sensibilizar y formar a los operadores de justicia, como jueces, fiscales y abogados, sobre las características y consecuencias de la violencia digital, así como sobre las normas y procedimientos aplicables. Esto puede contribuir a evitar la revictimización, la estigmatización o la minimización de los hechos.
- **Acompañamiento psicosocial.** Las víctimas de violencia digital pueden sufrir graves daños psicológicos y emocionales, como ansiedad, depresión, baja autoestima o aislamiento social. Por ello, es necesario brindarles un acompañamiento psicosocial adecuado que les permita afrontar el proceso judicial y recuperar su bienestar.
- **Redes de apoyo.** Las víctimas de violencia digital también pueden beneficiarse del apoyo de otras personas o instituciones que hayan vivido o conozcan la problemática. Estas redes de apoyo pueden ofrecer orientación, asesoría, información o recursos para ayudar a las víctimas a defender sus derechos.

## REFERENCIAS

Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información de Panamá (ANTAI). (n. d.). *Página principal*. ANTAI. <https://www.antai.gob.pa/>

- Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información de Panamá (ANTAI). (n. d.). *Dirección de Protección de Datos Personales*. ANTAI. <https://www.antai.gob.pa/direccion-de-proteccion-de-datos-personales/>
- Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información de Panamá (ANTAI). (n. d.). *Guía de Protección de Datos Personales*. ANTAI. <https://www.antai.gob.pa/guia-de-proteccion-de-datos-personales/>
- Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información de Panamá (ANTAI). (n. d.). *Guía para el tratamiento de datos personales, denuncia en caso de violencia de género en Internet*. ANTAI. <https://www.antai.gob.pa/wp-content/uploads/2023/06/GUIA-2-PARA-EL-TRATAMIENTO-DE-DATOS-PERSONALES-DENUNCIA-EN-CASO.pdf>
- Benavente Chorres, H. (2012). El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano. *Estudios constitucionales*, 10(1), 145-200. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82024258005>
- Ferrajoli, L. (2012). *El constitucionalismo entre principios y reglas*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-constitucionalismo-entre-principios-y-reglas/2015>
- Foessel, M. y Garapon, A. (2006). *Biometría. Las nuevas formas de la identidad*. Esprit.
- Gaceta Oficial Digital n.º 28743-A. (2019). Ley n.º 81 (26 de marzo de 2019) Sobre protección de datos personales. [https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28743\\_A/GacetaNo\\_28743a\\_20190329.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28743_A/GacetaNo_28743a_20190329.pdf)

- Gaceta Oficial Digital n.º 29296-A. (2021). Decreto Ejecutivo 285 del 28 de mayo de 2021 Reglamentación de Ley n.º 81 de Protección de Datos Personales. <https://www.antai.gob.pa/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=18076>
- Gámez-Guadix, M., Almendros, C., Borrajo, E., & Calvete, E. (2015). Prevalence and association of sexting and online sexual victimization among Spanish adults. *Sexuality Research and Social Policy*, 12, 145-154.
- Instituto Panamericano de Derecho y Nuevas Tecnologías (IPANDETEC). (2018). Privacidad Digital en Panamá. Financiado por Google Inc. bajo el programa de Google Policy Fellowship para América Latina. <https://www.ipandetec.org/wp-content/uploads/2018/12/IPANDETEC-Privacidad-Digital-en-Panam%C3%A1.pdf>
- Instituto Panamericano de Derecho y Nuevas Tecnologías (IPANDETEC). (2019). Estudio sobre Monitorio de Violencia de género en línea a candidatas de elección popular 2019 en Panamá. [https://www.ipandetec.org/wp-content/uploads/2019/12/MONITOREO\\_Panama2019.pdf](https://www.ipandetec.org/wp-content/uploads/2019/12/MONITOREO_Panama2019.pdf)
- Kant, I. (2005). Groundwork for the Metaphysics of Morals (T. K. Abbott, Trans.). En Hutchins, R.M. (ed.). *Great Books of the Western World 42*, 253-338. *Encyclopædia Britannica* (Original Work Published 1785).
- Ley n.º 82 (2013). Que tipifica el delito de violencia contra la mujer y establece medidas de prevención, protección y atención integral a las víctimas, y reforma artículos del Código Judicial, del Código Penal y dicta otras disposiciones. [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013\\_pan\\_ley82.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_pan_ley82.pdf)

- Ministerio Público de la República de Panamá (2016). Texto Único del Código Penal de la República de Panamá. <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/codigo-penal-2016.pdf>
- Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. La Convención Internacional de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-protection-all-persons-being-subjected-torture-and>
- Naciones Unidas (1991). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José.
- República de Panamá (2017). Decreto Ejecutivo n.º 100 de 20 de abril de 2017. Que reglamenta la Ley n.º 82 de 24 de octubre de 2013, que adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres y reforma el Código Penal para tipificar el femicidio y sancionar los hechos de violencia contra la mujer. <https://www.defensoria.gob.pa/wp-content/uploads/Decreto-Ejecutivo-No.-100-de-20-de-abril-2017.pdf>
- Thompson, I. (2008). Definición de información. <http://www.promonegocios.net/mercadotecnia/definicion-informacion.html>
- Unión Europea (2021). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales ya la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2016-80807>

## **Financiamiento**

Autofinanciado.

## **Conflicto de interés**

La autora declara no tener conflicto de intereses.

## **Contribución de autoría**

Investigación, análisis e interpretación, redacción, aprobación de la versión final que se publicará.

## **Biografía de la autora**

Zuleymi Velasco Pérez es una apasionada abogada y docente panameña con una dedicación inquebrantable al derecho de la empresa, el activismo en asociaciones de sociedad civil y la enseñanza del derecho de seguros, los derechos digitales y el cumplimiento normativo a nivel superior y ejecutivo. Su carrera profesional se ha construido sobre la base de la experiencia empírica y estudios en Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Interamericana de Panamá UIP. Posteriormente, apostando a su pasión por la investigación y la resolución de problemas, obtuvo un MBA en Negociación y Asesoría Gerencial con Especialización en Dirección Estratégica de la Universidad Latinoamericana de Comercio Exterior ULACEX. Entre otros estudios, cuenta con un Máster en Educación e Investigación y una Maestría en Cumplimiento Normativo, Transparencia y Buen Gobierno del Instituto de Estudios e Investigación Jurídica INEJ. En la actualidad, estudia un Doctorado en Administración de Negocios DBA en la Universidad ADEN y ocupa el cargo de Directora de Operaciones, liderando un equipo de profesionales dedicados a la excelencia operativa en el emocionante mundo del reaseguro.

**Correspondencia:** [zuleymi@velascopez.com](mailto:zuleymi@velascopez.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 9, julio-diciembre, 2024, 161-197

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1043>

## ¿Puede el género constituir una circunstancia modificativa en el derecho penal? Algunas reflexiones en torno a la práctica jurídica en el contexto español

Can Gender Constitute a Modifying Circumstance in Criminal Law?  
Some Reflections on Legal Practice in the Spanish Context

O género pode constituir uma circunstância modificadora no direito  
penal? Algumas reflexões sobre a prática jurídica no contexto  
espanhol

SANDRA LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ

Universidad Rey Juan Carlos

(Madrid, España)

Contacto: [sandra.lopezdezubiria.diaz@urjc.es](mailto:sandra.lopezdezubiria.diaz@urjc.es)

<https://orcid.org/0000-0002-5833-4375>

### RESUMEN

En el presente estudio se analiza si el género constituye una circunstancia modificativa en el derecho penal. Para ello, se toma como ejemplo el caso español, donde se ha evidenciado en las últimas décadas un cambio en la política criminal del Estado en favor de un derecho penal con perspectiva de género, específicamente en la violencia de género. En el artículo se concluye que el término de «violencia de género» resulta

adecuado por cuanto responde a la esencia de este fenómeno, cuyas particularidades han propiciado un gran impulso a su regulación en el ordenamiento jurídico español y en el contexto internacional. Con una política criminal de intolerancia ante las manifestaciones de este tipo de violencia se ha promovido una legislación con perspectiva de género que ha entendido adecuada la inclusión de una circunstancia modificativa agravante si los hechos delictivos se cometen de manera discriminatoria en relación con el género. De ahí que, del análisis sobre el fundamento de la agravante y las reflexiones sobre esta modificación, se valore positivamente su existencia. Sin embargo, el recurso al código penal no es nunca una solución por sí sola, máxime si el problema tiene una base social que debe ser abordada con políticas públicas integrales para atacar la raíz del problema social de la violencia de género.

**Palabras clave:** perspectiva de género; derecho penal; discriminación y violencia de género; política criminal; agravante.

**Términos de indización:** igualdad de género; derecho penal discriminación; violencia de género; prevención del crimen; procedimiento legal (Fuente: Tesouro Unesco).

### ABSTRACT

This study analyzes whether gender constitutes a modifying circumstance in criminal law. For this purpose, it takes as an example the Spanish case, where in recent decades there has been a change in the criminal policy of the State in favor of a criminal law with a gender perspective, specifically in gender-based violence. The article concludes that the term «gender violence» is appropriate because it responds to the essence of this phenomenon, whose particularities have led to a great impulse to its regulation in the Spanish legal system and in the international context. With a criminal policy of intolerance towards the manifestations of this type of violence, legislation with a gender

perspective has been promoted, which has considered appropriate the inclusion of an aggravating modifying circumstance if the criminal acts are committed in a discriminatory manner in relation to gender. Hence, from the analysis of the basis of the aggravating circumstance and the reflections on this modification, its existence is positively valued. However, recourse to the criminal code is never a solution on its own, especially if the problem has a social basis that must be addressed with comprehensive public policies to attack the root of the social problem of gender violence.

**Key words:** gender perspective; criminal law; discrimination and gender-based violence; criminal policy; aggravating factor.

**Indexing terms:** gender equality; criminal law; discrimination; gender-based violence; crime prevention (Source: Unesco Thesaurus).

## RESUMO

Este estudo analisa se o gênero constitui uma circunstância modificadora no direito penal. Para isso, toma como exemplo o caso espanhol, onde nas últimas décadas houve uma mudança na política criminal do Estado em favor de um direito penal com perspectiva de gênero, especificamente na violência de gênero. O artigo conclui que o termo «violência de gênero» é apropriado porque responde à essência desse fenômeno, cujas particularidades levaram a um grande impulso para sua regulamentação no sistema jurídico espanhol e no contexto internacional. Com uma política criminal de intolerância em relação às manifestações desse tipo de violência, foi promovida uma legislação com perspectiva de gênero, que considerou adequada a inclusão de uma circunstância modificadora agravante se os atos criminosos forem cometidos de forma discriminatória em relação ao gênero. Portanto, a partir da análise da base da circunstância agravante e das reflexões

sobre essa modificação, sua existência é valorizada positivamente. Entretanto, o recurso ao código penal nunca é uma solução por si só, especialmente se o problema tiver uma base social que deve ser abordada com políticas públicas abrangentes para atacar a raiz do problema social da violência de gênero.

**Palavras-chave:** perspectiva de gênero; direito penal; discriminação e violência baseada em gênero; política criminal; circunstância agravante; agravamento.

**Termos de indexação:** igualdade de gênero; direito penal; discriminação; violência baseada em gênero; prevenção de crimes; procedimentos legais (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 03/09/2024

**Revisado:** 06/09/2024

**Aceptado:** 11/12/2024

**Publicado en línea:** 28/12/2024

## 1. EL GÉNERO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR EN EL FENÓMENO DELICTIVO: LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Pese a que la concienciación actual sobre el fenómeno de la violencia de género como un problema público pudiera indicar que nos encontramos ante una cuestión novedosa de la sociedad actual, lo cierto es que esta violencia ha acompañado a toda la historia de la humanidad (De Miguel Álvarez, 2015, p. 45). Sin embargo, aunque las manifestaciones de esta violencia han sido numerosas y han estado presentes tradicionalmente en la vida de las mujeres, lo cierto es que se ha naturalizado hasta tal punto que no se ha atendido como un tipo de violencia real, al que hacer frente dada la grave vulneración de los derechos humanos más básicos de las mujeres que esta supone.

Muy al contrario, la demora en su atención ha protagonizado este ámbito, ya que no ha sido hasta una época muy reciente cuando la comunidad internacional, así como el derecho penal español, han reaccionado ante este fenómeno. Haciendo una mirada general al Derecho internacional se puede identificar un olvido patente, destacando un característico derecho internacional androcéntrico (Díez Peralta, 2011, p. 118) que obviaba cualquier atención —e incluso reconocimiento— sobre los derechos humanos de las mujeres y respaldaba, por tanto, las continuas vulneraciones de estos que eran sufridas por las mujeres, por el hecho de serlo.

Pese a la ausencia todavía hoy de un concepto asentado y unívoco, pues nos encontramos con multitud de términos que tienden a atender al mismo fenómeno —violencia de género, violencia contras las mujeres por razones de género, violencia machista, entre otros— lo cierto es que existe cierto consenso en cuanto a que nos encontramos ante un tipo de violencia donde el género adquiere un lugar protagonista. Así, el constructo social ha dotado de ciertos roles y estereotipos diferenciados a hombres y mujeres que se han traducido en diversos posicionamientos sociales, donde las mujeres han ocupado jerárquicamente los lugares inferiores. Con todo, se ha formado un sustrato cultural que promueve situaciones discriminatorias, basándose en el género y sustenta manifestaciones violentas de muy diversa tipología, desarrolladas en múltiples contextos —no solo en el ámbito de la pareja—.

Como se apuntaba, la terminología empleada en este fenómeno es numerosa y cada una tiene una connotación diversa. Si bien el término violencia de género sigue presentando críticas, lo cierto es que es el concepto que se ha asentado en el panorama legal español por cuanto ha permeado su uso internacional, en el ámbito nacional y también dado que se acude al término «género» para referirse a esta violencia, por cuanto es efectivamente el género el factor predominante de esta.

## 2. LA NECESIDAD DE INCORPORACIÓN DE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Una vez que se ha reparado en que el género constituye un factor fundamental de un tipo de violencia, única, que tradicionalmente se ha tolerado —cuando no respaldado— tanto por la comunidad internacional, como por el ámbito nacional español, resulta necesario valorar las herramientas preventivas y tratamentales para hacer frente a este fenómeno violento. Entre otras, el recurso legislativo es fundamental para identificar la vulneración de derechos observada y reprimir esta. Advirtiendo que es precisamente el género el que condiciona una mayor probabilidad de violencia y el que propicia unas particularidades propias de esta, no parece descabellado que la atención al fenómeno merezca una perspectiva de género que advierta las particularidades propias.

### 2.1. La influencia del Derecho Internacional

Antes de abordar el ámbito interno español, es conveniente atenerse al ámbito del Derecho Internacional, ya que su desarrollo normativo ha influido en la legislación española. Aunque es cierto, como se mencionaba, que se ha tendido a mantener una perspectiva androcéntrica, ajena a cualquier perspectiva de género, en las últimas décadas se ha experimentado un especial desarrollo en este ámbito. Pese a que abordar con detalle los numerosos instrumentos que afectan, de una u otra manera, al objeto de este texto, sería imposible, si conviene, hacer referencia a aquellos que se entienden más relevantes.

En primer lugar, se encuentra la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, a manos de Naciones Unidas, en 1979, dado que es el primer texto que reconoce la exclusión que tradicionalmente ha sido sufrida por la mujer. Así, se ha considerado un «referente principal» (Estévez Domínguez y Martín

García, 2018, p. 5) en materia de igualdad de género en el contexto internacional, constituyéndose como paso inicial en el camino de la protección de los derechos de las mujeres. No obstante, se ha criticado la ausencia de inclusión de la violencia como situación discriminatoria, cuestión que finalmente fue incluida en 1992, a raíz de la recomendación n.º 19 de la CEDAW. Igualmente, a través de su recomendación n.º 35 se complementó esta inclusión, profundizando en la responsabilidad que tienen los Estados parte en la prevención y represión de esta violencia, así como en la protección de las víctimas. Con ello, este texto, por vez primera, reconoce una tradicional discriminación de las mujeres que se traduce en una constante vulneración de derechos sufrida por estas, especialmente a través de manifestaciones violentas basándose en su género. Por tanto, se entiende aquí el inicio de la inclusión de «principios de género» (Engle, 2006, p. 72) que irían calando posteriormente en los siguientes textos.

Una vez que en 1979 se establece este punto inicial, se produce en la década de los 90 una proliferación de textos que abordan esta materia. Entre otros, destacan la Declaración y el programa de acción de Viena, así como la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, saliendo a la luz ambos textos en 1993. Con ellos, esta violencia en la que el género constituye un elemento definitorio se convierte en «categoría autónoma» (Orjuela Ruiz, 2012, p. 98), favoreciendo su comprensión a través de la identificación de sus múltiples manifestaciones, destacando especialmente la alusión a la violencia psicológica. Asimismo, gracias a estos textos, esta violencia se aleja de su comprensión «privada» para ocupar un espacio en las agendas políticas —en otras palabras, en el espacio público—, especialmente gracias al reconocimiento de posición activa de los Estados, que deben responsabilizarse en cuanto a la prevención de este fenómeno.

Pocos años más tarde, en 1995 y continuando con el camino avanzado en este campo, surgiría la Declaración y plataforma de acción de Beijing, siendo un texto que consolida los objetivos establecidos en la conferencia de las Naciones Unidas celebrada en esta misma ciudad. Este texto, considerado el primero en incluir una auténtica perspectiva de género en este contexto (Román Martín, 2016, p. 27) favorece la comprensión de esta violencia como única, valorando su mantenimiento a raíz de una socialización diferenciada entre hombres y mujeres que fortalecen escenarios de violencia basándose en el género. Con ello, es el primer texto de estas características que incluye el término «género» y lo aborda como elemento esencial de la violencia, advirtiendo la necesidad de un cambio estructural para una correcta prevención.

Con todo, la proliferación de estos textos ha posibilitado la consolidación en un documento que apuesta por una atención multidisciplinar; abordando las 4p (prevención, protección de las víctimas, persecución de los agresores y políticas coordinadas e integradas) y que constituye el primer escrito vinculante en esta materia. Este texto es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 2011, que es conocido generalmente como Convenio de Estambul. El documento presenta un amplio articulado que atiende al origen de la violencia de género, advirtiendo las particularidades propias que hacen que nos encontremos ante un fenómeno único que debe ser abordado de forma específica. Todo el articulado presenta un elevado interés, por cuanto aborda el fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar, atendiendo las 4p apuntadas anteriormente.

Sin embargo, las definiciones aportadas en su art. 3 destacan especialmente, por cuanto potencia el asentamiento de la conceptualización, favoreciendo una adecuada comprensión de la violencia, especialmente entendida como una nefasta consecuencia de los

roles y estereotipos asignados a hombres y mujeres que promueven situaciones discriminatorias y jerárquicamente desiguales. Además, en vinculación con el objeto del texto que estamos desarrollando en este capítulo, se debe destacar el art. 46, donde se señalan cuestiones que los legisladores de los Estados parte deben tener en cuenta como circunstancias agravatorias en sus ordenamientos internos. En este sentido, el legislador español en la reforma planteada en el año 2015 con la inclusión de la agravante de discriminación por género atiende a este art. 46, justificando la incorporación para dar pie a las obligaciones emanadas del Convenio.

Sin posibilidad de mayor profundización, se debe señalar que con este instrumento se afianzan los impulsos internacionales en esta materia, a través de un texto vinculante que, además, permite apuntalar la conceptualización del fenómeno (Truchero Díaz y Arnaiz, 2012, p. 126), y promover una mirada interdisciplinar. Con ello, el empuje internacional promueve que penetre en el ámbito nacional la atención por la protección de los derechos de las mujeres, reconociendo que han sido objeto de constantes vulneraciones y, consecuentemente, siendo necesarias reformas legislativas que atiendan este fenómeno.

## 2.2. La etapa previa: ausencia de perspectiva de género y reticencia a la regulación específica

Realizada una aproximación general al contexto del Derecho Internacional, es momento de centrar la mirada en el ámbito legislativo español, el cual, si bien se ha nutrido de la evolución internacional, también ha destacado por regulaciones adelantadas a su tiempo.

En este ámbito, lo cierto es que puede realizarse una distinción, especialmente en dos fases. La primera, se destaca por la ausencia de regulación específica, donde la posibilidad de legislar lo que se entendía como «ámbito privado» se transformaba en acalorados debates, protagonizados especialmente por la doctrina más arcaica, muy

reticente a la regulación. En esta etapa, los mayores avances se encaminaron hacia la tipificación de la violencia en el ámbito doméstico, de forma neutral, lo cual convivía con una regulación que, en términos generales, respaldaba una desigualdad tan patente que, en ocasiones, hasta promovía cierta violencia en el seno de la pareja —siempre que esta la ejerciera el marido sobre su esposa—. Con ello, esta etapa inicial era conformada por la pasividad, a la par que la justificación. No obstante, conforme avanzaba el movimiento feminista, las reformas legislativas se fueron sucediendo y, tras el paso inicial en 1989, con la creación del delito de violencia habitual en el ámbito familiar, la comprensión sobre la importancia del fenómeno y la necesidad de regulación en este contexto iban asentándose en la sociedad española, consiguiendo que este tipo de violencia adquiriera «una dimensión pública en el Estado Español» (Maqueda Abreu, 2009, p. 25).

En este contexto, se desarrollaron significativas críticas de parte de la doctrina que señalaba la inclusión únicamente como respuesta a presiones sociales, constituyéndose como mero Derecho penal simbólico (entre otras, Núñez Castaño, 2002, p. 52). Sin embargo, el paso del tiempo permite reafirmar que esta modificación penal supuso una auténtica transformación social y legislativa que no admitiría un paso atrás. Sin posibilidad de una profundización en torno a toda la evolución penal en esta materia, es destacable que en la reforma de 1989 no solo se incluyó el delito señalado, sino que se introdujeron significativas reformas, como la de la modificación del bien jurídico «honestidad» por «libertad sexual» en el ámbito de la violencia sexual. Asimismo, tras el paso inicial ofrecido, no se hicieron esperar nuevas reformas, como la constituida por la entrada en vigor del nuevo código penal de 1995, el cual revisó el delito de maltrato habitual, incluyendo una regulación más adecuada de la mano del nuevo art. 153 CP (Marzabal Manresa, 2015, p. 34), el cual, pese al

encomiable esfuerzo de mejora en su regulación, siguió manteniendo importantes dificultades en su aplicación. Como se señalaba, las modificaciones penales se fueron encadenando y pocos años más tarde, en 1999, se produjeron nuevas revisiones. Entre otras, se revisó el concepto de habitualidad en el maltrato, por cuanto su interpretación generaba significativos problemas prácticos y se incluye por vez primera la tipificación expresa de la violencia psicológica (Díez Ripollés, Cerezo Domínguez y Benítez Jiménez, 2017, p. 23) a la vez que ampliaba los sujetos pasivos del delito.

Este «permanente goteo de reformas» (al que aluden negativamente Díaz-Maroto y Suárez González, 2004, p. 21) continuó, sin un tiempo prudencial de espera que permitiera una valoración sosegada, lo que se tradujo en nuevas modificaciones en el año 2003. Entre otras cuestiones, se realiza una modificación en el art. 23 CP, sobre la circunstancia mixta de parentesco, permitiendo una aplicación más amplia (Magariños Yáñez, 2007, p. 106). Asimismo, se modifican los art. 153 y 173 CP para incluir una mayor respuesta ante lesiones y/o maltrato de obra que fuera del contexto afectivo serían consideradas de menor entidad en el art. 153 CP y ubicar el maltrato habitual en el nuevo art. 173 CP, con lo que se recoge, a partir de esta reforma, bajo los delitos contra la integridad moral, como era requerido por parte de la doctrina.

Como se señalaba, pueden observarse dos fases en el ámbito de la política criminal española en cuanto a la regulación de la violencia, donde el género constituye un elemento fundamental. Así, en esta primera se valora la transición desde una ausencia de regulación en el ámbito privado, hacia una etapa de numerosas reformas que, pese a las posibles críticas, deben valorarse positivamente por constituir el paso inicial en la regulación del ámbito «privado». Sin embargo, esta transición se ha realizado desde una perspectiva neutral, ajena a cualquier perspectiva de género. No obstante, la segunda fase no

tardaría en llegar y es a partir del año 2004 cuando se advierte la inclusión de un derecho penal sensible al género.

### 2.3. El punto de inflexión a través de la LO 1/2004

Como se apuntaba, es en el año 2004 cuando la Política criminal desarrollada hasta el momento protagoniza un giro esencial, en pro de la inclusión de una necesaria perspectiva de género con la cual el legislador atendió una realidad obviada tradicionalmente, como es la imposibilidad de abordar desde una perspectiva neutral una violencia que afecta de manera desproporcionada a las mujeres.

Así, con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género se incorporó al Ordenamiento Jurídico una norma que se ocupaba de esta violencia de forma multidisciplinar, consiguiendo, además, un asentamiento del concepto «violencia de género» que impregnó en la sociedad española, fomentando una auténtica sensibilización sobre este fenómeno. Uno de los aspectos más destacables de la ley es la adecuada contextualización que ofrece su objeto, donde señala que «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (...)\», enmarcando esta violencia como cúspide sustentada en un sustrato cultural que ofrece posiciones desiguales a hombres y mujeres basándose en el género, toleradas históricamente.

No obstante, la ley termina limitando el objeto a un contexto afectivo de pareja, dejando de lado cualquier tipo de manifestación de violencia que, pese a basarse en el género —entendiendo aquí como tal los diversos roles y estereotipos asociados a la mujer— se escape al ámbito de la pareja. Esta crítica, lejos de ser baladí, se traduce en numerosos problemas prácticos, como la desatención a otro tipo de víctimas de violencia de género que no se insertan en el marco de la pareja o la inadecuada comprensión de esta violencia, siendo todavía

confundida con la violencia doméstica (Queralt Jiménez, 2006). Pese a las diversas críticas que pueden establecerse sobre esta legislación, lo cierto es que supuso un hito para su tiempo, particularmente por la vocación transversal y multidisciplinar de su articulado. Así, en sus 5 títulos, más el título preliminar, contempla acciones de sensibilización, enumera amplios derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, crea instituciones estatales enfocadas en este ámbito, incorpora significativas reformas penales en la materia, así como crea juzgados específicos para este tipo de actos violentos. Sin embargo, aunque en su articulado también se aborden medidas educativas y atiendan cuestiones esenciales como la imagen de la mujer en la publicidad, entre otras disposiciones, lo cierto es que, en la práctica, el abordaje integral de esta violencia ha quedado relegado esencialmente a la atención penal y judicial.

En este contexto, fundamentalmente se han incorporado modificaciones en cuanto a los delitos de lesiones y malos tratos, así como amenazas o coacciones, no alejadas de las críticas por ser entendida, por parte de la doctrina, como una «regulación laberíntica» (Fuentes Osorio, 2013) sobre la cual se señalaban, incluso, posibles vulneraciones de principios esenciales del Derecho penal y de preceptos constitucionales, lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a tener que pronunciarse al respecto. Con todo, se podría hacer una extensa reflexión en torno a los numerosos aspectos positivos de esta ley, así como de aquellas cuestiones que necesitan ser revisadas, pero ello supondría desviarnos del objeto de este texto. Por tanto, únicamente hay que destacar que gracias a la incorporación de esta ley en el ordenamiento jurídico español se potenció una consolidación del concepto de violencia de género, una sensibilización sobre el fenómeno y el impulso necesario para la creación de políticas públicas con perspectiva de género.

## 2.4. Posteriores reformas y futuro penal sensible al género

Como se apuntaba, el año 2004 marca un innegable punto de inflexión en la materia, a partir del cual se ha desarrollado una política criminal sensible al género, en pro de una adecuada comprensión del fenómeno de esta violencia, entendiéndola ya como un problema público.

Por ello, si bien de forma más sosegada que en anteriores ocasiones, se han llevado a cabo diversas reformas que afectan al ámbito de la violencia de género. Entre otras, son destacables las desarrolladas por la LO 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica el código penal; así como la creación del Pacto de Estado contra la violencia de género, además de las últimas reformas llevadas a cabo en materia de delitos contra la libertad sexual, como la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual —así como la reforma operada por la LO 4/2023, de 27 de abril—.

Si bien son numerosos los cambios que afectan al ámbito de la violencia de género, se puede destacar especialmente la tipificación del *stalking* (art. 172 ter CP) y de los matrimonios forzados (172 bis CP), llevada a cabo en 2015. Asimismo, las modificaciones producidas en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, con significativas y polémicas reformas dada la revisión de los tipos penales para su inclusión bajo el término de «agresión sexual» a todo hecho producido sin el consentimiento de la víctima, centrando el núcleo del delito en la ausencia del consentimiento y eliminando la tradicional distinción entre abuso y agresión sexual que permanecía en el código penal español.

Asimismo, en los últimos tiempos se han establecido otras modificaciones, en sintonía con el avance social desarrollado gracias al impulso feminista, como la tipificación del «acoso callejero» a través de su incorporación en el art. 173.4, dentro de los delitos contra la integridad moral o la incorporación del delito de obstaculización del

ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (172 quater), entre otros.

Con todo, resulta innegable que en los últimos años se ha aprovechado el empuje iniciado en el año 2004, continuando con el desarrollo legislativo en esta materia. En definitiva, una vez que se ha advertido cómo el género constituye un factor esencial en un tipo de violencia que es ejercida, precisamente, basándose en los roles y estereotipos asociados a sus víctimas, el legislador no debe obviar esta particularidad de la violencia y, por tanto, cualquier aproximación a la misma debe atender una necesaria perspectiva de género, por lo que, sin duda, el futuro de la legislación penal seguirá siendo sensible al género.

### 3. LA DISCRIMINACIÓN COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA

En líneas precedentes se ha realizado una aproximación ante el desarrollo legislativo en esta materia. Como se ha apuntado, el año 2015 supuso una fecha significativa, produciendo numerosas reformas con carácter general en el ámbito penal español, pero también de forma particular en el contexto de la violencia de género. Entre otras, se produjo una modificación en el art. 22.4 CP, siendo este una circunstancia agravante por discriminación donde, a partir de esa fecha, se incluía la discriminación por género. Veamos esta cuestión con algo más de detenimiento.

#### 3.1. Aproximación inicial a la agravación discriminatoria

Como se apuntaba, fue en la reforma operada en 2015 cuando se incluyó el género como circunstancia que podría agravar la pena, atendiendo a que en el hecho se probara la existencia de una discriminación, basándose en el género de la víctima, en un intento de lograr una legislación penal más completa en el marco de la violencia de género. Sin embargo, la atención a motivos discriminatorios como

posible agravación no es una cuestión novedosa en sí misma, pues su origen lo encontramos en el mundo anglosajón, en los años setenta del siglo XX (Salec Gordo, 2017) incluyéndose en el ordenamiento jurídico español a partir de los años 80. Esta incorporación en el ámbito penal español se debía a la proliferación de una violencia generalizada con una acusada motivación discriminatoria, a raíz de los flujos migratorios vividos en España en esa época y el desarrollo de ideologías xenófobas que protagonizaban numerosos actos violentos contra la población inmigrante. Tras su incorporación en el art. 22.4 CP, lo cierto es que ha sufrido diversas modificaciones con objeto de adaptarse a nuevas corrientes de intolerancia observadas en el panorama español (Muñoz Conde, 2010, p. 491) sobre las cuales se exigía una respuesta más dura dada la vulneración del derecho a la igualdad de este tipo de actos.

En esta línea, es posible observar que nos encontramos ante un artículo en constante evolución, dada la relativamente reciente modificación, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, donde se incluyó la aporofobia o la exclusión social, como circunstancia discriminatoria, dando respuesta a las peticiones realizadas por parte de algunos autores (entre otros, Bustos, 2020). Pese a que pudiera parecer lo contrario, lo cierto es que este tipo de circunstancia modificativa no ha tenido una acogida pacífica. Al respecto, se han cuestionado diversos aspectos, entre los que destaca el debate sobre si la misma afecta a la culpabilidad o al injusto del hecho, siendo este debate de gran relevancia, por cuanto que, de apoyar la primera opción, se estaría valorando una vuelta al derecho penal de autor.

Sin embargo, esta postura debe ser negada, pues en ningún caso se castiga al autor por sus particularidades o ideologías, sino por un mayor injusto del hecho al encontrarse bajo su comisión motivaciones discriminatorias que vulneran el principio de igualdad, recogido en

España en la norma suprema, en el art. 14 de la Constitución. En otras palabras, penaliza en mayor medida una suerte de «criminalidad discriminatoria» (Morillas Cueva, 2015, p. 59), que incrementa el desvalor del hecho por basar su comisión en unas características del sujeto pasivo que son posicionadas como inferiores por parte del sujeto activo. Señaladas estas cuestiones, conviene atender a la redacción actual de la circunstancia modificativa agravatoria, incluida en el art. 22.4 del Código Penal español, que señala como circunstancia agravante:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Con ello, para no evadirnos del objeto de este texto, las siguientes líneas se centrarán en el género como circunstancia discriminatoria.

### 3.2. El género como circunstancia modificativa: la incorporación de la discriminación por razones de género

Anteriormente, se apuntaba a un cambio producido en las últimas décadas en la política criminal seguida por parte del legislador español en pro de un actual derecho penal con perspectiva de género, especialmente sensibilizado con la violencia de género. En este marco, se produce la inclusión sufrida con la LO 1/2015 del concepto «género» dentro de la agravante del art. 22.4, indicando el legislador en el preámbulo de la ley que esta modificación se justifica dada la ratificación del Convenio de Estambul y su alusión a que el género «puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias». Si bien nada de esto resulta erróneo, lo cierto es que cabe matizar que la ratificación del convenio no obliga, *per se*, a esta agravación en particular.

Al igual que otras modificaciones penales en la materia, esta novedad trajo consigo diversos debates en torno a la necesidad de incorporación de esta circunstancia. Por un lado, se encontraba parte de la doctrina que entendía adecuada esta inclusión (como San Millán Fernández, 2019; entre otros) dado que permitía ofrecer una respuesta más adecuada a las manifestaciones de violencia de género que no habían sido agravadas específicamente, pese a su relevancia, pues las tipificaciones expresas se habían limitado a lesiones, amenazas o coacciones, dejando de lado, entre otros, al homicidio o el asesinato, cuestión sobre la que se ha dicho que suponía una «incoherencia sistemática» (Rueda Martín, 2019, p. 24) que parecería resolverse con la posibilidad de aplicar una agravación genérica a cualquier hecho —exceptuando los ya tipificados expresamente—.

Sin embargo, pese al apoyo por un sector relevante de la doctrina, lo cierto es que, como se ha apuntado anteriormente, cualquier atisbo de reforma en el ámbito de la violencia de género y/o la igualdad de género suele suponer una ola de reacciones en contra, por lo que en este ámbito también surgieron voces discrepantes. Entre otras, aquellas que señalaban que las tipificaciones específicas realizadas eran por sí suficientes, sin necesidad de establecer una agravación genérica que, para ellos, suponía únicamente una reforma simbólica sin mayor trascendencia práctica (Borja Jiménez, 2015, p. 122). No obstante, cabe rechazar este planteamiento, por cuanto las tipificaciones expresas a las que se refiere este sector de la doctrina se limitan no solo a un tipo de hechos en concreto, sino a un tipo de relación como requisito *sine qua non* para su aplicación.

En otras palabras, las tipificaciones en materia de violencia de género producidas hasta el momento se limitaban al ámbito de la pareja, lo que en cierta medida colisiona con el articulado del Convenio de Estambul, el cual ofrece una conceptualización más amplia —y a nuestro juicio, más adecuada— de este tipo de violencia, entendiendo

por ella aquella que afecta de manera desproporcionada a las mujeres o que se produce sobre estas por el hecho de serlo. En definitiva, como ya se ha apuntado, atendiendo a la existencia del género como factor determinante en la violencia —independientemente del contexto en el que se produzca esta—. Con todo, la incorporación de esta circunstancia agravante permite una aplicación más completa y coherente con las demandas internacionales por cuanto complementa las tipificaciones expresas y permite una aplicación más dilatada, al posibilitar su uso en cualquier hecho delictivo, además de ante cualquier contexto, independientemente de la vinculación entre víctima y agresor.

No obstante, independientemente de la posición mantenida frente a esta modificación penal, sea la apoyada por el sector favorable a su inclusión, sea la contraria a esta, lo cierto es que su aplicación planteaba inicialmente algunos problemas prácticos que avivaban el debate. En esencia, se aludía a la complejidad requerida para probar una conexión entre un hecho en concreto y una motivación discriminatoria sobre la mujer —como colectivo— en base a su género. Si bien este cuestionamiento era acertado, en la actualidad, a través de una mirada a la jurisprudencia más reciente, es posible admitir que el grado de complejidad probatorio no es tan alto como se planteaba, no al menos en todos los casos. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

Asimismo, otros de los cuestionamientos sobre esta novedad se centraban en el posible solapamiento con otras circunstancias ya existentes en el ordenamiento jurídico español, como son la circunstancia mixta de parentesco, del art. 23 y la circunstancia agravante de discriminación por sexo, del art. 22.4. Sobre la circunstancia mixta de parentesco —esto es, aquella que permite agravar y/o atenuar la pena, según el delito cometido, si se produce entre sujetos vinculados por tal parentesco— lo cierto es que el debate por el solapamiento

fue rápidamente solucionado, por cuanto el fundamento de ambas circunstancias es diverso. En esta línea, la circunstancia mixta de parentesco tendía a aplicarse como circunstancia agravatoria de la pena en los supuestos de violencia de género producidos en el ámbito de la (ex) pareja. No obstante, esto respondería únicamente a una situación objetiva de vinculación, de parentesco entre los sujetos, pero abandonaría cualquier atención a situaciones discriminatorias y de dominación, basándose en el género que se encuentran en las manifestaciones de este tipo de violencia.

Asimismo, rechazar la incorporación de la agravación discriminatoria por género aludiendo a la existencia de esta circunstancia de parentesco obvia una cuestión relevante, como es que el parentesco, además de desatender motivaciones de género, no es aplicable en situaciones donde este vínculo no se encuentra presente —de forma lógica, pues carecería de sentido extenderlo a otros ámbitos donde precisamente el parentesco no tiene cabida—. Por tanto, en casos donde se produzca violencia basándose en el género en un contexto donde agresor y víctima no sean (o hayan sido) pareja, quedaría sin ningún tipo de respuesta —más allá de la del propio tipo penal—, pero sin advertir un plus de injusto producido por la producción de la violencia con relación al género de la víctima.

En definitiva, la coexistencia de la circunstancia mixta de parentesco, posibilitando agravar la pena en estas situaciones, con la circunstancia agravante de discriminación por género, resulta adecuada y no supone un solapamiento que vulnere el *non bis in idem*, como así lo confirma el Tribunal Supremo.

Entre otras sentencias, en la STS de 28 de mayo 2020 señala:

Con respecto a la compatibilidad entre la agravante de género con la agravante de parentesco, partimos en primer lugar de su distinto fundamento. En efecto, la primera tiene un matiz

netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención —manifestada por actos de violencia—, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo.

En la misma sentencia, concluye el tribunal que:

Es por ello que son compatibles, la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o expareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.

Por otro lado, dentro de las controversias planteadas en esta materia, también se aludía a la problemática de distinción entre la agravante de discriminación por sexo, con la de género recientemente incorporada. Al respecto, lo cierto es que la aplicación de la agravante de discriminación por sexo es, hasta la fecha, muy residual (Marín de Espinosa Ceballos, 2018, pp. 11 y ss.). No obstante, si bien los términos de sexo y género responden a una conceptualización diferente, es cierto que en el plano jurídico su distinción puede ser compleja.

En este ámbito, el Alto tribunal alude a la problemática en diversas sentencias. Entre otras, señala en la STS de 25 septiembre 2018 que:

es generalmente admitido que el sexo hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

Sin embargo, realmente no profundiza en cómo esa distinción, asentada socialmente, se diferenciaría con tanta claridad en el plano jurídico.

De la misma manera, en la STS de 15 enero 2019, afirma que «aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra». No obstante, al igual que en el supuesto anterior, defiende esa distinción sin señalar fehacientemente cómo se llevaría a cabo.

En la misma línea, en la STS de 26 febrero 2019 indica que:

el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado, pretende comunicar que no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad.

Como se apuntaba ya anteriormente, aunque resulte claro que terminológicamente estamos hablando de conceptos diversos, lo cierto es que, dada la vinculación actual de sexo biológico con género femenino en el ámbito de la desigualdad y discriminación de género tradicionalmente asentada y sufrida por parte de las mujeres, en su condición de mujeres, resulta complejo, en la actualidad, esta distinción en el plano judicial. Esto es así porque lo habitual es que se advierta una situación discriminatoria en base a roles donde el género y el sexo presentan una conexión directa (femenino/mujer), al vincular una construcción social —de género— al sexo biológicamente asignado. Por ello, en esta línea, distinguir jurídicamente cuándo una discriminación es sobre la base del sexo o sobre la base del género, cuando se produce esta conexión, resulta, hoy, complejo. Pero la distinción jurídica no es desacertada, por cuanto los avances sociales se encaminan hacia una mayor distinción entre ambos conceptos y, en efecto, ante mayor diversidad de estos. Así, la sociedad española comienza a respaldar la idea de que el sexo/género no es una cuestión dicotómica, existiendo diversos géneros —no limitados a lo femenino o lo masculino— y que estos no son directamente asignados por los genitales con los que se nace.

#### **4. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AGRAVANTE DISCRIMINATORIA POR GÉNERO**

Una vez que se ha realizado una aproximación al género como elemento fundamental en un tipo de violencia —de género— que requiere de una política criminal comprometida con su prevención y tratamiento, conviene atender cuál ha sido la aplicación jurisprudencial que se ha dado hasta el momento a una de las novedades introducidas recientemente por el legislador, como es la posibilidad de agravación de la pena en los supuestos en los que se produce una motivación discriminatoria de género.

Para ello, se tendrán en cuenta las sentencias en esta materia que han llegado al tribunal superior en el orden penal, es decir, el Tribunal Supremo, por cuanto sus decisiones ayudan a la interpretación y aplicación penal y, por tanto, condiciona los criterios interpretativos en el resto del orden penal, donde se atiende el grueso de los casos.

Analizadas las sentencias emitidas en esta materia por parte del Tribunal —siendo la primera vez que estudia esta agravante en el año 2018— lo cierto es que pueden extraerse algunas consideraciones en torno a su aplicación. En primer lugar, si bien la posibilidad de agravación aplicada a todos los hechos delictivos —salvo aquellos que han sufrido una tipificación expresa— era una de las posibilidades que introducía esta reforma, el estudio muestra que su uso se ha visto reducido, esencialmente, a los tipos de asesinato y/o homicidio, siendo el resto de los supuestos de aplicación muy residual. En concreto, sí se ha apreciado su aplicación en supuestos donde se han producido lesiones causantes de deformidad (STS 420/ 2018, de 25 de septiembre), así como coacciones recogidas en el art. 172.1 CP (STS 417/2022, del 28 de abril); agresiones sexuales —según la conceptualización anterior a la actual reforma producida en materia de libertad sexual—. (STS 99/2019, de 26 de febrero y STS 444/2020, de 19 de septiembre, STS 483/2021, de 3 de junio; STS 569/2021, de 30 de junio; STS 967/2021, de 10 de diciembre; STS 325/2022, de 30 de marzo; STS 794/2022, de 4 de octubre; STS 215/2022, de 10 de noviembre , apreciándose aquí también en el delito de coacciones), así como en un supuesto de revelación de secretos y de detención ilegal (STS 633/2022, de 23 de junio).

En definitiva, la aplicación de esta circunstancia se ha extendido especialmente en materia de delitos contra la vida como son el homicidio y el asesinato, pero se ha limitado la aplicación en otra materia. No obstante, se aprecia un incremento en su aplicación, especialmente en materia de delitos contra la libertad sexual, donde la sensibilización

ha crecido exponencialmente en los últimos años en España, advirtiéndose su manifestación como clara expresión de la violencia de género.

Por otro lado, cabe recordar que uno de los aspectos positivos que se advertía con la inclusión de este tipo de circunstancia se refería a la posibilidad de establecer una política criminal en materia de violencia de género más acorde a la conceptualización actual de este tipo de violencia, de carácter más amplio que el desarrollado hasta el momento por la ley integral desarrollada en España. Así, la limitación producida tradicionalmente en torno al ámbito afectivo de pareja se quebrantaba en pro de una posible aplicación ante manifestaciones de violencia que no se hubieran producido en este contexto, pero que sí fueran derivadas de un contexto discriminatorio por género.

Sin embargo, el estudio jurisprudencial nos permite advertir cómo, en la práctica, la aplicación de esta agravante se ve limitada esencialmente al ámbito de la pareja, quedando su aplicación a otros contextos de forma muy residual (esencialmente limitada a 3 casos estudiados en el ámbito del TS, siendo estos: STS 444/2020, del 19 de septiembre; STS 967/2021, de 10 de diciembre y STS 569/2021, de 30 de junio). En este campo, se debe destacar la STS 444/2020, de 19 de septiembre, por cuanto los hechos producidos son de carácter sexual y, además, se producen en el marco de la prostitución. Por tanto, produciéndose una aplicación tanto ajena al uso habitual en el marco de delitos contra la vida, como en un contexto ajeno a la pareja, más cuando este contexto se produce en el ámbito de la prostitución, siendo una clara manifestación de violencia de género. Además de las apreciaciones señaladas, gracias a las sentencias analizadas es posible valorar cómo el alto tribunal da respuesta a los cuestionamientos prácticos planteados por la doctrina —y apuntados anteriormente— como lo relativo a la complejidad de prueba de la discriminación, basándose en el género.

En este sentido, si bien la circunstancia todavía goza de relativa juventud, lo cual puede traducirse en cambios jurisprudenciales en un futuro, lo cierto es que contamos ya con criterios interpretativos importantes. Así, como ejemplo, en la STS 19 de noviembre de 2018 se indica:

En el caso enjuiciado, destaca el Tribunal «a quo» que la mujer era agredida constantemente por su pareja, lo que evidencia una posición de dominio, hasta el punto de que le había quitado la documentación, lo que entiende esta Sala Casacional que está referido a una conducta propia de dominación y machismo, con la finalidad de que no pueda circular con libertad sin su consentimiento o autorización, y si se marcha del domicilio le amenaza con divulgar fotos comprometidas de ella, lo que constituye un conjunto de actos de sometimiento psicológico para conseguir una posición de dependencia de la víctima sobre el agresor.

Por tanto, el Tribunal fundamenta la agravación en una serie de hechos objetivos que permiten probar una situación discriminatoria soportada por la víctima, a la cual se la ubicó jerárquicamente en una posición inferior, debido a su género. Atendiendo no solo al hecho en sí mismo soportado, sino al contexto en el que se desenvolvía —como la retirada de documentación o las agresiones continuadas— fundamenta adecuadamente el tribunal la existencia de un plus de mayor injusto que encaja con la agravación. De este modo, en la misma sentencia, se indica que este conjunto de hechos se traduce en la anulación de la voluntad de la víctima, siendo este «el fin directo de la reiteración de actos que tiene el desenlace con la tentativa de homicidio, y aparecen conectados todos los hechos declarados probados en ese ambiente de dominación y machismo del acusado».

Otro ejemplo lo encontramos en la STS del 25 de septiembre de 2018, donde el Alto Tribunal concluye defendiendo la aplicación de la circunstancia agravante, pese a la serie de sentencias contradictorias que se habían ido sucediendo en las esferas inferiores. En este caso, sin necesidad de acudir a actos previos o comportamientos durante la relación afectiva que mantuvieron al agresor y víctima, se consigue probar la situación discriminatoria por los actos acaecidos durante el hecho delictivo. En concreto, se señala en la sentencia cómo el acusado «le quitó a la víctima el móvil al estar ésta atendiendo el mismo, movido por los celos de que pudiese estar comunicando con otro hombre». Asimismo, alude a las expresiones que el acusado verbalizaba continuamente en el curso de la agresión, como «si no eres mía no eres de nadie» lo que expresa con claridad la motivación que hay detrás del hecho producido.

En esta misma línea, en la STS del 23 de enero de 2020, el Tribunal mantiene la aplicación de la agravante teniendo en cuenta mensajes enviados a la víctima, en los cuales el acusado sostiene una actitud reacia a la finalización de la relación entre ambos, pese a la decisión de la mujer de cesar en la misma. Asimismo, valora para la prueba la reacción agresiva desarrollada por parte del acusado en el momento en el que la víctima se negó a mantener relaciones sexuales con él, insatisfaciendo su deseo, lo que nuevamente es rechazado por parte del acusado. Por tanto, elementos que demuestran el carácter de dominio y posesión desarrollados por parte del acusado sobre su pareja, sin respetar su libertad de decisión y reaccionando agresivamente ante cualquier evasiva de esta, que fundamentan la mayor penalización de la conducta.

De la misma manera, en la STS del 28 de mayo de 2020, se enumeran una serie de actos realizados durante la relación mantenida entre agresor y víctima, como son el continuo control del teléfono

móvil de la mujer, cuestionamientos constantes sobre la forma de vestir, agresiones habituales en el curso de la relación, así como la verbalización de insultos hacia la mujer señalando que era una «guarra», una «zorra», que «no valía para nada», así como diversas amenazas con matarla. Este tipo de insultos se advierten en numerosas sentencias, acompañando otros hechos objetivos que permiten fundamentar la agravante estudiada. Entre otras, la STS del 27 de enero de 2021, alude a este tipo de improperios, además de otros actos relevantes. Así, señala el tribunal que:

los hechos tuvieron origen en su sospecha de que la víctima mantenía otra relación, así como en que, igualmente admitido por el acusado, la perpetración de los hechos dimana del intento de control posesivo de la víctima, por medio de su teléfono, como muestra de dominación sobre ella y objetiva la discriminación por su condición de mujer (...) despertó a la víctima diciendo que era una puta y que tenía otro hombre, exigiéndole que le diera su teléfono móvil, pidiéndole la clave cuando ella se lo entregó.

Con todo, a la luz de la jurisprudencia, puede observarse cierto patrón en la actuación de los acusados y, con ello, la identificación de ciertos actos objetivos que, en conjunto, posibilitan fundamentar esta agravación. Así, la preocupación planteada inicialmente sobre la dificultad probatoria de un aspecto subjetivo como es la motivación discriminatoria parece haber sido resuelta por parte del tribunal. No obstante, como puede observarse, en la mayor parte de las situaciones la capacidad probatoria deviene de la existencia de una relación previa, donde es posible obtener datos relativos al tipo de relación, mensajes existentes, conductas desarrolladas, testimonios de amigos/as y/o familiares, lo cual se ve significativamente limitado en aquellos

casos donde agresor y víctima no tienen una vinculación previa que posibilite la obtención de este tipo de datos.

En este sentido, el tratamiento de la violencia de género se ha enfocado tradicionalmente en el ámbito de la pareja, por lo que la identificación de actos que puedan advertir un sustrato cultural patriarcal en este contexto está más asentado, permitiendo un reconocimiento más atinado, aspecto que no se observa con el mismo acierto cuando las manifestaciones de violencia se producen en un contexto externo al de la pareja. Sin embargo, en la actualidad se está incrementando la sensibilización en torno a los delitos contra la libertad sexual y, especialmente, en su apreciación como manifestación de violencia de género al entenderse como ámbito donde la reproducción de roles y estereotipos de género ha sido una constante, con expresiones de relaciones de poder donde la mujer adquiriría un lugar de sumisión.

Por ello, pese al uso residual en contextos ajenos a la pareja, sí parece apreciarse un ligero incremento en su uso cuando nos encontramos ante delitos contra la libertad sexual, por lo que conviene atender a las justificaciones ofrecidas para su apreciación en estos casos, por cuanto pueden aclarar criterios aplicables a otros tipos. Anteriormente se aludía a las STS de 19 de septiembre de 2020, destacable especialmente tanto por el contexto en el que se produce —el ámbito de la prostitución— donde la violencia se extiende con significativa *permisibilidad* social, como por la aplicación en un delito contra la libertad sexual —y no contra la vida, como suele ser más habitual—. Con ello, atendiendo a la fundamentación ofrecida se puede aportar un ejemplo que quizás pueda aportar nuevas líneas interpretativas.

Así, el Tribunal señala:

el relato de hechos probados describe un acometimiento que va más allá de un violento ataque contra la libertad sexual con

penetración, para integrar además un acto de reafirmación de la superioridad del varón sobre la mujer, que es utilizada como si de un objeto se tratase. La expresión «te enteras ya cómo va esto» (que se expresa en la sentencia en sus hechos probados) tras la negativa a pagar los servicios contratados y haber propinado la primera bofetada a la víctima, es suficientemente reveladora del papel que el agresor asume como propio. A continuación, las reiteradas penetraciones anales y vaginales (hubiera bastado una para consumir el tipo), sobre una persona con la capacidad de reacción aniquilada, abundan en ello. Finalmente, el acto de humillación que supone que la eyaculación en la boca, seguido de un fuerte puñetazo, revelan que lo que el acusado protagonizó fue, no solo un delito de violación, sino la expresión de un acto de subyugación machista, ejemplarizador de la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal.

Por tanto, sin necesidad de encontrar hechos anteriores al acto en sí, el tribunal permite advertir una situación discriminatoria de género de las propias acciones desarrolladas en la comisión del delito. No obstante, como se apuntaba, la aplicación a otros contextos ajenos a la pareja resulta generalmente muy residual, por lo que es un ámbito donde debe realizarse una especial revisión para impedir que su uso se vea limitado únicamente al ámbito afectivo de pareja.

De continuar en esta línea, las posibilidades ofrecidas por la circunstancia agravante tenderían a perderse, encontrándonos nuevamente ante una respuesta penal incompleta frente al fenómeno de la violencia de género.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se ha valorado si el género puede constituir una circunstancia modificativa en el derecho penal, tomando como ejemplo el caso español.

Inicialmente, se ha partido de cómo el género constituye un factor condicionante de una violencia específica, que se traduce en un fenómeno con particularidades propias que, como tal, debe ser atendido. Pese a las diversas terminologías empleadas, en el panorama español se ha asentado el término de «violencia de género» como aquel que responde más adecuadamente a la esencia del fenómeno, por cuanto un sustrato cultural basado en una socialización de género diferenciada es la que propicia tradicionales situaciones discriminatorias que, en ciertos casos, se traducen en manifestaciones de violencia.

Con la identificación de esta violencia y de sus particularidades, se ha propiciado, en los últimos años, un impulso por una regulación, tanto internacional, como nacional, que atienda a este fenómeno. En este contexto, en pro de una política criminal de intolerancia ante cualquier manifestación de este tipo de violencia, se ha promovido en la actualidad una legislación con perspectiva de género que, entre otras modificaciones penales, ha entendido adecuada la inclusión de una circunstancia modificativa agravante si los hechos delictivos se cometen de manera discriminatoria, basándose en el género, la cual se ha incorporado al art. 22.4 CP.

Tras un análisis sobre el fundamento de la agravante y ciertas reflexiones sobre esta modificación, finalmente se ha podido valorar positivamente su existencia. Por un lado, porque con ella se abre la posibilidad de advertir una agravación a todos los hechos en los que se aprecie que el género ha sido un factor clave. Es decir, si bien tradicionalmente el legislador ha entendido que lo más adecuado es la creación de tipos específicos en ciertas conductas —esencialmente

lesiones, coacciones o amenazas— con esta fórmula se permite que, en cualquier caso, en el que se pueda probar la existencia de una discriminación, basándose en el género de la víctima, se pueda aplicar una circunstancia modificativa agravante. Por otro lado, dado que esta circunstancia se puede aplicar en cualquier contexto, independientemente de la existencia de una situación de pareja entre víctima-agresor. En este sentido, como se ha apreciado, el legislador español en la ley integral limita su aplicación al ámbito de las relaciones de (ex)pareja (sea matrimonio, pareja de hecho o noviazgo, en un sentido amplio) lo cual ha supuesto la ausencia de una atención realmente integral al fenómeno de la violencia de género, por cuanto quedan fuera de la ley aquellas mujeres víctimas de esta violencia que no tienen este tipo de relación con su agresor. Por tanto, con esta incorporación se produce, además, una implementación más adecuada del articulado del Convenio de Estambul, el cual no distingue víctimas en función del contexto en el que se encuentren, sino que, muy al contrario, requiere evitar un tratamiento diferenciado entre ellas.

Señaladas estas cuestiones, lo cierto es que, en la actualidad, pese a que sí se está produciendo una aplicación de esta circunstancia modificativa, lo cierto es que esta se está utilizando especialmente en delitos de homicidio y asesinatos, siendo su aplicación muy residual en otros delitos. Asimismo, pese a las posibilidades que brinda en contextos ajenos a la pareja, su aplicación tiende a ser en hechos donde entre víctima y agresor sí ha habido una relación de pareja previa, siendo escasos los supuestos donde se aplica sin la existencia de esta relación. Como se ha apreciado, la incorporación de esta circunstancia parece posibilitar un tratamiento más adecuado frente a la violencia de género, permitiendo la existencia de una agravación genérica para aplicar en aquellos casos en los que se aprecie un mayor injusto del hecho al producirse motivado por el género de la víctima y no limitarlo únicamente a aquellos tipos específicos «de violencia de género».

Asimismo, por cuanto permite su aplicación a todo tipo de relaciones —laborales, familiares, etc.— sin exigir una vinculación de pareja —o conexión alguna del tipo que sea— simplemente advirtiendo la existencia de esa circunstancia discriminatoria.

Sin embargo, pese a toda valoración positiva, su aplicación práctica requiere de mejoras, visto que su uso se ha limitado especialmente al ámbito de la (ex) pareja y su aplicación a otros tipos que no sean homicidio y asesinato, ha sido residual, aunque se ha visto mayor sensibilización en este contexto en cuanto a los supuestos de delitos contra la libertad sexual, donde sí parece que su aplicación se está desarrollando. En definitiva, el género se presenta como un elemento fundamental en el contexto de esta violencia y, por tanto, debe ser tenido en cuenta para su sanción. Aquella violencia que se ejerce basándose en el género de la víctima vulnera diversos derechos, entre el que se encuentra la igualdad, por tanto, el legislador debe entender que existe un mayor injusto en cualquier hecho que, además de la producción del tipo que, en su caso, se haya realizado, se produce una negativa a la igualdad de esa persona, en este caso, de las mujeres.

Para finalizar este texto se debe señalar que, si bien se aplaude la inclusión de la perspectiva de género en la legislación penal y la incorporación de medidas que tiendan a prevenir este tipo de violencia, lo cierto es que el recurso al código penal no es nunca una solución por sí sola, menos cuando el problema tiene una base social que muy difícilmente será abordada si no se acuden a políticas públicas integrales. Por tanto, acudamos a la raíz del problema, para que el recurso al derecho penal no sean parches temporales ante una cuestión de necesaria atención social.

## REFERENCIAS

- Borja Jiménez, E. (2015). La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4 CP. En González Cussac, J. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (pp. 119-125). Tirant lo Blanch.
- Bustos Rubio, M. y Pérez Cepeda, A. I. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante* (art. 22, 4.ª CP). J. M. Bosch.
- De Miguel Álvarez, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Cátedra.
- Díaz-Maroto, J. y Suárez González, C. (2004). *Prólogo a la trigésima edición del código penal y legislación complementaria*. Civitas.
- Díez Peralta, E. (2011). Los derechos de la mujer en el Derecho internacional. *Revista española de derecho internacional*, 63 (2), 87-121.
- Díez Ripollés, J. L., Cerezo Domínguez, A. I. y Benítez Jiménez, M. J. (2017). *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004:2014): su efectividad, eficacia y eficiencia*. Tirant lo Blanch.
- Engle, S. (2006). *Human rights & gender violence. Translating international Law into local justice*. Chicago Series in Law.
- Estévez Domínguez, R. y Martín García, I. (2018). *La violencia de género en el panorama internacional*. <https://mujeresporafrica.es/wp-content/uploads/2019/07/informe-violencia-de-genero-global.pdf>
- Fuentes Osorio, J. (2013). Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-16. <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-16.pdf>

- Magariños Yáñez, J. A. (2007). *El derecho contra la violencia de género. Análisis de la respuesta del Ordenamiento jurídico internacional, comunitario, comparado, español y autonómico. El enfoque multidisciplinar del problema*. Montecorvo.
- Maqueda Abreu, M. L. (2009). 1989-2009: veinte años de «desencuentros» entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, Redur*, 7, 25-35. DOI: <https://doi.org/10.18172/rehur.4014>
- Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22,4 CP). *Revista electrónica de ciencia penal y Criminología*, 1-20.
- Marzabal Manresa, I. (2015). *Los feminicidios de pareja: efecto imitación y análisis criminológico de los 30 casos sentenciados por la audiencia provincial de Barcelona (2006-2011)* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Morillas Cueva, L. (2015). *Estudios sobre el Código penal reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*. Dykinson.
- Muñoz Conde, F. (2010). *El Derecho penal. Parte general* (8.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Núñez Castaño, E. (2002). *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*. Tirant lo Blanch.
- Orjuela Ruiz, A. (2012). El concepto de violencia de género en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 23(1), 89-114. <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/5290>

- Queralt Jiménez, J. (13 de febrero de 2006). La última respuesta penal a la violencia de género, *Diario La Ley*. <https://acortar.link/hEoWS5>
- Román Martín, L. (2016). *La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional*. [Tesis doctoral]. Universidad Rovira y Virgili, Tarragona.
- Rueda Martín, M. A. (2019). Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-04.pdf>
- Salec Gordo, Z. (2017). *La agravante por odio y discriminación en el Código Penal. El art. 22.4 del Código Penal*. [Trabajo final de máster]. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares.
- San Millán Fernández, B. (2019). Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género. *Estudios penales y criminológicos*, (39), 303-351.
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 25 septiembre 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3164) <https://vlex.es/vid/741160489>
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 19 noviembre 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3757)
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 15 enero 2019 (ECLI: ES:TS:2019:67)
- Tribunal Supremo de lo Penal. STS 26 febrero 2019 (ECLI: ES:TS:2019:591)
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 25 enero 2020 (ECLI: ES:TS:2020:267)
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 28 mayo 2020 (ECLI: ES:TS:2020:1664)

Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 14 septiembre 2020  
(ECLI:ES:TS:2020:2904)

Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 19 septiembre 2020  
(ECLI:ES:TS:2020:2904)

Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 27 enero 2021  
(ECLI:ES:TS:2021:458)

Truchero Díaz, J. y Arnáiz, A. (2012). Aproximación al Convenio Europeo de violencia contra las mujeres y violencia doméstica. *Revista europea de derechos fundamentales*, (19), 126. <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/4055499>

## **Financiamiento**

Autofinanciado.

## **Conflicto de interés**

La autora declara no tener conflicto de intereses.

## **Contribución de autoría**

Investigación; redacción y corrección del borrador del manuscrito; revisión y aprobación de la versión final.

## **Biografía de la autora**

Sandra López de Zubiría Díaz es profesora contratada doctora del área de Derecho penal (Departamento de Derecho Público II. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid). Miembro del grupo de investigación de alto rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos.

## **Correspondencia**

sandra.lopezdezubiria.diaz@urjc.es





# 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 9, julio-diciembre, 2024, 199-229

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1044>

## El delito de feminicidio: la violencia contra la mujer por razones de género

The Crime of Femicide: Violence against Women for Gender  
Reasons

O crime de femicídio: violência contra as mulheres por questões de  
gênero

**SOFÍA RIVAS LA MADRID**

Fiscal Provincial especializada en delitos contra la mujer  
e integrantes del grupo familiar de Lima  
(Lima, Perú)

Contacto: [sofirivas@gmail.com](mailto:sofirivas@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0002-5743-0920>

### RESUMEN

El trabajo analiza los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos de las mujeres y cómo los Estados partes han asumido medidas temporales de carácter especial destinadas al logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. En el caso del Estado peruano, se tiene en cuenta de la recepción legal de sus responsabilidades asumidas como Estado parte respecto al reconocimiento y protección de los derechos humanos de las mujeres,

y cómo la jurisprudencia peruana los interpreta y aplica. Se analizarán los antecedentes legislativos de la ley que incorporó el tipo penal de feminicidio, así como las exposiciones de motivos que justifican este cambio normativo. Asimismo, se desarrolla la actual problemática sobre la tipicidad objetiva en estos casos, vista las discrepancias de criterio respecto del análisis del sujeto activo y pasivo del delito de feminicidio. Finalmente, se presentan las conclusiones derivadas de la investigación.

**Palabras clave:** derechos humanos; violencia contra la mujer; discriminación; estereotipo de género; delito de feminicidio; igualdad.

**Términos de indización:** derechos humanos; violencia de género; discriminación; estereotipo sexual; igualdad de género (Fuente: Tesouro Unesco).

### ABSTRACT

The work analyzes the international instruments that recognize the human rights of women and how the States parties have adopted special temporary measures aimed at achieving substantive equality between women and men. In the case of the Peruvian State, it provides an account of the legal reception of its responsibilities assumed as a State Party regarding the recognition and protection of women's human rights, and how Peruvian jurisprudence interprets and applies them. The legislative background of the law that incorporated the criminal offense of femicide will be analyzed, as well as the reasons that justify this regulatory change. Likewise, the current problem regarding the objective typicality in these cases is developed, given the discrepancies in criteria regarding the analysis of the active and passive subject of the crime of femicide. Finally, the conclusions of the research are formulated.

**Key words:** human rights; violence against women; discrimination; gender stereotype; crime of femicide; equality.

**Indexing terms:** human rights; gender-based violence; discrimination; gender stereotypes; gender equality (Source: Unesco Thesaurus).

## RESUMO

O trabalho analisa os instrumentos internacionais que reconhecem os direitos humanos das mulheres e como os Estados Partes adotaram medidas temporárias especiais destinadas a alcançar a igualdade substantiva entre mulheres e homens. No caso do Estado peruano, apresenta um relato do acolhimento jurídico das responsabilidades assumidas como Estado Parte em relação ao reconhecimento e proteção dos direitos humanos das mulheres, e como a jurisprudência peruana os interpreta e aplica. Será analisado o enquadramento legislativo da lei que incorporou o crime de feminicídio, bem como as razões que justificam esta alteração regulamentar. Da mesma forma, desenvolve-se a problemática atual quanto à tipicidade objetiva nesses casos, dadas as discrepâncias de critérios quanto à análise do sujeito ativo e passivo do crime de feminicídio. Por fim, são formuladas as conclusões da pesquisa.

**Palavras-chave:** direitos humanos; violência contra as mulheres; discriminação; estereótipo de gênero; crime de feminicídio; igualdade.

**Termos de indexação:** direitos humanos; violência baseada em gênero; discriminação; estereótipos sexuais; igualdade de gênero; igualdade de gênero (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 03/09/2024

**Revisado:** 06/09/2024

**Aceptado:** 05/12/2024

**Publicado en línea:** 28/12/2024

## 1. INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley n.º 30068, publicada el 18 de julio de 2013, se incorporó al Código Penal peruano el artículo 108b, correspondiente al delito de feminicidio. El mencionado articulado describe, en su primer párrafo, la conducta de aquel que mata a una mujer por su condición de tal en los contextos de violencia familiar, coacción, hostigamiento o acoso sexual, así como el contexto de abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente. Por último, el contexto relativo a cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

El tipo penal en comento ha suscitado múltiples cuestionamientos y debates respecto de su interpretación desde la publicación de la norma en mención y sus modificatorias, mediante el Decreto legislativo n.º 1323, publicado el 6 de enero de 2017; el artículo 1 de la Ley n.º 30819, del 13 de julio de 2018; y el artículo 3 del Decreto legislativo n.º 1368, del 29 de julio de 2018. ¿Cuál es el fundamento de estos cambios normativos?, ¿qué es la violencia contra la mujer debido a su género?, ¿qué son los estereotipos de género?, ¿estas medidas especiales son temporales o permanentes?, ¿qué es la igualdad sustantiva?, ¿se vulnera la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres?

A continuación, se analizarán los tratados e instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos de las mujeres y se desarrollará cómo es que los Estados partes han asumido medidas temporales de carácter especial destinadas al logro de la igualdad sustantiva. Se detallará la recepción legal de las responsabilidades asumidas como Estado peruano en relación con el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las mujeres y cómo es que los distintos tribunales nacionales han interpretado estos. Se analizarán los antecedentes legislativos de la ley que incorporó el tipo penal

en comento, así como las exposiciones de motivos que justifican el cambio normativo; por último, se desarrollará cuál es la actual problemática respecto de algunos aspectos de la tipicidad objetiva, en cuanto a las posturas disímiles relativas al análisis del sujeto activo y pasivo del delito.

## **2. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES**

El Estado peruano ha ratificado diversos tratados internacionales de derechos humanos y admitido la competencia de instancias internacionales que tiene como función promover y proteger los derechos humanos a nivel internacional, regional y nacional. Debe tenerse en cuenta que, conforme lo señala la Constitución Política en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, las normas que la Constitución reconoce, y que son relativas a los derechos y a las libertades, deben interpretarse conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos; asimismo, deben interpretarse conforme con los tratados y los acuerdos internacionales que hayan sido ratificados por el Perú, y que versen sobre las mismas materias. Igualmente, sobre la vinculación de los tratados internacionales y el derecho interno, la Constitución Política peruana en su artículo 55 dispone que estos «forman parte del derecho nacional».

Considerando esto, se debe señalar que son dos los principales tratados internacionales que recogen los derechos humanos de la mujer, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante «CEDAW») y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante «Convención Belém do Pará»), ratificadas por el Estado peruano en 1982 y 1996, respectivamente.

## 2.1. La Convención Belém do Pará

El Preámbulo de la Convención Belém do Pará (1994) destaca que resulta necesario reconocer que el irrestricto respeto de los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmado, a su vez, en otros instrumentos internacionales y regionales. De esta manera, afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de sus libertades fundamentales y derechos humanos, limitando total o parcialmente en cuanto al goce, al reconocimiento y al ejercicio de estos. Por ello, resalta, corresponde a una ofensa a su dignidad humana, así como la expresión de las relaciones de poder históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres. El documento resalta que la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer fue adoptada por la vigesimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres. Destaca que esta manifestación de violencia se extiende en todos los ámbitos de la sociedad, independientemente del nivel educativo, edad, grupo étnico, clase, raza, nivel de ingresos, religión, entre otras, lo cual tiene un impacto negativo en sus propias bases.

En su artículo 1, define la *violencia contra la mujer* como cualquier acción o conducta basada en su género. Sostiene que la violencia le puede causar a la mujer daño, sufrimiento o muerte; así mismo que el sufrimiento causado puede ser sufrimiento físico, sexual o psicológico. En el artículo 2, se describen los *ámbitos* en los que se produce la violencia, esto es, privado, público o estatal. Se indica que el ámbito privado tiene lugar dentro una unidad doméstica o de la familia, así como en cualquier otra relación interpersonal; el ámbito público, que puede ser perpetrado por cualquier persona; y el ámbito estatal, que no solo es perpetrada por el Estado, sino que, a su vez, puede ser también tolerada por este.

En cuanto a los *derechos incluidos*, el artículo 6 destaca que el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia comprende aquel derecho de ser libre de ser discriminadas, así como aquel relativo a no ser educadas ni valoradas mediante patrones estereotipados de comportamiento ni prácticas culturales que les establezcan roles de inferioridad o de subordinación. Respecto de los *deberes* de los Estados, el artículo 7 resalta la condena de los Estados partes de todas las formas de violencia contra la mujer, así como el convenio de la adopción de políticas destinadas a prevenirla, sancionarla y erradicarla por todos los medios apropiados y sin dilaciones. Asimismo, se conviene en abstenerse de llevar a cabo cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer, y de velar porque sus funcionarios, personal, agentes, autoridades e instituciones sigan por dicha línea de acción, actuando incluso con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Adicionalmente, se señalan las obligaciones de los Estados en lo que respecta a adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de intimidar, amenazar, dañar, hostigar o poner en peligro la vida de la mujer. Se deben adoptar todas las medidas necesarias para abolir o modificar las normas vigentes, o las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la tolerancia o persistencia de la violencia contra la mujer.

## 2.2. La CEDAW

En su Preámbulo, reconoce que la Carta de las Naciones Unidas ratifica la convicción en la dignidad, en los derechos humanos fundamentales, en el valor de la persona humana, así como en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Señala que, de la misma manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y establece la libertad y la igualdad en condiciones

de todos los seres humanos, pudiendo ser proclamados sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo.

En ese sentido, indica que en los pactos internacionales de derechos humanos, los Estados partes tienen la obligación de garantizar a mujeres y a hombres la igualdad en el goce de todos los derechos políticos, culturales, económicos, sociales y civiles; sin embargo, persiste la preocupación al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos persiste la discriminación hacia las mujeres. Se recuerda que la discriminación contra la mujer viola los principios de respeto a la dignidad humana y a la igualdad de derechos, dificultando la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre, lo que constituye un obstáculo en el bienestar de la familia y de la sociedad en general, y entorpece sus posibilidades para su desarrollo.

El artículo 1 define la *discriminación contra la mujer* como toda exclusión, restricción o distinción que se encuentre basada en el sexo, y que tenga como fin o como consecuencia el anular o menoscabar el goce, el ejercicio o el reconocimiento de las libertades fundamentales y los derechos humanos en las diferentes esferas (económica, civil, cultural, política, económica, social o en cualquier otra). En el artículo 2 se indica que los Estados partes condenan todas las formas de discriminación contra la mujer y se conviene en lograr una política encaminada a eliminar dicha discriminación, así como consagrar las bases normativas que garanticen el principio de la igualdad de la mujer y el hombre, asegurando la realización práctica de ese principio; a su vez, se conviene en adoptar las medidas con las sanciones correspondientes que prohíban cualquier forma de discriminación contra la mujer, y establecer la protección jurídica de sus derechos sobre una base de igualdad con los del hombre, garantizando la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación, entre otros.

### 3. LAS MEDIDAS TEMPORALES DE CARÁCTER ESPECIAL Y LA IGUALDAD SUSTANTIVA

La CEDAW, en el inciso 1 del artículo 4, destaca la necesidad de la adopción por los Estados partes de *medidas especiales de carácter temporal* dirigidas a apresurar la igualdad de facto entre la mujer y el hombre, las que culminarán cuando se hayan alcanzado la finalidad, esto es la igualdad de oportunidad y trato. Este párrafo ha sido abordado por la Recomendación número 25 del Comité de la CEDAW, que establece que el propósito es optimizar la situación de la mujer para alcanzar su igualdad sustantiva o *de facto* con el hombre, así como lograr los cambios culturales, estructurales y sociales necesarios para solventar las formas y las consecuencias de la discriminación contra la mujer. Resalta que estas medidas son de *carácter temporal*. En cuanto a la durabilidad, esta se debe considerar teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto. Deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un periodo. Indica que el término *especiales* describe la vulnerabilidad propia de las mujeres y otros grupos objeto de discriminación, que requieren medidas extraordinarias o especiales para lograr participar en la sociedad; siendo así, su fin corresponde a apresurar el logro de un objetivo concreto de *igualdad sustantiva o de facto* de la mujer (CEDAW, 2004).

Señala la Recomendación n.º 25 del Comité de la CEDAW que, si se sigue dicha línea, la *igualdad de resultados* es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. Estos resultados pueden manifestarse en que las mujeres tienen los mismos niveles de ingresos, que viven una vida libre de violencia, que disfrutan de derechos en proporciones casi iguales que los hombres, y que hay igualdad en la adopción de decisiones y de influencia política. Esto debe ser de carácter cuantitativo o cualitativo, debiendo adoptarse medidas para transformar las instituciones, los sistemas y las oportunidades de

manera tal que no se basen en roles de vida ni de poder masculinos históricamente determinados. Resalta que no mejorará la posición de la mujer mientras el origen de la discriminación contra ella no se aborde de manera eficaz (CEDAW, 2004).

Si bien los cambios normativos y las políticas públicas reconocen los derechos humanos de las mujeres, lo cual resulta un paso grande en el avance de ello, para alcanzar la igualdad sustantiva se requiere de la garantía de oportunidades de las mujeres en las distintas esferas personales y sociales. Es por ello por lo que se establece una serie de obligaciones que los Estados partes deben observar para lograr la igualdad sustantiva o igualdad de facto. Así, mientras que la *igualdad formal* se refiere a la adopción de normas jurídicas y políticas que prevalezcan la igualdad entre mujeres y hombres, la *igualdad sustantiva* se refiere a la igualdad en los hechos, esto es, en los resultados. De esta manera, se asegura de que no se mantengan las desventajas inherentes de determinados grupos (ONU Mujeres México).

En consecuencia, la igualdad sustantiva implica la disminución de las circunstancias que impiden a las mujeres ejercer plenamente sus derechos y acceder a oportunidades de desarrollo, mediante medidas legales, estructurales o de política pública (ONU Mujeres México).

#### 4. LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

El inciso 1 del artículo 5 de la CEDAW destaca que los Estados partes deben efectuar las acciones idóneas para transformar los *patrones socioculturales* de conducta de mujeres y hombres, con el objetivo de lograr la erradicación de prácticas y prejuicios basados en costumbres que establezcan un rol de superioridad o de inferioridad a cualquiera de los sexos. En el mismo sentido, el artículo 6 de la Convención Belém do Pará señala que el derecho de toda mujer a una vida libre

de violencia incluye el no ser valorada con patrones estereotipados de comportamiento y prácticas culturales que la pongan en una posición subordinada o inferior.

Por su parte, la Recomendación n.º 19 del Comité de la CEDAW sobre «La violencia contra la mujer» sostiene que esta constituye una forma de discriminación que evita de forma grave el disfrute de libertades y derechos en igualdad con el hombre. Indica que es «dirigida contra la mujer por ser mujer o que le afecta de forma desproporcionada». Dicho concepto ha sido profundizado por la Recomendación n.º 28 del Comité de la CEDAW que sostiene que si bien en la Convención (CEDAW) solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al realizar una interpretación sistemática entre el literal a) del artículo 5, el artículo 5 y el párrafo f) del artículo 2, se evidencia que la CEDAW abarca la *discriminación contra la mujer por motivos de género*. En ese marco, la Recomendación n.º 35 del Comité termina por definir la interpretación, sosteniendo que el concepto de «violencia contra la mujer», definido en la Recomendación general n.º 19 y en otros instrumentos internacionales, resalta el hecho de que dicha violencia está basada en el género. Sostiene, consecuentemente, que la expresión «violencia por razón de género contra la mujer» resulta un *término más preciso* que evidencia las causas y los efectos basados con el género, en relación con la violencia interpersonal. Destaca así que dicha expresión hace más evidente el concepto de la violencia como un *problema social* más que individual. Requiere de respuestas integrales, más allá de aquellas soluciones que se brindan a casos concretos, víctimas y autores.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso González y otras en México (Campo Algodonero), sentencia del 16 de noviembre de 2009, señala en el fundamento 133 que la violencia de género no se refiere a casos esporádicos, aislados o episódicos de violencia, sino que se encuentra originada en una situación estructural

que se refiere a un fenómeno cultural y social que se fundamenta en costumbres y mentalidades establecidas en una sociedad. El fundamento 401 señala la definición de los *estereotipos de género* al indicar que «el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente». Respecto de la vinculación entre dichos estereotipos de género y la violencia contra la mujer, sostiene que «es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes». De esta forma, se indica que se agravan dichas condiciones cuando los señalados estereotipos implícita o explícitamente se reflejan en prácticas y políticas, así como en el razonamiento de las autoridades. Consecuentemente, su creación y uso se convierten en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, sentencia del 24 de agosto de 2017, sostuvo respecto del *impacto negativo de los estereotipos de género* en el acceso a la justicia para las mujeres. Señaló en el fundamento 143 que «los estereotipos de género trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación».

En el mismo sentido, ha advertido el Comité de la CEDAW en la Recomendación n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Resalta que se ha observado una serie de restricciones y obstáculos que no permiten a las mujeres la igualdad en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia. Estas restricciones y obstáculos se reflejan en un *contexto estructural de discriminación y desigualdad*, que tienen como origen las normas que discriminan a las mujeres, a los estereotipos de género y a los procedimientos que constituyen serios obstáculos a los derechos humanos de estas. Los prejuicios y estereotipos de género en el sistema judicial tienen efectos de gran alcance para entorpecer

su acceso a la justicia. Estos deforman la apreciación de los casos judiciales, dando lugar a decisiones basadas en prejuicios en lugar de hechos. Frecuentemente, se adoptan normas rígidas que prejuzgan a las mujeres respecto de lo que se considera debe ser un «comportamiento apropiado», y además se castiga a aquellas que no se ajustan a esos estereotipos (CEDAW, 2015).

De esta manera, los estereotipos de género resultan no solo una causa sino, a su vez, consecuencia de la violencia contra la mujer. Aunado a ello, implican un obstáculo para el acceso a la justicia en pie de igualdad al ponerlas en una posición subordinada y en desventaja.

## **5. EL DERECHO PENAL PERUANO Y LA PROTECCIÓN A LAS MUJERES: «POR SU CONDICIÓN DE TAL»**

El artículo 1 de la Ley n.º 30364 «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar», publicada en el *Diario oficial El Peruano* el 23 de noviembre de 2015, señala que tiene por *objeto* prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia contra la mujer que sea producida por su condición de tal, así como contra los integrantes del grupo familiar. Resalta que se enfoca especialmente cuando estos se encuentran en condiciones vulnerables, tanto por la edad o por la situación física. En su artículo 5 define la *violencia contra las mujeres* como «cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado». El articulado en mención señala que esta violencia se expresa en tres ámbitos: el ámbito privado, que corresponde a aquel que tiene «lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer»; el público, que tiene lugar en «la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona»;

y, el estatal, que es «perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra».<sup>1</sup>

El significado de la *violencia contra la mujer por su condición de tal*, lo encontramos en el artículo 4, inciso 3, del Reglamento de la Ley n.º 30364.<sup>2</sup> Se define como la acción u omisión identificada como violencia, según los artículos 5 y 8<sup>3</sup> de la ley, que se realiza en el contexto

---

1 Se recogen de lo señalado en el artículo 2 de la Convención Belém do Pará.

2 Aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 009-2016-MIMP, publicado el 27 de julio de 2016; y modificado mediante el Decreto Supremo n.º 004-2019-MIMP, Decreto Supremo n.º 016-2021-MIMP, Decreto Supremo n.º 005-2022-MIMP y Decreto Supremo n.º 006-2023-MIMP.

3 Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 1323, publicado el 6 de enero de 2017, artículo 1 de la Ley n.º 30862, publicada el 25 de octubre de 2018, y por el artículo 1 de la Ley n.º 30862, publicada el 25 de octubre de 2018, quedando redactado de la siguiente manera:  
Artículo 8. Tipos de violencia

Los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar son:

a) Violencia física. Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

b) Violencia psicológica. Es la acción u omisión, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

c) Violencia sexual. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.

d) Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que ocasiona un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de las mujeres por su condición de tales o contra cualquier integrante del grupo familiar, en el marco de relaciones de poder, responsabilidad o confianza, por ejemplo, a través de:

1. La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes.

2. La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales.

3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias.

4. La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

de violencia de género. Respecto de la *violencia de género*, detalla que esta es entendida como una manifestación de discriminación que «inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad». Asimismo, resalta que la violencia de género se expresa «a través de relaciones de dominio, de control, de ejercicio de poder, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres».

En esa línea, el fundamento 20 del Acuerdo Plenario n.º 09-2019-CIJ/116, sobre «Violencia familiar contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición», destaca que la *agresión contra una mujer por su condición de tal* es la ejecutada por el agresor contra una mujer a causa de la imposición o del incumplimiento de estereotipos de género, los que corresponden a un compuesto de pautas culturales que disponen conductas y comportamientos determinados a las mujeres, que las marginan y subordinan socialmente. Por su parte, el Recurso de Nulidad n.º 453-2019-Lima Norte brinda algunos ejemplos de estereotipos de género, que ponen a la mujer en una posición que le restan derechos. Así, sostiene que las mujeres son especialmente vulnerables a los abusos infligidos por la pareja en las sociedades en las que culturalmente existen marcadas diferencias entre mujeres y hombres, así como inflexibilidad respecto de los roles de género, lo que genera los estereotipos.

En el fundamento noveno, se señala que los estereotipos de género corresponden a prejuicios o preconcepciones respecto de las características o los atributos que deberían ser ejecutados por mujeres y hombres, lo cual resulta incompatible con el derecho internacional

---

En los casos en los que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y estos/as vivan con ellas, la limitación de los recursos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna, así como la evasión de sus obligaciones alimentarias por parte de la pareja, se considerará como una forma de violencia económica o patrimonial contra la mujer y los/las hijos/as.

de los derechos humanos, por lo que se deben tomar medidas para erradicarlos. Brinda, asimismo, algunos ejemplos de estereotipos de género advertidos por la doctrina y que suelen ser utilizados para justificar la violencia contra la mujer, tales como que la mujer es posesión del varón; que la mujer es encargada prioritariamente del cuidado de los hijos y las labores del hogar; que la mujer se mantiene en el ámbito doméstico; que la mujer es objeto para el placer sexual del varón; que la mujer debe ser recatada en su sexualidad; que la mujer debe ser femenina; que la mujer debe ser sumisa, entre otros. De esta manera, la mujer es castigada por incumplir o con el objeto de imponerle dichos estereotipos de género.

Ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC n.º 3378-2019-PA/TC, que describe al *feminicidio* como la acción de matar a una mujer —por no ajustarse al cumplimiento de un *estereotipo de género* que se esperaba de ella—, como una expresión del mensaje de posesión, de poder o de dominio utilizado por los hombres para aclarar a las mujeres cuáles son los topes que no deben rebasar. En el voto singular, la magistrada Marianela Ledesma recalca que, para la demostración del dolo, deben verificarse los hechos objetivos del caso que permitan determinar que la muerte de la mujer se haya realizado en un contexto del incumplimiento o imposición de algún estereotipo de género. En ese sentido, recalca que no se requerirá comprobar la misoginia en la intención feminicida del sujeto activo, esto es, su odio hacia las mujeres.

En efecto, ya había resaltado el Tribunal Constitucional —caso Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Expediente 05652-2007-PA/TC— que la igualdad jurídica de la mujer automáticamente no garantiza un trato en condiciones igualitarias, lo que justifica la necesidad de apresurar la *igualdad real de la mujer*. Por tal motivo, los Estados pueden efectuar acciones positivas de

*carácter correctivo*, en tanto se mantengan dichas desigualdades. Así, las medidas positivas permiten equilibrar los obstáculos sociales e históricos que imposibilitan la actuación en condiciones y oportunidades en igualdad, teniendo como finalidad el logro de la *igualdad sustantiva*. Considerando esto, es deber del Estado promover la igualdad sustancial en la sociedad mediante la llamada «discriminación inversa» o de «acciones positivas», con miras a retirar las dificultades que imposibilitan el derecho a la igualdad en su pleno ejercicio.

## 6. TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ

La primera referencia del delito de feminicidio en el Código Penal peruano se incorporó mediante el artículo único de la Ley n.º 29819, publicada el 27 diciembre 2011, que modificó el artículo 107 del Código Penal de la siguiente manera:

### **Artículo 107. Parricidio / Feminicidio**

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga, el delito tendrá el nombre de feminicidio.

Este artículo fue posteriormente modificado por el artículo 1 de la Ley n.º 30068, publicada el 18 de julio de 2013, eliminando

la referencia al feminicidio; y en su artículo 2, la norma en mención incorpora el artículo 108-A al Código Penal, como el delito de Feminicidio, toda vez que el artículo 108-A ya era ocupado por el delito de Homicidio agravado por la condición funcional de la víctima. Mediante la fe de erratas de fecha 19 de julio de 2013, se corrigió el error, señalándose que le correspondía al delito de Feminicidio el artículo 108-B. Así, el primer párrafo describe la conducta del que «mata a una mujer por su condición de tal», proyectándose la misma en los contextos típicos de violencia familiar, así como de coacción, hostigamiento o acoso sexual; además, el contexto de abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; por último, cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

Como circunstancias agravantes específicas se establecieron aquellas correspondientes a las condiciones de vulnerabilidad de la víctima, esto es, si se encuentra en estado de gestación, si tiene discapacidad, si es menor de edad, o si la víctima se encontraba bajo responsabilidad o el cuidado del agente. Igualmente, circunstancias relativas a concursos con otros tipos penales, esto es, si la víctima fue previamente sometida a actos de mutilación o violación sexual, o para fines de trata de personas; o si hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108 del Código Penal peruano, correspondiente al delito de Homicidio calificado.

En los antecedentes legislativos de la Ley n.º 30068, encontramos el PL 1616/2012 que, en su Exposición de motivos, señala que se justifica la incorporación del tipo penal de feminicidio, en tanto este se desenvuelve en un escenario internacional de instrumentos de defensa de los derechos humanos de la mujer —Convención contra toda forma de discriminación hacia la mujer (CEDAW) y Convención

Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra a mujer – Convención Belém do Pará—. Destaca que dichos instrumentos internacionales han establecido principios de cumplimiento obligatorio, tal como el Principio de debida diligencia (Convención de Belém do Pará), que corresponde a la obligación de actuar por parte del Estado para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres con el objetivo de garantizar su seguridad y su vida, frente a actos de violencia cometidos por particulares y Estado.

Otro de los antecedentes legislativos de la ley en comento corresponde al PL 1616/2012. En su Exposición de motivos, se propone una tipificación amplia del feminicidio, al margen de si la víctima ha sido cónyuge o conviviente del autor, o ha establecido una relación análoga con él. Se indica que es frecuente que el feminicida sea un tercero que pretenda mantener una relación sentimental no aceptada por la víctima, un compañero o jefe en el trabajo que la hostiga sexualmente, un cliente sexual (en el caso de trabajadoras sexuales), así como autores desconocidos que violan y matan a las mujeres. Se sugirió, por consiguiente, la regulación del feminicidio en un sentido amplio, más allá del vínculo de pareja o expareja.

Asimismo, en los antecedentes legislativos encontramos el PL 20307/2012, que en su Exposición de motivos destaca que la igualdad de género está consagrada en las Constituciones de 139 países. En ese sentido, invoca la Ley n.º 28983 de igualdad de oportunidades; señala que la mujer y el hombre tienen iguales oportunidades y es por ello por lo que el objetivo de lograr la igualdad de género radica en lograr modificar relaciones que no se encuentran en equilibrio y son desproporcionales, permitiendo a las personas desarrollar sus capacidades libres de estereotipos, roles de género o prejuicios. Este tipo penal ha sufrido múltiples cambios en cuanto a las circunstancias agravantes específicas, mediante el Decreto legislativo n.º 1323,

publicado el 6 enero 2017; el artículo 1 de la Ley n.º 30819, del 13 de julio de 2018; y el artículo 3 del Decreto legislativo n.º 1368, publicado el 29 de julio de 2018.

## **7. TIPICIDAD OBJETIVA DEL DELITO DE FEMINICIDIO: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS**

### **7.1. El sujeto activo**

Respecto del sujeto activo, el Acuerdo Plenario n.º 01-2016/CIJ-116, sobre los Alcances del delito de Femicidio, señala en sus fundamentos 32 al 34 que el sujeto activo en los delitos comunes tiene una misma presentación en el Código Penal. Sostiene que, en líneas generales, se identifica mediante el uso de la locución pronominal «El que», que corresponde a aquel que puede realizar el tipo penal. En ese sentido, señala que por la descripción de los supuestos de hecho contenidos en los tipos de homicidio se alude que con dicha locución pronominal se apunta no solo al hombre como sujeto activo, sino también a la mujer. Sin embargo, también señala que dicha interpretación literal se encuentra aislada del fenómeno abordado y que puede conducir a una conclusión errada relativa a que no interesaría si el agente que causa la muerte de la mujer sea hombre o mujer. Por ello, sostiene, debe optarse por una línea de interpretación restringida, concluyendo que el agente solo puede ser hombre, en sentido biológico, ya que la muerte es causada a la mujer por su condición de tal.

El Acuerdo Plenario sostiene que, aunque no se mencione expresamente en el supuesto de hecho el delito de feminicidio, siguiendo dicha línea de interpretación, corresponde a un delito especial toda vez que solo un hombre puede ser autor de dicho ilícito, esto es, una persona adulta de sexo masculino. Corresponde así a un elemento descriptivo, sostiene el AP, que debe interpretarse en su

sentido natural, y no a un elemento normativo que aluda a asimilarlo al concepto de identidad sexual por cuanto sería contrario al principio de legalidad. Dicha postura ha sido reiterada en la Casación 458-2020, Huancavelica, al analizar el delito de agresiones contra la mujer o integrantes del grupo familiar. En el fundamento tercero sostiene que la agresión contra la mujer por su condición de tal implica agresión en un *contexto de violencia de género*, por lo que el *sujeto activo* solo puede ser cualquier *hombre* y el sujeto pasivo solo puede ser una mujer que se haya vinculado con el sujeto activo, quien siempre es un varón.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha adoptado una postura contraria. El fundamento 56 de la STC 3378-2019 destaca que la violencia que se encuentra basada en el género incluye como sujetos activos no solo a los hombres, sino también a las mujeres; y que como sujetos pasivos o víctimas no se implica únicamente a las mujeres. Destaca que esta manifestación de la violencia se agrava por la discriminación que la acompaña, ya que esta se realiza contra aquellas víctimas que desafíen o cuestionen el sistema de género que impera y que se encuentra enraizado en la cultura y las relaciones sociales. El propósito de dicha forma de violencia radica en impedir que sea desmontado el sistema de género arraigado culturalmente.

## 7.2. El sujeto pasivo

Respecto del sujeto pasivo sobre el que recae la conducta homicida, el Acuerdo Plenario n.º 01-2016/CIJ-116, sobre los Alcances del delito de Feminicidio, señala en su fundamento 35 que la determinación del sujeto pasivo resulta más clara que el análisis del sujeto activo. Resalta que la conducta feminicida del hombre recae sobre la persona que resulta titular del bien jurídico protegido «vida humana», esto es, una mujer. Igualmente, por principio de legalidad no puede identificarse el término «mujer» bajo la interpretación de la identidad sexual.

Asimismo, la Casación 458-2020, Huancavelica, al analizar el delito de agresiones contra la mujer, sostiene en el fundamento tercero, que la agresión contra la mujer por su condición de tal implica agresión que se despliega en un contexto de violencia de género. Sostiene que, en dicha línea, el agresor solo puede ser un hombre, y el *sujeto pasivo* solo puede ser una mujer que se haya vinculado con el *sujeto activo*.

En esa línea, el voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, en el caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, sentencia del 26 de marzo de 2021, sobre la aplicación de la Convención Belém do Pará a un caso en el que una mujer trans había sido víctima de homicidio, señala que dicho tratado debe interpretarse conforme con lo establecido en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que los tratados internacionales deben siempre interpretarse conforme con el sentido corriente de los términos, en tanto se sigue a la interpretación de buena fe y que deben de tenerse en cuenta su fin y objeto. En ese sentido, señala que respecto de la *buena fe* de la interpretación de la Convención Belém do Pará, los Estados partes convinieron en el artículo 7-A<sup>4</sup> la condena de la violencia contra la mujer y adoptar políticas orientadas a prevenirla, sancionarla y erradicarla. Esto es, en atención al respeto de la regla del *pacta sunt servanda*, se ha convenido en velar por el cumplimiento de dichas obligaciones por parte de sus órganos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

En lo que respecta al tenor literal o textual, se destaca en el voto disidente que, en ese sentido, cuando se menciona en el artículo a la

---

4 Artículo 7. Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; (...).

«mujer», el término conduce al significado común de esa expresión. Es necesario llevar a cabo un análisis mediante la interpretación gramatical o literal que se realiza a las normas convencionales, utilizando el sentido ordinario de los términos. Agrega que debe tenerse presente que la Convención de Belém de Pará no brinda al término «mujer» un *sentido especial*, por lo que debe utilizarse el *sentido corriente*, lo que implica que por «mujer» se debe entender «persona del sexo femenino», esto es, «perteneciente o relativo a mujer», «propio de la mujer o que posee características atribuibles a ella» o «dicho de un ser: dotado de órganos para ser fecundados» (CIDH, 2021).

Agrega, por último, que debe diferenciarse el significado de «sexo» y el de «identidad de género». Para ello, cita lo indicado en la Opinión Consultiva OC-24/17 sobre «Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo» en la que se señala que «sexo» se refiere a las diferencias biológicas entre la mujer y el hombre, a sus características fisiológicas que definen el espectro de las personas como mujeres y hombres, o a las características anatómicas, hormonales, fisiológicas, genéticas y fisiológicas que determinan que una persona sea clasificada al nacer como hembra o como macho. Por «identidad de género», señala que esta corresponde a la percepción individual e interna, la vivencia del género como cada persona la siente, la cual puede o no tener correspondencia con el sexo asignado al nacer (CIDH, 2021).

Igualmente, en el voto disidente de voto parcialmente disidente de la jueza Elizabeth Odio Benito, en el caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, sentencia del 26 de marzo de 2021, se señala que resulta esencial dejar por sentado que actualmente el significado de «identidad de género» está resultando una expresión difusa, y que se está buscando erróneamente reemplazar al término «sexo». Sostiene que a partir de dicha sustitución se pretendería borrar al sexo

femenino con todas sus propiedades biológicas para mezclar todo en una sola categoría autodesignada y subjetiva. Señala que debe aclararse que *género* y *sexo* no son sinónimos, más bien son categorías que en ningún momento se han señalado que sean intercambiables. Más bien, destaca, que el significado de sexo hace referencia a las características biológicas, distintas del género, que corresponde a una construcción social, esto es, se hace referencia a las reglas de conducta que habitualmente se atribuyen a mujeres y hombres. Resalta el voto disidente que, sin basarse en ningún fundamento científico, se está pretendiendo que la *identidad de género*, que corresponde a un sentimiento cambiante, incluso de un día al otro, reemplace y elimine al *sexo* con el que se nace. Ello conllevará que ya no se identifique a hombres y mujeres con sus características propias, sino más suplir y eliminar el sexo con el que se nació; de esta manera, ya no se hablará más de mujeres y hombres, sino de «personas», con un significado indefinido y neutro, lográndose que solo exista la «identidad de género», la que es una vivencia subjetiva e individual (CIDH, 2021).

Por otro lado, el «Manual para el dictado de medidas de protección en el Marco de la Ley n.º 30364» de la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial ha señalado que corresponde ser sujeto de protección de la Ley n.º 30364 *toda mujer que se autoidentifique como tal*, ello sin importar si su documento nacional de identidad o algún otro documento refleje o no su identidad de género.<sup>5</sup> Señala que debe considerarse que una gran cantidad de mujeres trans no cuentan con un documento que refleje su identidad de género. Citando al «Informe sobre la situación de la identidad de género de las personas trans en el Perú» del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha señalado que en los casos de las personas trans la no coincidencia en

5 Se advierte que se está utilizando erróneamente el significado de sexo por el de identidad de género.

sus documentos con su verdadera identidad asumida es justamente lo que conlleva que sean objeto de tratos humillantes y burlas, lo que las pone en una posición más vulnerable.

Igualmente, el «Boletín jurídico 1, El feminicidio: matar a una mujer por su condición de tal», del Poder Judicial del Perú, señala que se debe considerar que en este tipo de delitos lo que evidencia el mayor desvalor en la conducta se basa no en el sexo de la víctima, sino en el género. En tal sentido, y bajo dicha óptica, una mujer trans puede ser considerada víctima de feminicidio al ser asesinada en un contexto destinado a imponerle o castigarla por no cumplir con un estereotipo de género subordinante para el colectivo femenino. Así, cita lo señalado por la Corte Suprema, en el R. N. 125/2016/Lima, en el que se han incluido como tipos de feminicidios a los llamados feminicidios transfóbicos.

En el mismo sentido, interpreta lo expuesto el voto en mayoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vicky Hernández contra Honduras, al señalar en su fundamento 128 que la violencia contra la mujer basada en su género se sustenta en un sistema patriarcal destinado a la subordinación de la mujer que se encuentra muy cimentado en la sociedad y cultura a través de los estereotipos de género, lo que constituye una «manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales». En ese contexto, señala que puede comprenderse que la violencia en contra de las personas que se encuentran motivadas en su expresión o identidad de género, especialmente las mujeres trans, se fundamenta en el género, ya que corresponde a una construcción social de atributos e identidades asignados tanto al hombre como a la mujer; esto implica una expresión de violencia de género, especialmente despiadada, que se basa en el castigo de quienes desafían las normas de género, llamándola así *violencia por prejuicio* (CIDH, 2021).

En consecuencia, en su fundamento 129 interpreta ampliamente el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, señalando que esta exhorta a los Estados que la suscriben para que adopten medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y que en esa línea tome en cuenta «la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada». Señala que dicha lista de factores no corresponde a una de *numerus clausus*, dado que la utilización de la palabra «entre otras» permite incluir a la identidad de género. En el caso concreto, la inclusión de una mujer trans como sujeto de protección constituye un factor evaluado desde el enfoque interseccional para identificar la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en su género (CIDH, 2021).

## 8. CONCLUSIONES

La incorporación del artículo 108-B al Código Penal, correspondiente al delito de feminicidio, obedece al cumplimiento de las obligaciones contraídas ante la comunidad internacional en atención a los Tratados Internacionales suscritos por el Estado peruano y que reconocen los derechos humanos de la mujer. De esta forma, se expresa la obligación sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como de las obligaciones para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

El feminicidio corresponde a un homicidio calificado por producirse en un contexto de violencia de género contra la mujer, que se expresa en el elemento típico «por su condición de tal» y se proyecta en los contextos típicos tanto de violencia familiar como el contexto de coacción, hostigamiento o acoso sexual; además, los contextos de abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; así como el contexto relativo a cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que

exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

Desde esta perspectiva, el artículo 5 de la Ley n.º 30364 define la violencia contra las mujeres como cualquier acción o conducta que les causa algún tipo de daño o sufrimiento psicológico, sexual o físico, o muerte por su condición de tal. Asimismo, el artículo 4 inciso 3 del Reglamento de la Ley n.º 30364 establece que la violencia contra la mujer por su condición de tal corresponde a aquella que se realiza en el contexto de violencia de género, producto de una manifestación de discriminación que les impide a las mujeres del goce de sus libertades y derechos en pie de igualdad, a través de relaciones de ejercicio de poder, sometimiento, subordinación y control hacia ellas.

Según lo expuesto, el fundamento 20 del Acuerdo plenario n.º 09-2019-CIJ/116, sobre «Violencia familiar contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición», destaca que la agresión contra una mujer por su condición de tal es la realizada por el agresor contra una mujer para imponerle o para castigarla por incumplir estereotipos de género, los que son un conjunto de normas culturales que establecen comportamientos y conductas determinadas a las mujeres, discriminándolas y subordinándolas socialmente.

En cuanto a los sujetos activo y pasivo del tipo en comento, la jurisprudencia no es uniforme. Hay posturas que se pliegan en afirmar que es un delito especial, en tanto la violencia contra la mujer por razones de género solo puede expresarse en las relaciones de poder entre mujeres y hombres, por lo que el agente solo puede ser un hombre biológico. Ejemplos de esta postura los tenemos en el Acuerdo Plenario n.º 01-2016/CIJ-116, así como la Casación 458-2020, Huancavelica. Por otro lado, hay quienes sostienen que es un delito común por el uso de la locución pronominal «el que» y en consecuencia pueden ser

agentes tanto hombres como mujeres. Un ejemplo de esta postura la asume el Tribunal Constitucional en la STC 3378-2019.

En relación con el sujeto pasivo del delito, algunos sostienen que solo puede considerarse a las mujeres biológicas, dado que la conducta homicida del varón recae sobre una mujer, quien es la titular de la vida humana y sobre quien recae la conducta homicida, destacando que no pueden equipararse los términos «sexo» e «identidad de género», ya que tienen un diferente significado. Sobre esta postura puede citarse al Acuerdo Plenario n.º 01-2016/CIJ-116 y la Casación 458-2020, Huancavelica. Inclusive los votos disidentes de los jueces Eduardo Vio Grossi y Elizabeth Odio Benito en el caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras.

Por otro lado, hay quienes sostienen que el desvalor de la conducta radica en el contexto de la violencia de género, el mismo que se evidencia igualmente en las conductas dirigidas contra las «mujeres trans», a quienes se castiga por desafiar las normas de género. Ejemplos de esta postura la encontramos en lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el voto en mayoría del Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 03378-2019-PA/TC, caso Vicky Hernández contra Honduras, y en el «Manual para el dictado de medidas de protección en el Marco de la Ley n.º 30364» de la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial.

## REFERENCIAS

Acuerdo Plenario n.º 01-2016/CIJ-116 (2016). Alcances del delito de Femicidio. Corte Suprema de Justicia de la República.

Acuerdo Plenario n.º 09-2019-CIJ/116 (2019). Violencia familia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición. Corte Suprema de Justicia de la República.

- Casación 458-2020-Huancavelica (2022). Corte Suprema de Justicia de la República.
- Caso González y otras vs. México (2009). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (16 de noviembre de 2009). [https://corteidh.or.cr/ver\\_ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=347&lang=es](https://corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347&lang=es)
- Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras (2021). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (26 de marzo 2021). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_422\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf)
- Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial. (2018). Manual para el dictado de medidas de protección en el Marco de la Ley n.º 30364.
- Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial. (2021). El feminicidio matar a una mujer por su condición de tal. Boletín jurídico 1, Poder Judicial.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1992). Recomendación n.º 19.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (2004). Recomendación n.º 25.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (2010). Recomendación n.º 28.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (2015). Recomendación n.º 33.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (2017). Recomendación n.º 35.
- Congreso de la República (2012a). Proyecto de Ley n.º 1616/2012.
- Congreso de la República (2012b) Proyecto de Ley n.º 20307/2012.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). (1979).

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. (1994). Convención Belém do Para.

Ley n.º 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, 2015.

Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Organización de las Naciones Unidas Mujeres México (s/f). La igualdad de género. <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Igualdad%20de%20Genero.pdf>

Recurso de Nulidad n.º 453-2019 – PJ. Lima Norte. Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. n.º 05652-2007-PA/TC (2008).

Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. n.º 3378-2019-PA/TC (2020).

## **Financiamiento**

Autofinanciado.

## **Conflicto de interés**

La autora declara no tener conflicto de interés.

## **Contribución de autoría**

Solo de la suscrita.

## **Biografía del autor**

Sofía Rivas La Madrid es fiscal provincial especializada en delitos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar de Lima. Es docente de la Escuela del Ministerio Público, adjunta en docencia en el curso de Derecho Penal II – Parte Especial I, dictado por el doctor Víctor Prado Saldarriaga en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y docente de la Escuela del Ministerio Público.

## **Correspondencia**

sofirivas@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 9, julio-diciembre, 2024, 231-262

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1054>

## Enseñanza transformadora del Derecho Penal con sentido humano para el acceso a la justicia. La experiencia del modelo en el Tecnológico de Monterrey

---

Transformative Teaching of Criminal Law with Human Sense for  
Access to Justice. The Experience of the Model at the Tecnológico  
de Monterrey

Ensino transformador do direito penal com sentido humano para  
acesso à justiça. A experiência do modelo no Tecnológico de  
Monterrey

**JULIANA VIVAR VERA**

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey  
(Puebla, México)

Contacto: [jvivarv@tec.mx](mailto:jvivarv@tec.mx)

<https://orcid.org/0000-0002-8759-9938>

**ARÁN GARCÍA SÁNCHEZ**

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey  
(Puebla, México)

Contacto: [agarci@tec.mx](mailto:agarci@tec.mx)

<https://orcid.org/0000-0002-8693-1177>

## RESUMEN

El panorama educativo y laboral de la carrera de Derecho en México es un desafío: 3440 instituciones la ofrecen, pero solo un 13 % de acreditadas hace dudar de su calidad. La enseñanza tradicional del Derecho Penal perpetuó un dogmatismo sin crítica en los estudiantes. En contraste, el Tecnológico de Monterrey innovó con un aprendizaje por competencias éticas y ciudadanas, y enseñanza clínica, que teoriza en la realidad. El programa «Voz de las Víctimas» integró la profesionalidad con el acceso a la justicia para grupos en situación de vulnerabilidad. Por medio del bloque de Derecho Penal y Delitos en Especial en el modelo educativo «Tec21», el estudio del feminicidio corrobora la hipótesis de que encuadrar la conducta a la descripción típica no es suficiente para su visión integral. Asimismo, limita el ejercicio propositivo de su reducción.

**Palabras clave:** enseñanza del derecho; aprendizaje por competencias; metodología de enseñanza; acceso a la justicia.

**Términos de indización:** educación jurídica; aprendizaje activo; método de enseñanza; derecho a la justicia. (Fuente: Tesouro Unesco).

## ABSTRACT

The educational and labor panorama of the Law Career in Mexico is a challenge; 3440 institutions offer it, 13 % of which are accredited, raising doubts about its quality. The traditional teaching of Criminal Law perpetuated dogmatism, without criticism in the students. In contrast, Tecnológico de Monterrey innovated with learning through ethical and citizen competencies and clinical teaching, which theorizes in reality. The «Voice of the Victims» program integrated professionalism with access to justice for groups in vulnerable situations. Through the Criminal Law and crimes block, especially in the «Tec21» educational model, the study of femicide corroborates

the hypothesis that framing the behavior within the typical description is not enough for its comprehensive vision. Likewise, it limits the purposeful exercise of its reduction.

**Key words:** legal education; competency-based learning; teaching methodology; access to justice; clinical teaching.

**Indexing terms:** legal education; active learning; teaching method; right to justice (Source: Unesco Thesaurus).

### RESUMO

O panorama educacional e trabalhista da Faculdade de Direito no México é um desafio; oferece 3.440 instituições, das quais 13 % são credenciadas, levantando dúvidas sobre sua qualidade. O ensino tradicional do Direito Penal perpetuou um dogmatismo acrítico nos estudantes. Em contrapartida, o Tecnológico de Monterrey inovou no aprendizado por meio de competências éticas e cidadãs e no ensino clínico, que teoriza na realidade. O programa «Voz das Vítimas» integrou o profissionalismo ao acesso à justiça para grupos em situação de vulnerabilidade. Por meio do bloco de Direito Penal e Crimes Especiais do modelo educacional «Tec21», o estudo do feminicídio corrobora a hipótese de que enquadrar o comportamento na descrição típica não é suficiente para sua visão abrangente. Da mesma forma, limita o exercício proposital da sua redução.

**Palavras-chave:** ensino de direito; aprendizagem baseada em competências; metodologia de ensino; acesso à justiça; ensino clínico.

**Termos de indexação:** educação jurídica; aprendizagem ativa; método de ensino; Direito à justiça (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 21/09/2024

**Revisado:** 24/09/2024

**Aceptado:** 07/12/2024

**Publicado en línea:** 28/12/2024

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo consiste en compartir la experiencia del diseño e implementación del bloque de Derecho Penal y Delitos en Especial del Tecnológico de Monterrey, que en 2019 modificó su plan de estudios, para ser un modelo de enseñanza basado en competencias denominado «Tec 21». El diseño por unidades de formación tiene como objetivo el cumplimiento de un reto o situación problemática; por carrera existe una unidad de formación con sello de sentido humano, que tiene como requisito el enfoque al cumplimiento de uno de los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU con intervención propositiva a una dificultad social. En la carrera de Derecho, el bloque de Derecho Penal y Delitos en Especial cuenta con este atributo y se dirigió al objetivo 5 de la ONU, «Igualdad de Género», con intención propositiva para la reducción del feminicidio, el fortalecimiento del Estado de derecho mediante el acceso a la justicia de las víctimas en México. Así, una de las competencias correspondientes al compromiso ético y ciudadano se plantea del siguiente modo: «construir soluciones comprometidas, sostenibles y solidarias ante los problemas y necesidades sociales, por medio de estrategias que fortalezcan la democracia y el bien común, en el contexto nacional, global o internacional».

El resultado de este método de enseñanza es que el derecho penal sustantivo reflexiona desde la realidad social en su amplio espectro, para lo cual las competencias disciplinares y transversales se combinan en una educación integral. El enfoque en la problemática del feminicidio permite el análisis crítico y propositivo contra la violencia de género, que hace transversal la visión del estudiante en el aprendizaje teórico y práctico para ponerlo al servicio de la sociedad y el acceso a la justicia, que da como resultado una enseñanza transformadora del derecho penal y de los delitos en especial.

Para lograr ello, este artículo se estructura en varios apartados. En principio, se presenta un panorama educativo y laboral de la carrera

de Derecho en México, donde se destaca la necesidad de mejorar la calidad de la formación jurídica. A continuación, se examina la transición de la educación tradicional en Derecho Penal hacia un enfoque por competencias, en la cual se enfatiza su relevancia para una enseñanza más efectiva y contextualizada. El tercer apartado aborda la experiencia en enseñanza clínica del Tecnológico de Monterrey, donde se implementan prácticas que favorecen el acceso a la justicia, en especial para grupos vulnerables. Finalmente, se detalla la metodología del bloque de Derecho Penal y Delitos en Especial, dentro del modelo educativo «Tec 21», que busca no solo formar profesionales competentes, sino también promover un compromiso ético hacia la justicia social. Este enfoque permitirá presentar los resultados obtenidos y reflexionar sobre la pertinencia de este modelo educativo en el contexto actual.

## **2. PANORAMA EDUCATIVO Y LABORAL DE LA CARRERA DE DERECHO EN MÉXICO**

En México, la carrera de Derecho se imparte en un gran número de instituciones de educación superior (IES), lo que refleja la popularidad y demanda de este campo de estudio. Según el informe 2022-2023 del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, existen 3440 instituciones de educación superior (IES) autorizadas para impartir la licenciatura en Derecho, de las cuales 2506 cuentan con programas activos (CEEAD, 2022).

De estas IES activas, el 90.6 % corresponde a instituciones privadas y el 9.4 % a instituciones públicas. Esta amplia oferta educativa en el sector privado puede deberse a varios factores, tales como la demanda de la sociedad por estudiar Derecho y las oportunidades de negocio que representan para dichas entidades (CEEAD, 2022). Sin embargo, a pesar del gran número de IES que ofrecen la carrera

de Derecho, solo el 13 % están acreditadas por organismos como CONFEDE, FIMPES, CONAMED, CIIES, COPAES, CACSLA, SACS e IIDEA. Esta tasa reducida de acreditación hace que pueda cuestionarse la calidad de algunos programas de Derecho y la preparación de los egresados para enfrentar los desafíos del mercado laboral (CEEAD, 2022).

En 2023, el estudio comparativo de carreras realizado por el Instituto Mexicano para la Competitividad reveló que 1 245 752 personas han estudiado la carrera de Derecho, convirtiéndose de ese modo en la carrera con mayor número de egresados en el país. Esto sugiere que, a pesar de la gran oferta educativa, la demanda por estudiar Derecho sigue siendo alta (IMCO, 2023). El estudio también destaca algunas disparidades en el mercado laboral para quienes son egresados de Derecho. Por ejemplo, las mujeres ganan en promedio un \$20 846 pesos mexicanos y los hombres ganan un promedio de \$23 349 pesos mexicanos, lo que refleja las brechas de género en el sector. Además, la tasa de ocupación es del 96.5 %, la de desempleo es de 3.5 %, y la informalidad alcanza el 28 %, lo que indica que un número significativo de los egresados no se ubica en empleos formales y bien remunerados (IMCO, 2023). El gran número de IES que ofrecen la carrera de Derecho en México refleja su popularidad y la demanda de este campo de estudio. Sin embargo, la baja tasa de acreditación de estas instituciones y las disparidades en el mercado laboral para los egresados sugiere la necesidad de mejorar la calidad de la educación jurídica.

Después de conocer el panorama educativo y laboral de la carrera de Derecho, resulta crucial destacar el papel central del proceso dialéctico (Hernández, 2007, pp. 188-189), que se configura por medio de la interacción entre tres elementos fundamentales: el docente, el alumnado y el contenido del aprendizaje. Este proceso dialéctico es esencial para entender cómo se estructura y se imparte el conocimiento jurídico en el país.

En el contexto mexicano, la enseñanza del Derecho se caracteriza por un enfoque tradicional. En este modelo, los docentes asumen el papel exclusivo de expertos en el contenido, mientras que el alumnado ocupa una posición pasiva como receptor de información. Este enfoque limita la participación de los estudiantes en el proceso educativo, restringiendo el desarrollo de habilidades críticas y de razonamiento. Como resultado, se pone en juego la capacidad del alumnado para analizar y aplicar el conocimiento jurídico de manera autónoma. Esta perspectiva tradicional en la enseñanza del Derecho no solo afecta la dinámica de aprendizaje, sino que también plantea desafíos significativos para la formación integral de los futuros profesionales del Derecho. Resulta fundamental que se reevalúen y ajusten las metodologías de enseñanza para promover un enfoque más interactivo y participativo, que fomente el pensamiento crítico y el desarrollo de habilidades prácticas esenciales para la práctica jurídica efectiva.

En relación con lo planteado, consideramos que, en la actualidad, de las 2553 instituciones de educación superior autorizadas para impartir la carrera de Derecho en México, un considerable número de ellas aún mantiene características propias de la enseñanza tradicional. De hecho, en muchos casos, estos rasgos tradicionales pueden considerarse el núcleo de la enseñanza del Derecho en dichas instituciones. Esto implica que los estudiantes que eligen estas instituciones a menudo lo hacen atraídos por el prestigio consolidado que poseen, el cual está estrechamente vinculado a las características de la escuela tradicional previamente mencionada, lo que deja de lado la enseñanza clínica en beneficio de grupos en situación de vulnerabilidad que les permita un acceso efectivo a la justicia y, en particular, en la materia penal. Lo que ciertamente se puede afirmar, es que la clínica es un método de enseñanza del Derecho, que tiene como insumo principal «caso real o simulado», que inicia al estudiante en la práctica profesional (Witker, 2007, p. 189).

### 3. LA TRADICIÓN EDUCATIVA DEL DERECHO PENAL Y EL APRENDIZAJE POR COMPETENCIAS

No solo en México, sino en Latinoamérica, se consideró en crisis a la enseñanza del derecho penal «debido a su atraso metodológico frente a otras disciplinas y la necesidad de adaptarse a una nueva condición social que surge con el posmodernismo» (Bayuelo, 2015, pp. 157-184). Este posmodernismo ha dejado atrás una conceptualización normativa, teórica y dogmática del derecho «visto como un conjunto abstracto y coherente de normas, separado de la esfera social, económica y política» (Ramallo, 2020, pp. 9-41).

La materia penal bajo el principio de exacta aplicación del derecho penal o principio de legalidad acentúa el tradicionalismo en la enseñanza con miras a perpetuar un derecho penal positivo que sigue un esquema dogmático de teoría del delito como base sustantiva y adjetiva, que deja a un lado su aplicación objetiva conforme a la realidad social de violencia y control estatal. El fundamento de legalidad impacta en la enseñanza procedimental del derecho penal, que tiene sus características en: «La preponderancia del maestro, la pasividad del alumno, el enfoque positivista del Derecho y la primacía del aprendizaje teórico se encuentran entre sus características» (Gerbaudo y Gómez, 2014, pp. 143-164).

Ante ello, en general, las universidades desarrollan modelos de enseñanza innovadores que miren a un progreso del pensamiento acerca de la condición humana con base en una epistemología constructivista, interpretadora de los problemas sociales con sentido ético y crítico, con el fin de mejorar el entorno social, político y económico (Bayuelo, 2015, pp. 177-182). De este modo, el desarrollo de las clases requiere practicidad; esto sucede, por ejemplo, en el caso de la materia de derecho procesal penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, donde

se utilizaron recursos como películas, casos prácticos, expedientes, exposiciones orales, medios de comunicación, blogs, entre otros, que ayudaron a las actividades extra aulas; entre ellas: visitas a instituciones policiales, a reclusorios y a las audiencias de juicios orales (Gerbaudo y Gómez, 2014, pp. 154-160).

Sin embargo, uno de los sistemas desarrollados que integra la epistemología constructivista, consiste en el sistema de aprendizaje por competencias, que permite un desarrollo paulatino y sistematizado del aprendizaje con miras a incidir en el entorno. Esta educación en la carrera de Derecho tiene características que la distinguen de la enseñanza tradicional, dado que:

el profesor es un instructor del conocimiento; es decir, los alumnos participan activamente en el salón de clases utilizando sus habilidades para lograr un aprendizaje significativo. Los alumnos van construyendo el conocimiento de acuerdo con lo investigado y la guía que siguen del docente. Las competencias profesionales principales en la formación de los licenciados en derecho son la interpretación, la sistematización, la integración, la argumentación y la aplicación, así como saber reflexionar, identificar, elegir, dominar e integrar los problemas sociales que se les presentarán en el ejercicio de la profesión. (Sanromán y Morales, 2016, pp. 179-203)

Por consiguiente, el proceso de enseñanza y aprendizaje está orientado a adquirir habilidades, conocimientos y actitudes para un desempeño idóneo, que redundan en el saber ser, el saber conocer y el saber hacer, con equilibrio entre la formación y el trabajo, la comprensión y búsqueda, con el objetivo de ser competitivo ante el alto grado de competencia. Por lo tanto, esto genera soluciones de éxito, la demostración de una mayor productividad de los resultados

desde la universidad hasta el medio laboral detonante de la formación por competencia para de este modo llevar al desarrollo personal y profesional de forma efectiva, y además idónea (Cejas Martínez et al., 2019, pp. 94-101).

Ahora bien, es en este sistema de enseñanza aprendizaje por competencias que el Tecnológico de Monterrey basó la modificación de su plan de estudios que desarrolla competencias por niveles. En el programa de la carrera de Derecho, estos niveles de desarrollo presentan una concatenación conforme al avance semestral educativo en diseño por materias o bloques, y cuyo cumplimiento se evidencia con la solución del reto o situación del problema planteado, el cual es evaluado de manera integral a las actividades previas llevadas a cabo. Sin embargo, tal como lo advierten Ríos Muñoz y Herrera Araya, el riesgo de la mecanización y transferencia automática de la evaluación está presente, la cual se presenta cuando se focaliza solamente a la consecución de objetivos concretos de adquisición de saberes y capacidades para el desenvolvimiento futuro en el mundo laboral. Se debe, pues, visualizar el enfoque evaluativo en su sentido formativo y con oportunidad de desarrollo de aprendizajes que refuercen y consoliden los procesos de autoaprendizaje y autorregulación de las prácticas pedagógicas estudiantiles para así fomentar la responsabilidad, crítica y autocrítica de los propios estudiantes, y la mejora en sus procesos de aprendizaje (2017, pp. 1073-1083).

La enseñanza jurídica hace unos años tenía como objetivos:

lograr que los estudiantes conozcan los principios y normas reguladoras del Derecho penal, para así, siendo capaces de conocer y utilizar las diferentes herramientas y técnicas que los capaciten en la búsqueda y solución de planteamientos teórico-prácticos, poder realizar por sí mismos la interpretación y aplicación de

los principios y normas penales, tanto de las vigentes, como de las que se producirán en el futuro. (Rodríguez Ferrández y Fernández Castejón, 2016)

Ahora bien, los principios y normas son las herramientas de garantía de los derechos humanos, que involucra la atención a vulnerabilidades reconocidas a nivel nacional e internacional, los conflictos y violencia sociales. La enseñanza se centra en la reflexión del entorno para un análisis crítico de suficiencia legal, donde lo disciplinar y transversal tengan significado integral en el aprendizaje. Así, en los bloques (como unidades de formación) se presentan retos para abordar el objeto de estudio como una cuestión del derecho de una manera más práctica, al considerar en primera instancia los derechos humanos como los mínimos requeridos a cumplir dentro de una sociedad, a fin de conducir a esta a buen puerto de la mano de una metodología de enseñanza clínica.

#### **4. LA ENSEÑANZA CLÍNICA Y ACCESO A LA JUSTICIA EN EL TECNOLÓGICO DE MONTERREY**

En los planes 2011, el diseño de las materias enfocadas al derecho penal parte de un enfoque teórico, y la forma de impartición con diversas técnicas didácticas conforme al modelo educativo, tales como estudio de casos, problema, proyecto, *storytelling*, aprendizaje colaborativo, entre otras (Tecnológico de Monterrey, 2000). Las prácticas de simulación de audiencias, visitas a instituciones, estudios de casos, juego de roles, debates, exposiciones, por ejemplo, eran parte de la metodología de la enseñanza en la disciplina. Aun así, no se concretaba la intervención directa en la sociedad con objetivo de transformación, a pesar de ser el servicio social uno de los atributos de las materias.

Más adelante, en el 2017, el Tecnológico de Monterrey implementó modelos de formación clínica en derecho como parte del

esfuerzo por integrar una enseñanza práctica en sus programas de licenciatura, alineados con el plan de estudios «Tec21». Este enfoque educativo responde a la necesidad de preparar estudiantes con competencias jurídicas tanto teóricas como prácticas, en continuidad con una tendencia creciente en la educación jurídica de incluir la práctica profesional en la enseñanza (Sandra Day O'Connor College of Law-Tecnológico de Monterrey, 2020, p. 12), al permitir a las víctimas un acceso efectivo a la justicia.

El proyecto «Voz de las Víctimas» resulta fundamental en este desarrollo, financiado por la Iniciativa Mérida y en colaboración con la Universidad Estatal de Arizona (ASU). Se ha implementado en cinco campus (Puebla, Chiapas, Toluca, Ciudad de México y Santa Fe). Este modelo permite a los estudiantes trabajar en casos reales bajo la supervisión de profesores y en colaboración con socios formadores, usualmente organizaciones defensoras de derechos de las víctimas. El enfoque pedagógico del proyecto sigue la metodología de «enseñanza-práctica-reflexión-repetición», por medio de la integración de la práctica profesional en el currículo y permitiendo a los estudiantes adquirir experiencia práctica relevante, mientras contribuyen al acceso a la justicia para poblaciones vulnerables. Los estudiantes participan de manera activa en el proceso penal, con la aplicación de conocimientos teóricos en contextos reales y el mejoramiento de sus habilidades jurídicas (Sandra Day O'Connor College of Law-Tecnológico de Monterrey, 2020, p. 12).

Desde 2002, el Tecnológico de Monterrey cuenta con el programa BUFETEC (Bufete de Servicio Social y Práctica Profesional), que permite a los estudiantes adquirir experiencia práctica en derecho civil, mercantil y familiar, mediante la prestación a la comunidad de servicios legales gratuitos. Aunque no es un modelo clínico en sentido estricto, BUFETEC ha sido esencial en la formación de estudiantes

para el desenvolvimiento de habilidades jurídicas y el cumplimiento de requisitos académicos, como el servicio social o las prácticas profesionales (Sandra Day O'Connor College of Law-Tecnológico de Monterrey, 2020, p. 12).

La combinación de bufetes de servicio social y clínicas de enseñanza práctica en la formación jurídica revela fortalezas complementarias. Los bufetes de servicio social ofrecen aprendizaje orgánico mediante la interacción directa con clientes y la resolución de problemas en tiempo real, con fortaleza en la responsabilidad social de los estudiantes. Las clínicas de enseñanza práctica proporcionan un entorno académico controlado para aplicar conocimientos teóricos por medio de un proceso estructurado, desarrollando competencias críticas como la toma de decisiones estratégicas y el pensamiento analítico (Sandra Day O'Connor College of Law-Tecnológico de Monterrey, 2020, pp. 13-14).

Las clínicas «Voz de las Víctimas» demostraron ser un modelo efectivo de educación jurídica y apoyo a la comunidad. Implementadas en seis clínicas (Puebla, Estado de México, Chihuahua, Chiapas, Ciudad de México y Santa Fe) permitieron una cobertura geográfica diversa y el acceso a la justicia en diferentes regiones del país. Desde 2017 y hasta el primer semestre de 2020, 52 estudiantes han participado de modo activo en las clínicas, bajo la supervisión de seis profesores y cinco profesores probono, con la colaboración de siete socios formadores. Asimismo, han atendido 420 casos o carpetas de investigación, distribuidos en diversos tipos de delitos. Los estudiantes y profesores invirtieron más de 10 800 horas de trabajo probono, brindando asesorías jurídicas, investigaciones, escritos legales y asistencia en audiencias judiciales (Sandra Day O'Connor College of Law-Tecnológico de Monterrey, 2020, p. 20).

El éxito de este modelo radica en la integración de la enseñanza práctica del derecho con un enfoque de servicio a la comunidad, dado

que brinda un beneficio tanto a la educación de futuros profesionales del derecho como acceso a la justicia para las víctimas.

En el plan 2019 denominado «Tec21» (Olivares et al., 2021), el modelo educativo fue innovador en el diseño por competencias, pues tuvo como cuestión diferenciadora la combinación disciplinar y transversal, así como niveles de dominio A, B y C que se observan en el desempeño de unidades de formación que son diseñadas en semanas Tec, semanas 18 o semestres Tec, todas materias y bloques de 5, 10 o 15 semanas de impartición, con contenidos disciplinares, procedimentales y actitudinales con una evidencia integradora para su evaluación. En ciertas materias o bloques, la impartición es multidisciplinar y con intervención de una o más instituciones socio formadoras. Algunas otras cuentan con el sello denominado «sentido humano», el cual trae consigo ciertos requisitos de cumplimiento para su evidencia.

En este modelo, la vertiente de derecho penal en su parte sustantiva se concentra en un bloque de 5 semanas y 80 horas, mientras que la parte adjetiva en dos materias de derecho de 20 horas cada una. En el bloque, la evidencia integradora consiste en el cumplimiento de un reto, para lo cual se destinan 40 horas de atención a los contenidos y 40 horas de solución del reto, y en las materias, una situación problemática que consiste en el análisis de una dificultad existente en la sociedad actual, a diferencia del reto que consiste en identificar la problemática y generar una propuesta concreta orientada a la solución de la problemática. Tanto las materias como el bloque tienen como fin cumplir las competencias, y subcompetencias disciplinares y transversales conforme al nivel de dominio en que se encuentran registradas por la vicerrectoría académica.

El bloque de Derecho Penal y Delitos en Especial se presenta en el cuarto semestre de la carrera de Derecho, y es el único en dicha carrera que contiene el sello de sentido humano, el cual posibilita abordar una problemática enmarcada en los Objetivos de Desarrollo

Sostenible de la ONU, puesto que pone en práctica subcompetencias de carácter disciplinar y, al mismo tiempo, al menos una relacionada con el compromiso ético y ciudadano. En pos de lograr tal objetivo, se requiere la colaboración de una organización socio formadora alineada a resolver la necesidad de acceso a la justicia en favor de grupos en situación de vulnerabilidad contemplada en la unidad de formación, así como también acreditar horas de servicio social. Con ello se pretende que desde las bases sustantivas disciplinares se vinculen los contenidos con la realidad social con sentido analítico, crítico e intervención en las problemáticas sociales. El derecho penal sustantivo no es más una materia teórica lejana a la práctica, donde cada contenido se vincula con problemas sociales a los que se pretende una propuesta de solución; asimismo, se trata de un aprendizaje activo, donde el rol del profesor es de asesor para que el alumnado logre obtener las respuestas y soluciones al reto planteado, aporta andamiajes y genera preguntas para alentar la particular manera de pensar (Olivares et al., 2021, pp. 46-47).

## 5. METODOLOGÍA DEL BLOQUE DE DERECHO PENAL Y DELITOS EN ESPECIAL

### 5.1. Diseño

En su parte estructural, el diseño del bloque partió de conjuntar lo disciplinar y lo transversal, con la consideración de las competencias institucionales. La competencia disciplinar asignada es «Defensa de los derechos humanos y del Estado de derecho» y la transversal «Compromiso ético y ciudadano». La primera se subdivide en otras dos subcompetencias, que pasaremos a mencionar: «Respeto a los derechos humanos», en la que el estudiante establece los escenarios posibles para la reparación del derecho humano vulnerado, cuando exista presunción fundada; y la restante: «Reparación por violación de derechos

humanos», en donde el estudiante selecciona el escenario que mejor satisface las pretensiones de la víctima, en los casos de comprobado peligro o violación de derechos humanos. La segunda se atendió desde la subcompetencia: «Compromiso ciudadano para la transformación social», en la cual el estudiante construye soluciones comprometidas, sostenibles y solidarias ante los problemas y necesidades sociales, por medio de estrategias que fortalezcan la democracia y el bien común. Basados en estas evidencias, los contenidos, las actividades y el reto fueron diseñados para que de ese modo queden reflejadas. Todas estas competencias y subcompetencias fueron enfocadas para el acceso a la justicia en favor de grupos en situación de vulnerabilidad.

En la enseñanza por competencias, el saber complejo se integra por los contenidos conceptuales, procedimentales y actitudinales, de los cuales se espera el dominio, pero no solo para una ejecución mecánica, sino que significa «analizarlas como un conjunto integrado que interactúa entre sí y que no puede estar aislado, ya que dependen de un contexto específico y de factores personales para lograr un desarrollo apropiado en el ámbito que se desea transferir» (Ríos Muñoz y Herrera Araya, 2017, p. 1076). Por ello es por lo que se consideró el semestre en que se encuentra el bloque y el nivel de desarrollo de competencias que tiene acreditado el estudiante, para desde allí partir a la construcción del bloque. En este sentido, el bloque se localiza en el cuarto semestre del plan de estudios y las competencias acreditadas previamente dieron lugar a considerar nivel «B», que indica lo siguiente: Establece los escenarios posibles para la reparación del derecho humano vulnerado, en un contexto social, político y económico concreto, tanto en el ámbito nacional como internacional; así también: Selecciona el escenario que mejor satisface las pretensiones de la víctima, en los casos de comprobado peligro o violación de derechos humanos, y considerando tanto el sistema jurídico mexicano como los sistemas regional e internacional de protección de los derechos humanos.

Conoce y aplica el marco jurídico regional e internacional de protección de derechos humanos, así como las acciones procesales que pueden promoverse en dichos ámbitos, al participar en los procedimientos jurisdiccionales y contencioso-administrativo, en diferentes roles, en casos reales actuados en el aula, aplicando el pensamiento crítico en la argumentación oral y escrita. Reflexiona en los casos reales analizados y muestra actitudes de liderazgo, responsabilidad social y sentido humano. En cuanto a la subcompetencia transversal el nivel «C» señala: Construye soluciones comprometidas, sostenibles y solidarias ante los problemas y necesidades sociales, por medio de estrategias que fortalezcan la democracia y el bien común, en el contexto nacional, global o internacional. Para la construcción de estas soluciones, promueve la colaboración entre los actores involucrados, se apoya en teorías relacionadas con la ciudadanía, la responsabilidad social y las ciencias sociales en general, así como en metodologías de investigación de campo o propuestas de desarrollo social, y en el diseño de indicadores de evaluación de impacto. Estas competencias son particularizadas en la materia con una tabla de criterios, que al momento de la evaluación son un referente para la evidencia del desarrollo de competencias disciplinares y transversales, enfocadas al acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad en el ámbito del derecho penal y delitos en especial.

Ahora bien, si tomamos la base anterior, los contenidos fueron divididos en dos módulos, denominados: Módulo 1. El derecho penal. Parte general, teoría del delito y de la pena; y Módulo 2: Delitos en especial con tiempo de impartición de veinte horas cada uno y con contenidos disciplinares, procedimentales y actitudinales diferenciados por módulo. En este marco, los contenidos de los módulos ofrecen a los estudiantes las herramientas para avanzar en el reto porque como menciona «ser competente implica disponer de un equipamiento

profesional y de utilizar los recursos necesarios para desarrollar una determinada actividad» (Tejeda Fernández y Ruiz Bueno, 2016, pp. 17-38).

En este bloque el reto tiene en su desarrollo la misión de observar hacia el logro del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 5 de la ONU: Igualdad de Género, el cual está como uno de los requisitos del sello denominado: «Sentido Humano», que este bloque presenta en el plan de estudios. Ello resulta fundamental, puesto que al ser una materia que trata de la violencia, es crucial reflexionar desde el propio derecho y la ética social. Asimismo, cuando se parte de una visión de género para una pedagogía feminista que dé la oportunidad de preguntarse:

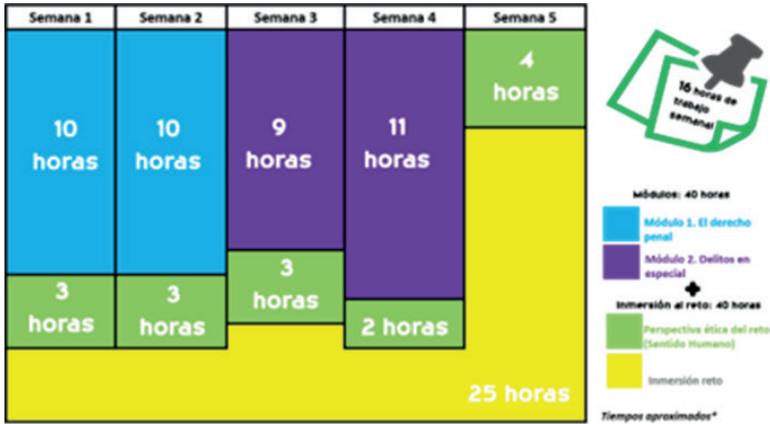
¿Es necesario proponer y pensar una pedagogía feminista que desnaturalice e identifique los recursos didácticos con los que nos fue transmitido y enseñado un derecho patriarcal?, ¿resultan adecuadas las mismas estrategias didácticas para transmitir un derecho patriarcal o un derecho con perspectiva de género y diversidad?, ¿es necesario pensar en otras prácticas de intervención que construyan espacios de aprendizaje más igualitario, con las dificultades y resistencias que ello implica? (Andriola, 2021)

Estas interrogantes tienen como fin incentivar el acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad.

De este modo, el reto se diseñó para un tiempo de ejecución de cuarenta horas distribuidas a lo largo de las cinco semanas, y con especial dedicación en la quinta semana. El reto tiene destinado tiempo de reflexión y ejecución integral. Ello se muestra a continuación:

Figura 1

*Bloque de 40 horas*



Sobre la base de lo anterior, el tema central del reto es el femicidio en México y fue denominado: «Política legislativa contra el femicidio en México», que consiste en elaborar un estudio normativo y de política legislativa en materia de violencia contra la mujer que analice el tipo penal de femicidio y su diseño en los códigos penales. Además, analizar las acciones institucionales o de política pública realizadas por México y su efectividad. Con ese diagnóstico, elaborar la propuesta de política legislativa que incluya acciones, reformas, indicadores u otros elementos de impacto social, político y económico, con el fin de disminuir el delito de femicidio en México y al mismo tiempo garantizar y proteger derechos humanos de las mujeres.

Por lo tanto, en pos de lograr los objetivos del reto, el grupo participa en un contexto real. Para ello se identifica una Organización Socio Formadora (OSF), con la cual interactúan a lo largo del bloque para resolver el reto. Esto quiere decir que, al finalizar el bloque, el estudiante no solo habrá sido capaz de identificar una problemática de carácter social, sino que, además, generará una propuesta concreta orientada a la solución de la problemática abordada a lo largo del reto.

Esto reforzará su compromiso ciudadano para la transformación social y con ello su sentido humano, dado que se espera el impacto social de la política legislativa propuesta. Asimismo, de forma administrativa, el estudiante tendrá la oportunidad de acreditar hasta 80 horas de servicio social conforme a los requisitos solicitado por el Departamento de Sentido Humano del Tecnológico de Monterrey (Tecnológico de Monterrey, 2020).

Por último, se realizó el diseño del plan de evaluación, en el que se tuvo presente lo siguiente:

la evaluación es un proceso en el que la recogida de información está en función de los objetivos, y sirve para tomar decisiones sobre todos los componentes implicados en el proceso de enseñanza-aprendizaje (...) Es por ello que resulta del todo necesaria la inclusión de la evaluación continua, ofreciendo de este modo retroalimentación tanto al docente como al discente para plantear perspectivas y estrategias de mejora. (Rodríguez Ferrández y Fernández Castejón, 2016, pp. 17-18)

De este modo, la evaluación del bloque está integrada por las actividades grupales y/o individuales a las que se les asignó un valor cuantitativo, por las evidencias solicitadas para demostrar el logro del nivel de dominio y por los momentos de retroalimentación que tendrá el estudiante a lo largo de la Unidad de Formación. Las actividades consisten precisamente en las tareas que realizará el estudiante como parte de la construcción y adquisición de los contenidos de aprendizaje incluidos en cada módulo y/o asociados al reto. El resultado de algunas de ellas impacta en la evaluación integral del bloque, y todas cuentan con la posibilidad de ser modificadas por quienes imparten el bloque.

## Figura 2

### *Actividades de los módulos 1 y 2*

Actividades	Ponderación
<b>Módulo 1. Derecho Penal</b>	
Actividad 1. El Derecho penal en la sociedad	5
Actividad 2. Análisis del tipo penal de feminicidio	10
Actividad 3. El contexto de la violencia de género y el feminicidio	10
<b>Módulo 2. Delitos en Especial</b>	
Actividad 4. Análisis dogmático de los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.	10
Actividad 5. Estudio jurídico-penal sobre un delito contra el patrimonio	10
<b>Total</b>	<b>45 pts.</b>

La evidencia de nivel de dominio de subcompetencia, como su nombre lo indica, permite observar niveles de dominio de subcompetencias. El resultado impacta tanto en la evaluación final del bloque como en la evaluación integral de las competencias de egreso. La evaluación puede ser de modo colegiado, entre los profesores de bloque, el coordinador y/o el socio formador.

## Figura 3

### *Evaluación de la evidencia*

Evidencia	Evaluadores	SDE0201B	SDE0202B	SEGO404C	Ponderación
Evidencia. Política legislativa contra el feminicidio en México	Profesores y socio formador	X	X	X	55
<b>Total</b>					<b>55 pts.</b>

Finalmente, la retroalimentación dará al estudiante la posibilidad de mejorar su desempeño en cuanto al desarrollo del nivel de dominio de las subcompetencias. Dentro del bloque recibirá retroalimentación al término de cada módulo bajo tres perspectivas: a) qué se esperaba; b) cómo se hizo; y c) qué se debe hacer para mejorar o seguir el desarrollo.

Este método integral de evaluación da cuenta de la forma objetiva de un aprendizaje por competencias que tiene:

sentido formativo y como una oportunidad de desarrollo de aprendizajes que refuerzan y consolidan los procesos de autoaprendizaje y autorregulación de las prácticas pedagógicas y estudiantiles, fomentando la responsabilidad, crítica y autocrítica de los propios estudiantes para que mejoren sus procesos de aprendizaje. (Ríos Muñoz y Herrera Araya, 2017, p. 1084)

## 5.2. Implementación

Con anterioridad al inicio de cursos, fue fundamental comprender el bloque en su contexto, objetivos, metas y entregables. Por ese motivo se realizó una transferencia a quienes impartirían el bloque en los diferentes campus, consistente en el envío de un manual del docente que da explicación detallada de cada parte de la Unidad de Formación, para posteriormente formalizar una reunión virtual para la explicación del bloque en la plataforma académica «Canvas» y la plataforma «E-Lumen», con la que se vincula la tabla de criterios de la evidencia integradora.

Ahora bien, como el perfil requerido del docente es disciplinar y transversal, resultó posible que participaran profesores de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno, y de la Escuela de Humanidades y Educación. De esta manera, se dio la coordinación entre el docente disciplinar y transversal para la implementación, en cuanto a las intervenciones en el bloque, de tal forma de complementarse en la transmisión del conocimiento.

El diseño permitió que la organización socio formadora fuera elegida por cada campus implementador, y cubrir los requisitos mencionados en el diseño. Así pues, la necesidad de la Organización

para una mejor intervención social en el combate al feminicidio debería ser solucionada por la propuesta en la evidencia integradora. En el caso de campus Puebla, se trató de «Justicia Ciudadana A. C.», la «que es una organización de la sociedad civil que tiene como objetivo la atención a víctimas del delito» (Justicia Ciudadana de Puebla, 2023). De forma conjunta, la preparación para la impartición fue necesaria para lograr los objetivos de la unidad de formación y los de la Organización en cuestión de atención a víctimas de feminicidio, cuya necesidad principal se trató de la falta de un protocolo especializado a posibles víctimas de feminicidio, así como a víctimas indirectas.

Desde el primer día, para una implementación exitosa, se explicaron detalladamente los objetivos, contenidos, forma de trabajo, interacciones entre estudiantes y con los impartidores (docente disciplinar, transversal y representante de la organización socio formadora), así como entregables del bloque (estudio de política legislativa para reducir el feminicidio, por ejemplo, el protocolo especializado de atención a víctimas de feminicidio). El reto fue desarrollado con técnica de aprendizaje colaborativo, por lo que desde la segunda sesión fueron conformados tres equipos de trabajo y designadas responsabilidades a cada integrante; así, los momentos de trabajo en clase fueron en plenaria y en reunión de grupos pequeños, lo que permitió que las retroalimentaciones fueran más constantes que las contempladas en el diseño.

El seguimiento de las sesiones fue armado en conjunto por el equipo impartidor, principalmente entre los profesores. En todo momento, los contenidos disciplinares fueron reflexionados desde la ética, donde el derecho penal y los delitos en particular esperan un análisis crítico profundo que el tecnicismo legal no puede ofrecer, de verse solo como «hecho que la ley señale como delito» en la parte sustantiva de la teoría del delito, que concibe un derecho penal punitivo sin visión transformadora de la sociedad. Por tanto, la filosofía permite

reflexiones profundas de la cotidianidad y la generación de violencia, que resulta en daño y sufrimiento en las personas que acuden a las instituciones estatales con una expectativa de justicia. De esta manera se desarrolló todo el contenido y se enfatizó en el delito de feminicidio, que es el tema principal del reto. El estudio de este delito fue analizado en su espectro más amplio que combina no solo su encuadramiento con la descripción típica del Código Penal, es decir, visto desde el estudio del principio de fragmentariedad o más bien, como «criminalización primaria» de conductas sociales (Zaffaroni, 2006, pp. 10-12). La problemática que resulta en la muerte de un cuerpo envuelve aspectos más allá de este fatal resultado; la violencia previa en la mayoría de los casos feminicidas debe ser analizada desde la perspectiva de género en el contexto de interseccionalidad y asimetría de poder en la vida de la mayoría de las mujeres; es decir, la utilización de una pedagogía feminista en conjunto con una pedagogía crítica, pues de este modo se atiende a una «ciudadanía comprometida y responsable, necesaria para generar ciudadanía ética, una democracia que no deje a nadie atrás, que incluye corresponsabilidad, reciprocidad, cuidado mutuo, tejido social, frente al modelo neoliberal» (Aguilar Rodenas, 2021, párr. 3).

La intervención de la representante de Justicia Ciudadana fue activa, puesto que dio seguimiento a las sesiones para alimentar los temas teóricos con la realidad delictiva y de atención a víctimas de delitos, principalmente en cuestiones de violencia de género. Asimismo, procedió a dar continuidad a la construcción del reto en la evidencia de investigación para la política legislativa y en la realización del protocolo de atención a víctimas de feminicidio para que los equipos fueran sensibles a la necesidad de atención especial, y responsable de las personas y de sus familiares que sufren violencia de género. Ello se complementó con la charla de expertos en filosofía que dieron contexto a las realidades de las violencias contra la mujer.

Esta metodología de impartición permite que cada tema y no únicamente el del reto se reflexione en el contexto social de violencia, así como el alcance del control que ejerce el Estado. De esta forma, la última sesión fue destinada a presentación de entregables y resultados, como cumplimiento académico, el estudio de política legislativa contra el feminicidio en México, y a la organización socio formadora «Justicia Ciudadana» para la intervención transformadora de la sociedad, en la atención de mujeres víctimas de violencia feminicida por medio de tres protocolos de atención diferenciados.

## 6. RESULTADOS

El grupo presentó interés en cada tema tratado. La forma transversal de desarrollar el reto permitió que los estudiantes se interesaran en la temática principal, conforme lo desarrollaban. Al término de la investigación de política legislativa respecto al panorama del feminicidio en México, expresaron su sorpresa ante la magnitud de la problemática.

Los trabajos de investigación fueron exhaustivos y estructurados, en conformidad con los lineamientos y rúbrica de evaluación con partes de investigación, análisis y propuesta de reducción del feminicidio en México, que lo constituye el marco teórico, marco normativo, cifras, casos emblemáticos, impacto social, económico y político, y actuación de instituciones públicas, privadas y de la sociedad civil para atender la problemática. Ahora bien, otro resultado fundamental fue la constatación de que la comunidad discente comprendió la necesidad del diálogo interdisciplinar; así, de la interacción entre filosofía y derecho hallaron una metodológica que planteará las preguntas adecuadas ante situaciones específicas que les permitirán ahondar en ellas y, a su vez, coadyuvar por medio de indagatorias en la generación de respuestas.

Los protocolos de atención a víctimas de feminicidio fueron distintivos de la perspectiva de género que necesitaba la institución socio formadora para atender los casos, incluso de posibles víctimas de feminicidios. Por ello, los tres protocolos se centraron en el proceso de atención desde el primer contacto hasta la finalización del proceso de atención victimal de forma integral (no solo legal sino conforme a lo previsto en la Ley General de Víctimas), en casos de delitos de violencia contra las mujeres, es decir, no únicamente a víctimas indirectas de feminicidio consumado. Para tal efecto, se plantearon sinergias con otras instituciones (la Secretaría de Igualdad Sustantiva), capacitaciones, búsqueda de recursos económicos (mediante proyectos académicos y sociales de impacto ante el sector privado y público), continuar y ampliar el trabajo de clínica jurídica penal, es decir, dar seguimiento a casos con responsabilidad para estudiantes como lo trabaja con los que asisten al Tecnológico de Monterrey, tanto en formato presencial como virtual (Vera, 2021, pp. 467-477). Estos protocolos fueron presentados por la directora jurídica de «Justicia Ciudadana» a su equipo legal; con el fin de contar con sus puntos de vista extrajeron las principales aportaciones de cada protocolo que a su vez se complementan con la investigación de política legislativa que amplía el conocimiento de abogados y pasantes en la institución. De forma práctica, los protocolos se implementaron principalmente en la entrevista de víctima de tentativa de feminicidio, que funcionó debido al resguardo de esta, y el paso a paso en la entrevista permitió la no revictimización. Asimismo, el contar con protocolos especializados y aplicarlos posibilitó que la organización firmara convenio con la Comisión estatal de atención a víctimas del Estado de Puebla para que los casos victimales de estos delitos sean canalizados a la organización; de este modo, los protocolos seguirán con su aplicación.

## 7. CONCLUSIONES

En México, la enseñanza del Derecho enfrenta un panorama dual; por un lado, una alta demanda educativa que se traduce en un gran número de instituciones y, por otro, una preocupante baja tasa de acreditación que cuestiona la calidad de los programas formativos. A pesar de que la carrera es la más popular, las disparidades salariales y la alta informalidad en el empleo de los egresados evidencian deficiencias en su preparación para el mercado laboral. Además, el predominio de un enfoque tradicional en la enseñanza limita el desarrollo de habilidades críticas y prácticas esenciales. Para formar profesionales competentes y comprometidos con la justicia social, resulta fundamental que las instituciones educativas adopten metodologías más interactivas y participativas que favorezcan un aprendizaje activo y una mejor preparación para enfrentar los desafíos del ejercicio profesional en un contexto donde el acceso a la justicia sigue convirtiéndose en una necesidad urgente.

La enseñanza del derecho penal y de los delitos en particular tiene, a diferencia de otras materias, una tradición clásica por el principio de legalidad que envuelve a la materia. Sin embargo, esto no debe ser impedimento para la innovación de enseñanza-aprendizaje que ofrece el aprendizaje por competencias si estas son vistas como un proceso formativo integral que se combina con la reflexión crítica profunda de lo social y la generación de violencia, es decir, un proceso humano y no mecánico de «poder hacer». Aún más, cuando el enfoque de esta enseñanza conlleva la llamada «pedagogía feminista» que sensibiliza al estudiante en la violencia de género, le permite ser crítico para el actuar propositivamente en beneficio de los grupos (como las mujeres) en situación de vulnerabilidad. La experiencia del bloque de derecho penal y delitos en especial da cuenta de la importancia y responsabilidad que implica el aprendizaje disciplinar, transversal

y con enfoques específicos que llevaron a un aprendizaje integral del derecho penal y de los delitos en particular, principalmente con enfoque en el feminicidio, un claro ejemplo de delito que no solamente implica a la ley sino al acceso a la justicia. La relación entre la ética y el derecho permitió generar el andamiaje de análisis necesario que requiere el derecho para abordar ciertas situaciones que solicitan una conceptualización clara, un ejercicio reflexivo profundo y, consecuentemente, un proceder justo ante determinadas situaciones concretas de la vida humana.

El impacto que tuvieron los entregables en la sociedad, por medio de la aplicación por la organización socio formadora, evidencian que el trabajo académico no debe esperar que el estudiante culmine la carrera profesional, sino que sea capaz desde el cuarto semestre de licenciatura (como referente al plan de estudios del Tecnológico de Monterrey) de generar reflexiones profundas, análisis crítico y propuesta de acción para combatir problemáticas sociales que dañan a las personas en situación de vulnerabilidad.

## REFERENCIAS

- Aguilar Rodenas, C. (2021). Pedagogía(s) feminista(s). *Revista con la a*, (76). [https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/194887/aguilar\\_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/194887/aguilar_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Andriola, K. A. (2021). ¿Una pedagogía feminista para la enseñanza del derecho? *Trayectorias Universitarias*, 7(13). <https://doi.org/10.24215/24690090e083>
- Bayuelo, P. A. (2015). La educación y el derecho en torno a un nuevo paradigma transformador. *Justicia*, 27, 167-184. <https://biblat.unam.mx/es/revista/justicia-barranquilla/articulo/la-educacion-y-el-derecho-en-torno-a-un-nuevo-paradigma-transformador>

- Cejas Martínez, M. F., Rueda Manzano, M. J., Cayo Lema, L. E. y Villa Andrade, L. C. (2019). Formación por competencias: Reto de la educación superior. *Revista de Ciencias Sociales*, XXV(1), 94-101. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/racs/article/view/27298>
- Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho (2022). Informe anual. [https://media.ccead.org.mx/biblioteca/informes-anales-y-boletines/Informe\\_Anual-2022-DIGITAL.pdf](https://media.ccead.org.mx/biblioteca/informes-anales-y-boletines/Informe_Anual-2022-DIGITAL.pdf)
- Gerbaudo, G. D. y Gómez, A. (2014). La enseñanza del derecho procesal penal. Experiencias educativas. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, (24), 143-164. <https://bit.ly/3AzURWp>
- Hernández, M. del P. (2007). La enseñanza del derecho en México. En Cienfuegos Salgado, D. y Macías Vázquez, M. del C. (coords.). *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales* (pp. 188-189). UNAM.
- Instituto Mexicano para la Competitividad (2023). Compara carreras: Derecho. <https://comparacarreras.imco.org.mx/#Inicio>
- Justicia Ciudadana de Puebla (2023). Apoyo a víctimas de delito. <https://justiciaciudadanapuebla.org/>
- Olivares Olivares, S. L., López Islas, J. R., Pineda Garín, M. J., Rodríguez Chapa, J. A., Aguayo Hernández, C. H. y Peña Ortega, L. O. (2021). *Modelo Educativo Tec21: Retos para una vivencia que transforma*. Editorial Digital Tecnológico de Monterrey.
- Ramallo, M. de los Á. (2020). La tradición formalista en la enseñanza del derecho y su impacto en la formación práctica. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 7(1), 9-41. DOI <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.54934>

- Ríos Muñoz, D. y Herrera Araya, D. (2017). Los desafíos de la evaluación por competencias en el ámbito educativo. *Educ. Pesqui*, 43(4), 1073-1083, <https://doi.org/10.1590/S1678-4634201706164230>
- Rodríguez Ferrández, S. y Fernández Castejón, E. (2016). El modelo de la enseñanza-aprendizaje en el derecho penal. *Revista de Educación y Derecho*, (13), 1-22. <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/15503/18658>
- Sanromán, R. y Morales, L. G. (2016). La educación por competencias en el campo del derecho, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49(146), 179-203.
- Sandra Day O'Connor College of Law-Tecnológico de Monterrey (2020). Sistematización de la Experiencia en la Educación Clínica 2017-2020. Programa «Voz de las víctimas», Arizona State University y Escuela de Gobierno y Transformación Pública Tecnológico de Monterrey.
- Tecnológico de Monterrey (2000). *Las técnicas didácticas en el modelo educativo del Tec de Monterrey*. Dirección de Investigación y Desarrollo Educativo del Sistema, Vicerrectoría Académica, 2010. [http://sitios.itesm.mx/va/dide/docs\\_internos/inf-doc/tecnicas-modelo.PDF](http://sitios.itesm.mx/va/dide/docs_internos/inf-doc/tecnicas-modelo.PDF)
- Tecnológico de Monterrey (2020). Bloque de 80 horas. <https://view.genial.ly/5f6cc6659a3fe10d8d10997d/dossier-reporting-bloques-80-horas>
- Tejeda Fernández, J. y Ruiz Bueno, C. (2016). Evaluación de competencias profesionales en educación superior: Retos e implicaciones. *Educación XXI*, 19(1), 17-38. doi: <https://doi.org/10.5944/educXX1.12175>

Vera, J. V. (2021). Online criminal clinic. Proceedings of the International Conference on Education, 7(1), 467-477, <https://doi.org/10.17501/24246700.2021.7147>

Witker, J. (2007), La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico. *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, (10), 181-210.

Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de derecho penal*. Parte general (2.<sup>a</sup> ed.). Ediar.

### **Financiamiento**

Autofinanciado.

### **Conflicto de interés**

Los autores declaran no tener conflicto de interés.

### **Contribución de autoría**

Los autores contribuyeron de la siguiente manera: (i) recojo o adquisición 50 % cada uno, análisis o interpretación de datos para el trabajo o la concepción o diseño del trabajo 50 % cada uno; (ii) redacción del trabajo o su revisión crítica al contenido intelectual importante 50 % cada uno; (iii) aprobación final de la versión que se publicará 50 %.

### **Biografía de los autores**

Juliana Vivar Vera es doctora en Derecho, maestra en Derecho y maestra en Ciencias Penales. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Forma parte del Tecnológico de Monterrey desde 2009, y se desempeña como profesora investigadora de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno. Es miembro del Comité editorial del Tecnológico de Monterrey, cuenta con clasificación docente y de investigación. Su línea de investigación es el control estatal de la violencia con enfoque en enseñanza del derecho, género, justicia penal indígena e inteligencia artificial.

Arán García Sánchez es doctor en Derecho, máster en Derecho de Familia e Infancia, maestro en Derecho Corporativo y Empresarial. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Forma parte del claustro académico del Tecnológico de Monterrey desde 2009 y se desempeña como director del Departamento de Derecho en la Región Centro-Occidente. Es profesor clasificado orientado a la investigación. Su línea es el derecho de las familias en el ámbito matrimonialista y los derechos de la infancia. Es autor de *Retrospectiva del matrimonio en México*, capítulo «Matrimonio y redes sociales en México: una aproximación a partir de la comunicación privada», Universidad de Navarra, 2023. *Rediseñar el divorcio a partir del derecho procesal civil administrativo en la era digital*, Universiät Würzburg, 2023.

### **Correspondencia**

agarci@tec.mx



# 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 9, julio-diciembre, 2024, 263-303

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1053>

## El derecho humano a la vivienda digna y las posibilidades de acceso a la justicia para su protección a favor de los sectores vulnerables

The Human Right to Decent Housing and the Possibilities of Access  
to Justice for its Protection in Favor of Vulnerable Sectors

O direito humano à habitação digna e as possibilidades de acesso à  
justiça para a sua proteção em favor dos setores vulneráveis

JOEL EMERSON HUANCAPAZA HILASACA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Lima, Perú)

Contacto: [joel.huancapaza@unmsm.edu.pe](mailto:joel.huancapaza@unmsm.edu.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-9324-1860>

### RESUMEN

El mejor criterio para entender la importancia del derecho a la vivienda adecuada o vivienda digna es el de sus fundamentos jurídicos. El problema es que mucha tinta ha corrido por parte de abogados y jueces, sin distinguir que, en cuanto a derechos humanos, como el de la vivienda digna, caben dos tipos de fundamentos: fundamentos visibles y fundamentos invisibles. Los primeros tienen que ver con el marco normativo internacional y nacional, mientras que los segundos tienen que

ver con el peso moral que tiene dicho marco normativo. En el presente trabajo se exponen los fundamentos visibles de manera preeminente y se deja un esbozo preliminar de los fundamentos invisibles.

**Palabras clave:** vivienda adecuada; dignidad; vulnerabilidad; pobreza.

**Términos de indización:** housing needs, moral standards, poverty, living conditions (Fuente: Tesouro Unesco).

### ABSTRACT

The best criterion to understand the importance of the right to adequate housing or decent housing is its legal foundations. The problem is that a lot of ink has been spilled by lawyers and judges without distinguishing that when it comes to human rights such as decent housing, there are two types of foundations: visible foundations and invisible foundations. The first has to do with the international and national regulatory framework; while the latter have to do with the moral weight that said regulatory framework has. In the present work, the visible foundations are preeminently exposed, and a preliminary outline of the invisible foundations is left.

**Key words:** Adequate housing; dignity, vulnerability, poverty.

**Indexing terms:** housing needs, moral standards, poverty, living conditions (Source: Unesco Thesaurus).

### RESUMO

O melhor critério para compreender a importância do direito à habitação adequada ou à habitação digna são os seus fundamentos jurídicos. O problema é que muita tinta tem sido derramada por advogados e juízes sem distinguir que quando se trata de direitos humanos, como uma habitação digna, existem dois tipos de fundações: fundações visíveis e fundações invisíveis. A primeira tem a ver com o quadro regulamentar

internacional e nacional; enquanto estes últimos têm a ver com o peso moral que o referido quadro regulamentar tem. No presente trabalho, as fundações visíveis são expostas de forma preeminente e é deixado um esboço preliminar das fundações invisíveis.

**Palavras-chave:** moradia adequada, dignidade, vulnerabilidade, pobreza.

**Termos de indexação:** necessidades de habitação, padrões morais, pobreza, condições de vida (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 21/09/2024

**Revisado:** 24/09/2024

**Aceptado:** 07/12/2024

**Publicado en línea:** 28/12/2024

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo une el tema de la vivienda digna o adecuada en tanto derecho humano con el del acceso a la tutela judicial efectiva de los sectores vulnerables que no cuentan, precisamente, con vivienda adecuada. Nuestro argumento central, por tanto, descansa en las posibilidades de acceso a la justicia para la protección del derecho a la vivienda digna. Y es que, en cuanto a este derecho, podemos encontrar un antecedente cercano en la Constitución de 1979, que lo consideraba expresamente en el texto constitucional como derecho fundamental a la vivienda decorosa. Sin embargo, luego de la entrada en vigor de la actual Constitución se ha oscurecido su vigencia y protección, pues expresamente no se le advierte en el nuevo texto constitucional de 1993. Es allí donde inician los problemas jurídicos e interpretativos que pretendemos abordar en el presente trabajo, buscando «otra forma de pensar el Derecho» (2013).

En la primera parte del artículo, encontramos una exposición de hechos con respecto a un caso argentino sobre acceso a la justicia

y derecho a la vivienda adecuada; igualmente, encontramos una exposición jurisprudencial del mismo. En la segunda parte, abordamos los fundamentos de interpretación jurídica del derecho a la vivienda adecuada a nivel internacional. En la tercera parte, hacemos un recuento de los fundamentos de este derecho en el ámbito nacional peruano. Y, finalmente, en la cuarta parte, exponemos doctrina jurídica con respecto a este derecho, junto con un esbozo sobre los fundamentos éticos y morales que deben ser tomados en cuenta por la administración de justicia a fin de otorgar tutela judicial en estos casos.

## 2. CONTEXTUALIZACIÓN

### 2.1. Exposición de hechos de un caso argentino

Latinoamérica. Una señora que cargaba a su bebé en brazos, una de los miles de personas sin vivienda adecuada. Caminaba por una de las calles de una de las ciudades con mayor aglomeración urbana, Buenos Aires. Era de noche. Había sido abandonada por el padre de su bebé después de que este naciera en el año 2005. Se sentía sola y cansada, culpable y desesperada. Sus ambiciones se habían concentrado en dos asuntos: que su criatura sobreviviera y que puedan dormir en un lugar seguro.

Cada noche buscaba ser beneficiada por el servicio de asistencia social de la ciudad. Si alcanzaba un cupo, se trasladaba desde la calle a paraderos, hoteles, casillas o refugios. A veces, cuando no tenía suerte, dormía en la calle.

Sufría en cuerpo y alma. Pronto, el menor que había nacido en el 2005 cumplió dos años. Desde el 2007, su madre había empezado a contar con subsidios que llegaron progresivamente a un monto cercano a 150 dólares. Se trataba de subsidios estatales y temporales que habrían finalizado pronto. Por eso, la madre del menor solicitó judicialmente la prolongación de estos.

En una apuesta de sobrevivencia, acudió a las Cortes de Justicia. Su caso fue judicializado gracias a la asesoría de defensores públicos. Estos habían presentado una medida cautelar la misma que fue concedida. Así, por lo pronto, la madre y su menor hijo seguían siendo beneficiarios de las políticas de asistencia social. Al menos, habían podido cubrir sus urgentes carencias y no habían vuelto a dormir en las calles.

En calidad de beneficiarios tenían una modalidad particular de alojamiento. Consistía en una especie de hospedaje con renta mensual. La señora pagaba al hotelero cada mes y este le entregaba un recibo mensual. Así, ella únicamente debía presentar estos recibos a la autoridad gubernamental correspondiente.

Pero, algo no había estado bien. El caso de la señora era más delicado. Su hijo había nacido padeciendo una enfermedad muy grave. Su madre no lo habría podido saber: tenía una de las variantes de encefalopatía, una disfunción cerebral. Así, el menor no había logrado desempeñarse autónomamente como ser humano. El niño necesitaba del completo cuidado de su madre, día y noche. La madre del menor se había visto en la imposibilidad de volver a trabajar. Su hijo había tomado todo su tiempo.

En el 2011, el caso judicial de la madre del menor había llegado a la Corte Suprema. El niño tenía 6 años. Durante la audiencia pública, su defensor «de oficio» acreditó la condición de extrema pobreza en la que vivía el hijo de la señora. Quedó registrado en un video lo expresado por el servidor público. Entre otras cosas, señaló que, pese a contar con los subsidios temporales, el menor no había aún aprendido a masticar la comida ni a hablar; que había sucedido así porque la madre casi siempre evitó que el niño saliese hacia la cocina común del primer piso del hotel; que si su hijo salía habría de balbucear o hacer ruidos; que mejor le había parecido evitar, sobre todo, incomodar al

hotelero y a sus vecinos; que, por ende, la madre había alimentado al menor únicamente con papilla y dentro de la habitación de hotel; que, por el mismo motivo, al menor no se le había permitido recrearse en los espacios comunes (p. ej., en los pasadizos). Sumando todo, para la señora era difícil ser aceptada por los dueños de los hoteles debido a su pobreza y la discapacidad de su hijo. Y, para colmo de males, en una oportunidad (entre el 2007 y el 2011), ambos habían conseguido ser aceptados en un hotel sin baño propio y el menor por compartirlo contrajo «hepatitis A», por lo que se vio en la fatalidad de hacer sus necesidades sanitarias en la única habitación en la que vivían él y su madre.

En el 2011, este caso llegó a oídos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La madre del menor todavía seguía siendo beneficiaria de los subsidios de asistencia social. Todavía contaba con el subsidio para pagar mensualmente una habitación de hotel. Aún podía darle a su hijo un lugar donde dormir, en el mejor de los casos con baño propio, aunque sin patio ni esperanzas de mejora.

Siempre vulnerables. En aspectos básicos, la asistencia estatal era todo lo que tenían porque, al menos, los subsidios extendidos les habían permitido dejar las calles y recibir atención médica. Pero, en los demás aspectos, nadie sabía. Desde el año de su embarazo en el 2005, la madre del menor venía siendo una mujer «sin techo», una extranjera «en situación de calle». Una persona que sufrió no solo carencias, violencia, abandono, discriminación, robos sino la falta de una vivienda adecuada.

Pedía justicia, dignidad, igualdad, «algo». Algo que se precipitaba, se hacía urgente y era impostergable. «Algo» en forma de lenguaje escrito que los jueces supremos habrían de poder encerrar en una sentencia. Mientras tardase aquel fallo supremo, la señora habría de envejecer. Habría de sufrir todo lo que sufren, día y noche, en cuerpo

y alma, en las ciudades con mayor aglomeración urbana, los millones de personas sin vivienda adecuada. Todo lo que sufren las personas sin vivienda adecuada en las pequeñas ciudades y en las comunidades.

Mientras tanto, la madre del menor tenía la oportunidad y el derecho de comparecer ante la máxima instancia de justicia, aquella que en definitiva y última instancia la escucharía e iría a deliberar su caso.

La presente exposición de hechos se desprende de la revisión del expediente virtual que puede ser encontrado en el siguiente link: Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ARGENTINA, 2012).

## 2.2. Exposición jurisprudencial del caso

En el ámbito de Latinoamérica, es seguro que existen casos sobre vivienda adecuada o vivienda digna que han llegado a las Cortes de Justicia; especialmente, en Argentina, México y Brasil, pues se trata de ciudades y áreas metropolitanas de mayor aglomeración en el ámbito latinoamericano (Ciudad de Buenos Aires, Ciudad de México y el Estado de São Paulo). No obstante, en esta ocasión, nos enfocamos en el caso procedente de Argentina, respecto de una mujer y su hijo «en situación de calle» (o «sin techo»): un caso dramático de pobreza, niñez, discapacidad, violencia, discriminación y de falta de adecuadas condiciones habitacionales. Se trata de un caso real ocurrido en Argentina.

Es el caso de la señora Sonia Yolanda Quisbert Castro (S. Y. Q. C.), nacida en Bolivia, y de su menor hijo Jordi, nacido en Argentina. El 15 de septiembre del año 2011, se desarrolló una audiencia pública de carácter informativo en el marco de la causa denominada «Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo». Los señores jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación escucharon a las

partes del proceso, en el que la madre y su menor hijo demandaron, vía acción de amparo, al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que se le garantizase el derecho a la vivienda.

Argentina cuenta con un «Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto», elaborado por la brasileña Raquel Rolnik, con respecto de su misión en Argentina (del 13 al 21 de abril del año 2011). Téngase en cuenta que el caso de la señora Sonia Yolanda Quisbert Castro y de su menor hijo se resolvió cinco meses después de la visita de Raquel Rolnik: en septiembre de ese mismo año y que el mencionado Informe fue publicado oficialmente el 21 de diciembre del 2011.

La demanda del caso de la señora Quisbert fue amparada a favor de ella y su menor hijo. Argentina regula el derecho a la vivienda en el artículo 14 bis de su Constitución. Enseguida, el extracto o sumario de lo resuelto en la «SENTENCIA del 24 de abril de 2012; n.º interno: Q.64.XLVI; por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; resuelto por los magistrados en mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni. Voto: Petracchi, Argibay»:

SUMARIO: Cabe revocar la sentencia que dejó sin efecto la decisión que ordenó a la demandada la provisión de un subsidio que permita a la actora y su hijo —menor discapacitado—, en «situación de calle», abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que el estado de necesidad cesó, y ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y cuidado que su discapacidad requiere y provea a

la accionante del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional en los términos de la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social local.

Fuente del sumario: OFICIAL - Corte Suprema de Justicia de la Nación ([www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar))

### **3. FUNDAMENTOS VISIBLES: MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL**

Si consideramos la existencia de un «cuerpo normativo internacional», cuyo contenido identitario sea el derecho a una vivienda adecuada, no sería extraño que su lugar cerebral (lugar de decisiones) recaiga en la ONU o Naciones Unidas (United Nations - UN).

Las Naciones Unidas nacieron oficialmente el 24 de octubre de 1945. El Oficial Administrativo jefe de la ONU es el secretario general. Sus órganos principales son la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría. Es importante resaltar que los dos órganos que son partícipes activos para la defensa del derecho a la vivienda adecuada son la Asamblea General, y el Consejo Económico y Social.

Ahora bien, el «cuerpo normativo internacional» estaría conformado por diversos documentos de carácter normativo; entre los cuales estarían, principalmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en su artículo 25.1, y el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales, Culturales (PIDESC), vigente actualmente (1976b), en su artículo 11.1.

De igual manera, entre otros documentos de importancia, estarían el apartado iii) del párrafo e) del artículo 5 de la Convención

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); el artículo 10 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969); el párrafo 8 de la sección III de la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (1976a); el párrafo 1 del artículo 8 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986); y la Recomendación n.º 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores (1961), entre otros.

Asimismo, los «órganos de los tratados» (comités de supervisión de los tratados) cumplen importantes funciones dentro del «cuerpo normativo internacional» del derecho a la vivienda adecuada. Uno de ellos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es, por ejemplo, el órgano encargado de la supervisión de los derechos contenidos en el mencionado PIDESC. En este punto, conviene resaltar que en la parte IV del PIDESC se le asignaron funciones de supervisión al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), el mismo que las viene desempeñando a través del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales publicó dos documentos normativos importantes sobre vivienda adecuada y desalojos forzosos: la Observación General n.º 4 y la Observación General n.º 7. Estas dos «Observaciones» formarían parte de aquel «cuerpo normativo internacional», tanto como la «Estrategia Mundial de vivienda hasta el año 2000» y la «Estrategia Mundial de vivienda hasta el año 2025», que fueron adoptadas y aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, máxima instancia de la ONU.

En definitiva, si consideramos la existencia del «cuerpo normativo internacional» de protección al derecho a la vivienda adecuada, podremos apreciar que este marco normativo se viene nutriendo de los «Informes sobre Vivienda Adecuada» de los señores Relatores Especiales de las Naciones Unidas. Al respecto, Miloon Kothari (natural de la India, en el cargo desde el 2000 al 2008), Raquel Rolnick (natural de Brasil, en el cargo desde el 2008 al 2014), y la canadiense Leilani Farha (en el cargo desde junio del 2014 a 2020) fueron los tres primeros Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada. Actualmente, el señor Balakrishnan Rajagopal (natural de Estados Unidos de América) es el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada (United Nations, 2020), asumiendo funciones a partir del 1 de mayo de 2020.

Dicho sea de paso, los mencionados señores relatores no han sido, como en la época colonial hispánica, los típicos visitantes de la Corona Española. Nada similar (su modo de proceder es diplomático, con cartas de invitación por parte de los países, con solicitudes de visita, etc.). Son relatores enviados por la ONU, especialistas en la información pública que brindan (Informes), personas comprometidas con el respeto del derecho a la vivienda; en ese sentido, son parecidos a embajadores (sin otra república que el respeto de los derechos humanos). En este punto, conviene resaltar que los mencionados «Informes» que emiten son públicos y brindan recomendaciones particulares a los países miembros de las Naciones Unidas respecto de la necesidad de atención nacional en el que se encuentra el derecho fundamental a la vivienda adecuada.

De hecho, los señores relatores son titulares de un mandato dado, específicamente, por el Consejo de Derechos Humanos, establecido (en el año 2006) por la Asamblea General de la ONU. Este Consejo, en simples palabras, pasó de ser un Comité (de derechos humanos) a

ser un Consejo; de depender del Consejo Económico y Social pasó a depender de la máxima instancia de la ONU, la Asamblea General, siendo que los señores relatores aún cumplen su función a través de los denominados «Procedimientos especiales».

Ahora bien, el Perú fue visitado por los señores relatores sobre vivienda adecuada en dos oportunidades: en el año 2003 y 2009. En cada visita, en la página web de las Naciones Unidas, se publicó un Informe (United Nations, 2009), el mismo que puede ser encontrado aquí: Annual Thematic Reports - OHCHR - UN. En los mencionados informes, se indica, respecto de nuestro país, lo siguiente:

Según parece, no se atribuye suficiente prioridad y recursos a la situación de la vivienda en las zonas rurales y menos desarrolladas. (...) El desarrollo rural integrado debe ser parte integrante de toda política y estrategia regional de la vivienda. (...) El Relator Especial también observó que la práctica actual de conceder títulos por parte de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), inspirada por la labor de Hernando de Soto y apoyada por el Banco Mundial, adolece de defectos en el contexto de las obligaciones contraídas por el Perú en virtud de los instrumentos de derechos humanos. (...) El Relator Especial recomienda en particular que el Ministerio de Vivienda participe en la labor del Consejo Nacional de Derechos Humanos, cuyo mandato consiste en asesorar al Gobierno sobre su política de derechos humanos. (...) Otro factor que ha contribuido a las características del sector de la vivienda en el Perú tiene sus raíces en la cultura. Los peruanos anhelan ser propietarios de un terreno propio. En consecuencia, las viviendas multifamiliares o de ampliación en monobloque no han prosperado ni han sido aceptadas en el Perú debido a la mentalidad cultural. (...) Se señaló que, aunque el 36 % de

los hogares están encabezados por mujeres, no existe legislación específica alguna para proteger a las mujeres en las leyes y políticas relativas a la vivienda.

Bajo esa luz, corresponde ahora analizar los fundamentos normativos en el ámbito nacional, en nuestro país, con respecto al derecho humano a la vivienda digna o adecuada.

## **4. FUNDAMENTOS VISIBLES: MARCO NORMATIVO NACIONAL**

### **4.1. La Constitución de 1979**

El artículo 10 de la antigua Constitución peruana de 1979 reconocía que era «derecho de la familia contar con una vivienda decorosa», mientras que su artículo 18 señalaba lo siguiente:

El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. La ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien común y con la participación de la comunidad local. El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y vivienda. El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales, y en general, a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler-venta. Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo el interés. (artículo 18)

Si aceptamos la existencia de un «cuerpo normativo nacional», en el Perú, sobre el derecho a una vivienda adecuada, corresponde

que su lugar cerebral (lugar de decisiones) recaiga en el Congreso Constituyente (que diera la «Constitución Política del 93»).

En el Perú, el último Congreso Constituyente se celebró en el año 1993. En ese año, la «Constitución Política del 79», la undécima Carta de la historia constitucional peruana, fue puesta en un debate marcado por tensiones políticas que en el siguiente párrafo expon-dremos. El hecho es que, luego del debate, el derecho a una «vivienda decorosa» fue objeto de una lamentable «disolución» (como si el contenido constitucional del derecho a una vivienda adecuada hubiese sido disuelto en componentes desperdigados a lo extenso de la próxima nueva Carta Magna). A consecuencia de ello, en la actual Constitución del año 1993 no aparece ninguna referencia expresa o literal a «vivienda decorosa», «vivienda digna» ni «vivienda adecuada».

De hecho, quedaron registradas algunas ocurrencias interesantes de aquel «debate peruano» que fuera amenaza resultante de la manía y la ceguera legislativa peruana, precisamente, en el «Diario de los Debates del Congreso del Perú» del año 1993. El historiador arequipeño Juan Guillermo Carpio Muñoz, uno de los críticos de la Constitución del 79, dijo que en varios artículos esa Constitución era demagógica, porque ofrecía «promesas que no puede cumplir»; el abogado y agricultor Gustavo García Mundaca respondió que «resulta muy fácil, y evidentemente injusto, ser un juez del pasado sin propuesta para el futuro (...）」; Roger Cáceres Velásquez argumentó que su partido proponía «la aprobación y defensa de la niñez, la adolescencia, la senectud, la familia, la vivienda propia, la alimentación, la salud, el apoyo a los indigentes y a los impedidos físicos, pero que sus propuestas habían sido recortadas en el proyecto de la mayoría». Con respecto a la ocupación y adjudicación de tierras por parte de grandes empresas coludidas con el Estado (desde el Gobierno de Velasco y Morales Bermúdez), en perjuicio del derecho de acceso a la vivienda de los campesinos o indígenas, es ilustrativa la intervención del congresista

Pedro Cáceres Velásquez, quien denunció extensamente que «eso [había estado pasando] en el departamento de Puno (...)».

Respecto de la expropiación de terrenos por razones de interés social, Luis Bedoya de Vivanco dijo que estaba «convencido de que gran parte de las invasiones que se han producido no sólo en el contorno de Lima, sino en las principales ciudades del Perú, ocurrieron bajo la esperanza de que el Estado, en algún momento, invoque la causa de interés social para expropiar a los legítimos propietarios y entregarles ese terreno a quienes lo invadieron cometiendo un delito»; por lo que el congresista, como otros varios, abogaba por la eliminación en la Constitución de la causa de «interés social» para la expropiación; pero ante el inminente «grave problema social» que significaría —en sus palabras— «erradicar» los asentamientos humanos poseedores por largos años de tierras, se unía a la salida legal que había propuesto la abogada y también Constituyente Lourdes Flores Nano. Dicha propuesta consistía en «una disposición complementaria o transitoria de la Constitución que permita que para esos casos se aplique el interés social dentro de un período determinado que la propia norma debe establecer a efectos de que el Estado termine la expropiación o la efectúe y adjudique la propiedad a quienes ya se han asentado en el terreno».

## 4.2. La Constitución de 1993

Actualmente, la «Constitución del 79» es parte de la historia del constitucionalismo peruano y, con ella, quedan en la historia los artículos 10 y 18 relativos al derecho fundamental a una vivienda decorosa. No obstante, postulamos que, si bien hubo una suerte de disolución de este derecho fundamental, también postulamos que lo que no pudo «disolver» el Congreso Constituyente del 93 es la justicia consistente en que toda Constitución Política debería brindar un servicio supremo al respeto de la dignidad humana de todos los ciudadanos.

En consecuencia, ese valor justicia se evaluará a continuación: se expondrán algunos artículos constitucionales de nuestra actual Carta Magna relacionados con el derecho a una vivienda adecuada: en el ámbito local, regional y nacional.

En el ámbito local (alcaldes), el artículo 195 de la Constitución Política del Perú señala que:

[l]os gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Son competentes para: (...) 8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de (...) vivienda.

En el ámbito regional (gobernadores regionales), no está clara la atribución gubernamental en materia de vivienda; sin embargo, se puede citar —a estos efectos— el artículo 192 de nuestra Carta Magna:

Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. Son competentes para: (...) 5. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.

En el ámbito nacional (gobierno nacional), la vigente «Constitución del 93», en efecto (gracias al último Congreso Constituyente), no contiene referencia expresa (literal) al derecho a la vivienda, en cuanto a vivienda adecuada, vivienda digna o vivienda decorosa. Sin embargo, se puede encontrar en los artículos 2.2, 26.1, 31, 59 y 74 una exigencia compartida de respetar el derecho humano a la igualdad y desde donde se puede optimizar una interpretación acorde con el

principio de concordancia práctica de la Constitución. Asimismo, encontramos los artículos 2.11 y el 2.22 que son componentes del derecho a una vivienda adecuada. En suma, estos artículos se refieren al derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación; igualdad de oportunidades laborales; igualdad de derechos civiles; igualdad de oportunidades de riqueza; respeto a los principios de igualdad y respeto de los derechos de fundamentales (DD. FF.) de la persona; derecho a elegir lugar de residencia; derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Además, la defensa del derecho a la vivienda también está garantizada por el artículo 3 Constitucional (*numerus apertus*):

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Y la 4.<sup>a</sup> DFT de la Constitución (Interpretación de los derechos fundamentales: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú»).

En suma, y metafóricamente, se puede entender al derecho a la vivienda adecuada como un derecho cuyo contenido constitucional fue disuelto en componentes desperdigados (y descentralizados) a lo extenso de la novísima Carta Magna de 1993. El «derecho fundamental disuelto» es, en esta lectura, un derecho fundamental que no se visibiliza (en las Cartas Políticas de los países) como un derecho

extirpado ni como un derecho ausente; y que, a pesar de su invisibilidad (y disolución), se puede evidenciar su presencia y su contenido constitucional a través de una lectura moral del íntegro de la Carta Política de las naciones. En especial, esta lectura se refiere a los artículos como el 3 (*numerus apertus*) y a la 4.<sup>a</sup> DFT (Interpretación de los derechos fundamentales) de la Constitución de 1993, en interpretación sistemática e integración con los otros artículos *ut supra* mencionados.

#### 4.2.1. Exp. n.º 00011-2010-PI/TC (Caso: «32 Congresistas de la República»)

Resulta interesante apreciar que estos dos últimos artículos constitucionales fueron invocados en un caso judicializado sobre algo así como un «derecho a la vivienda», en el año 2011, cuando, justamente, el Tribunal Constitucional de la República del Perú resolvió el Exp. n.º 00011-2010-PI/TC, denominado como el caso «32 Congresistas de la República contra la Municipalidad Metropolitana de Lima» (Tribunal Constitucional, 2011) y emitió una sentencia que se describe a continuación.

<p>La parte demandante estaba conformada por 32 congresistas de la República (en salvaguarda de una población cuya <b>zona</b> habitacional era afectada por una ordenanza municipal).</p>	<p>Y la parte demandada estaba conformada por la autora de dicha ordenanza, esto es, la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML).</p>
--	--

Se podría decir que este caso sería el más importante avance a nivel jurisprudencial en el reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada en el Perú, desde 1993. La demanda de inconstitucionalidad que fue interpuesta por 32 congresistas de la República, contra dos artículos (el artículo 1.11 y el 6) de la Ordenanza n.º 1020-MML

emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML). El primer artículo impugnado (1.11) ordenó que respecto de la zona (rectangular) comprendida entre la Av. Morales Duárez, el río Rímac, la Av. Alfonso Ugarte y el límite con la Provincia Constitucional del Callao, calificada como ZRE (zona de reglamentación especial), se incluya en el Plano de Zonificación de la MML el texto «ZRE por Renovación Urbana y Seguridad Física» (en simples palabras: cambio restrictivo de las reglas sobre el uso de los suelos); y, el segundo artículo impugnado (6) ordenó que dicha zona sea «materia de intervención» por tratarse de un sector urbano en alto riesgo, donde no debe permitirse la permanencia de viviendas por representar un peligro para la integridad física de los pobladores (en simples palabras: desalojo o reubicación de la población que allí vivía). De ese modo, la nueva Ordenanza n.º 1020-MML resolvía modificar la zonificación de los usos del suelo del Cercado de Lima, aprobada por la antigua Ordenanza n.º 893-MML.

Las consideraciones y deliberaciones del Tribunal Constitucional giraron en torno a tres cuestiones: en primer lugar, el derecho de propiedad frente a la Ordenanza 1020-MML; en segundo lugar, el derecho a elegir el lugar de residencia frente a la Ordenanza 1020-MML; y, en tercer lugar, se dio una especial apreciación de hechos en el proceso de control abstracto de constitucionalidad; finalmente, se declara infundada la demanda (esto es, no atendiendo el pedido de los 32 congresistas impugnantes) y, al mismo tiempo, exhortando a la demandada (MML) para que, sin perjuicio de lo anterior, adopte determinadas medidas que salvaguarden los derechos humanos de las poblaciones afectadas por la ordenanza impugnada. Estas medidas ordenadas por el TC fueron las siguientes: diálogo permanente y la elaboración de un «plan integral de reubicación de los pobladores (titulares y sus familias) de los asentamientos humanos afectados» que garantice las actividades enumeradas en el F. 36 de la sentencia. En otras palabras, el Tribunal Constitucional, luego de declarar

infundada la sentencia y darle la razón jurídica a la parte demandada (la MML), le encargó a esta última algunas tareas enfocadas en el respeto de la dignidad de los pobladores afectados. Todas estas disposiciones y su cumplimiento por parte de la Municipalidad demandada fueron estatuidas por el Tribunal Constitucional debido a que, de ese modo, se aseguraba la constitucionalidad de los efectos de su decisión. Así fue dispuesto por el máximo intérprete de la Constitución, en sesión de Pleno Jurisdiccional, a los 14 días del mes de junio del año 2011.

Recogiendo lo más importante, lo primero que se puede distinguir y valorar de la sentencia mayoritaria es el F. 35 por ser receptivo frente a los estándares internacionales de diálogo con los afectados y el F. 36 por exhortar a la MML a que elabore un Plan integral de reubicación de los pobladores, titulares y sus familias, de los asentamientos humanos afectados, garantizando siete aspectos allí mencionados, a saber:

- a. La gestión en la aprobación de una ley expropiatoria para los pobladores del Asentamiento Humano Dos de Mayo.
- b. La gestión y realización, según corresponda, de programas de viviendas que puedan satisfacer equitativamente los problemas ocasionados como consecuencia de la actuación administrativa irregular, de la que no se escapa la propia administración de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
- c. La existencia de espacios físicos apropiados donde se realizará la reubicación.
- d. La reubicación, en condiciones equitativas, de las personas afectadas, para lo cual se deberá elaborar un padrón en el que se registre a todos los afectados.
- e. La reubicación deberá realizarse bajo condiciones satisfactorias de seguridad y salud.

- f. La participación de los afectados en la planificación y gestión de su reubicación.
- g. La información completa y veraz a las personas afectadas sobre los procedimientos de la reubicación.

Luego, desde el F. 21 al F. 30 de la decisión mayoritaria, referido a las consideraciones del Tribunal sobre el «derecho a elegir el lugar de residencia», la sentencia objeto de análisis (Exp. n.º 00011-2010-PI/TC) pudo haber aunado y armonizado sus fundamentos, ascendiendo hacia las normativas internacionales que regulan el derecho a la vivienda adecuada, más aún cuando el derecho a elegir el lugar de residencia (Observación General n.º 27, párr. 4) forma parte del derecho a una vivienda adecuada (Cfr. Folleto informativo n.º 21 de la ONU, p. 3). En general, en la sentencia mayoritaria del TC se pudo haber evitado cierta rigidez normativa y cierto análisis restringido a únicamente dos derechos (basados en el petitorio de la demanda): derecho de propiedad y derecho a elegir lugar de residencia.

No obstante, desde el F. 31 al F. 36 referidos a la «apreciación de hechos en el proceso de control abstracto de constitucionalidad», el supremo intérprete de la Constitución alivia un poco su rigidez normativa y su análisis restringido; y, en consecuencia, se dispone a pensar en la dignidad de los pobladores de los asentamientos humanos afectados por la Ordenanza impugnada (en la dignidad de TODOS los pobladores de los seis (6) asentamientos humanos de la mencionada zona habitacional). Ello se desprende de la resolución aclaratoria de fecha 9 de agosto del 2011, que forma parte integrante del Exp. n.º 00011-2010-PI/TC (Caso: «32 Congresistas de la República»).

Mención particular merecen los tres Fundamentos de voto que aparecen en la sentencia del caso: «32 Congresistas de la República». En primer lugar, aparece el Fundamento de Voto del magistrado Calle Hayen, cuyo F. 3 resulta impactante si alguien consigue optimizar su

profundidad en una sola palabra: «coherencia». Dicho sea de paso, el término «coherencia» ha sido desarrollado en Brasil, por ejemplo, por el Supremo Tribunal Federal (STF); allí se escucha mucho de esa exigencia gubernamental. En definitiva, lo que significa y evidencia exigirle coherencia al gobierno no es otra cosa que exigir mayor responsabilidad de este en la dación de políticas públicas y en la toma de decisiones administrativas. A modo de ejemplo, una propuesta para vislumbrar la «coherencia» del F. 3 de la sentencia comentada, es la siguiente: no sería coherente que la MML a través de la Ordenanza n.º 893-MML tolerase —o permitiese— durante varios años el uso general de vivienda en la zona descrita (que, además, son bienes de «dominio público hidráulico») y luego, con una posterior ley, la Ordenanza 1020-MML, declarase dicha zona como no apta para vivienda (cuando, de pronto, algunos vecinos ya cuentan con título de Cofopri). Estas decisiones u omisiones administrativas de la MML denotan incoherencia.

En ese sentido, es valorable dicho fundamento de voto; pese a ello, hay algo por mejorar. Por ejemplo, el F. 2 del Fundamento de Voto del magistrado mencionado, señala: «la protección frente a fenómenos naturales previsibles, como las crecidas del río, es función indelegable del estado, cuyo descuido podría causarle costosas demandas legales» (subrayado agregado). ¿Evitar costosas demandas legales es un motivo que refleja la actitud de respeto que debe guardar el Estado Peruano por la persona humana y su dignidad? He aquí la importancia de no solo tener fundamentos normativos visibles, sino de fundamentos invisibles de protección.

Acto seguido, el Fundamento de Voto del magistrado Eto Cruz da lugar a una prudente revisión y a un no-olvido del derecho fundamental a la vivienda adecuada que ocupa, enhorabuena, un valioso «cuerpo normativo internacional». El referido magistrado, en el F. 1 y F. 2, argumentó lo siguiente:

Al margen de la discusión de constitucionalidad que pueda haber en el Proyecto Línea Amarilla, por la afectación del derecho de propiedad de muchos pobladores que residen en la zona de incidencia de este proyecto y que ostentan títulos de propiedad, y de las consideraciones realizadas sobre el derecho a elegir un lugar de residencia, estimo que en el presente caso existía también un problema de afectación ius-fundamental respecto a otro derecho, sobre el cual, sin embargo, aún no ha existido un pronunciamiento jurisprudencial por parte de este Tribunal. En el caso de autos, el examen de constitucionalidad debía centrarse, pues en determinar si existía también una afectación al derecho fundamental a la vivienda adecuada (...).

En concordancia, el mencionado magistrado, en la estructura de su Fundamento de voto, evidenció, en primer lugar, la presencia, en nuestra Constitución, del derecho fundamental a una vivienda adecuada; y, en segundo lugar, su contenido constitucional.

En cuanto a lo primero, esto es, respecto de la presencia, en nuestra Constitución, del derecho fundamental a una vivienda adecuada, el magistrado invoca el PIDESC, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 3 y la 4 DFT de la Constitución; y, el F. 20 - 21 del Exp. n.º 2945-2003-PA/TC, referido a la dignidad humana. En el F. 5 de su Fundamento de voto afirma que «la consideración de la vivienda digna como derecho fundamental debe suponer una priorización de esta necesidad básica en las políticas públicas estatales, sobre todo a favor de los sectores más vulnerables de la población».

En cuanto a lo segundo, el referido magistrado invoca la Observación General n.º 4 y la Observación General n.º 7 del Comité de Derechos Económicos y sociales (este Comité vigila el cumplimiento del PIDESC), citando una sentencia de la Corte Suprema de la India

en el caso *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation* (1985, 3 SCC 545); y reinterpretando la Sentencia T-034/04 de la Corte Constitucional de Colombia, específicamente en cuanto al principio de confianza legítima, de acuerdo al cual el magistrado Eto Cruz señaló que:

cuando una persona se encuentre habitando o desarrollando determinada actividad en un espacio público o quizás prohibido, pero lo hizo bajo la anuencia de las autoridades competentes, si bien no gana un derecho a una permanencia inamovible, es deber del Estado favorecer y lograr su reubicación, para que no se vean afectadas en su derecho a la vivienda, o eventualmente al trabajo. (F. 13, segundo párrafo)

Finalmente, aparece el Voto Singular del magistrado Vergara Gotelli, subrayando especialmente (al igual que el Fundamento de voto del magistrado Calle Hayen) el derecho de propiedad. A propósito de ello, no está de más resaltar algunas diferencias entre el derecho a la vivienda adecuada y el derecho de propiedad. El derecho a la vivienda adecuada debe tener, en todos los casos, un tratamiento jurídico que exprese su vinculación y, con la misma importancia, su independencia conceptual con respecto del derecho de propiedad; inclusive cuando lo que esté en debate sea la función social de la propiedad (o la causa de interés social para efectos de que proceda la expropiación). Ni los señores jueces ni los señores legisladores (como ocurrió, por ejemplo, en el debate de la Asamblea Constituyente del año 1993) deben reducir o desviar el debate sobre el derecho fundamental a la vivienda adecuada hacia el derecho fundamental a la propiedad. He aquí, nuevamente, la importancia de no solo tener fundamentos normativos visibles, sino de fundamentos invisibles de protección. Ello permitirá construir un debate auténtico y responsable.

Ahora bien, sin perjuicio de la importancia dada al derecho de propiedad, el magistrado Vergara Gotelli, en el F. 21 de su voto singular, puntualiza que:

no podemos ser ajenos al problema sobre la vivienda que sufre el país, situación por la que encontramos que actualmente existen personas que —en busca de una vivienda— se ven obligadas a instalarse en diversos lugares de la república a fin de subsistir, aunque de manera irregular. Es por ello por lo que considero necesario realizar una reflexión respecto de la realidad que aqueja a nuestro país, no pudiendo mantenernos indiferentes a dicha situación.

## 5. FUNDAMENTOS INVISIBLES: DOCTRINA, ÉTICA Y MORAL

### 5.1. Vivienda para todos. Un derecho en (de)construcción

Gerardo Pisarello Prados, autor del libro *Vivienda para todos. Un derecho en (de)construcción* (2003), es un referente en la materia. De hecho, fue citado en la sentencia comentada (caso «32 Congresistas de la República») por el magistrado Gerardo Eto Cruz, específicamente en el F. 4 de su Fundamento de voto. Se trata de un político argentino que reside y trabaja en Barcelona, España, desde el 2001.

Su libro es valioso, porque evidencia la preocupación de Gerardo Pisarello por una profunda revisión de casos judicializados en el Derecho Comparado y la enorme importancia que le otorga al «cuerpo normativo internacional» de protección al derecho a la vivienda adecuada. En pocas palabras, es un libro que realmente trata de todo lo que en su título ofrece: vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. Al respecto, en caso de que llame la atención la palabra «(de)construcción», es dable tener presente, en modo sumilla, que

esta nueva palabra responde a un paradigma filosófico que busca problematizar los conceptos construidos alrededor, en este caso, del derecho a la «vivienda». Podría decirse que viene del posmodernismo, y ello resulta, en sí mismo, problemático y complejo. Si Pisarello no trata de «destrucción» o «(des)construcción», entonces, probablemente, ese prefijo «(de)» tiene un significado de separación (p. ej., de-formar) o, quizás, de negación (p. ej., des-integrar). En todo caso, es una cuestión filosófica.

En efecto, en cuanto al aparentemente extraño título del libro de Gerardo Pisarello (*Vivienda para todos. Un derecho en (de)construcción*), corresponde consignar que la «desconstrucción» ofrece y genera un poderoso argumento filosófico centrado en la justicia, el derecho, la esencia o naturaleza de las cosas, el lenguaje, el ser (categorías eminentemente filosóficas). En este punto, no conviene soslayar que Jacques Derrida es considerado el padre de la «desconstrucción» o deconstrucción (depende de la traducción), por lo que a efectos de ilustrar el duro trabajo que enfrentan los jueces, cuando se les presenta casos difíciles de acceso a la justicia y derecho a la vivienda, corresponde citar a Jacques Derrida, en su libro *Fuerza de Ley* (1997).

Para ser justa, la decisión de un juez, por ejemplo, no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso. Cada ejercicio de la justicia como derecho sólo puede ser justo si se trata —si se me permite traducir así la expresión inglesa «*fresh judgement*» que tomo prestada del artículo de Stanley Fish, «Force» en *Doing What Comes Naturally*— de una «sentencia de nuevo fresca». El nuevo frescor, la inicialidad de esta sentencia inaugural puede perfectamente repetir alguna cosa, mejor dicho,

debe conformarse a una ley preexistente, pero la interpretación reinstauradora, re-inventiva y libremente decisoria del juez responsable requiere que su «justicia» no consista solamente en la conformidad, en la actividad conservadora y reproductora de la sentencia. Dicho brevemente: para que una decisión sea justa y responsable es necesario que, en su momento propio, si es que existe, sea a la vez regulada y sin regla, conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para deber reinventarla, re-justificarla en cada caso, al menos en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio. Cada caso es otro, cada decisión es diferente y requiere una interpretación absolutamente única que ninguna regla existente y codificada podría ni debería garantizar absolutamente. [subrayado agregado (pp. 52-53)]

Ahora bien, enseguida se debe resaltar que el subtítulo del valioso libro de Pisarello a la letra dice: «El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible». Claramente, el subtítulo apunta a que este derecho forme parte de una exigencia frente al Gobierno (exigencia compartida con otros derechos fundamentales). Esta *exigencia* (de respeto por la dignidad de la persona humana) está *compartida* (con la misma importancia y urgencia) con otros *derechos fundamentales*: trabajo, salud, agua, medioambiente, entre otros. Quizás esta cuestión sea inquietante y desbordante de cara a los señores jueces, gobernantes y políticos. Precisamente, el magistrado Gerardo Eto Cruz rescata este sentido del subtítulo del libro de Pisarello y esa inquietud, cuando cita textualmente en su *Fundamento de voto* una pequeña parte del libro. A continuación, el texto citado:

La pretensión de una vivienda adecuada, en realidad, encierra un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos e intereses fundamentales. Su violación hace peligrar

el derecho al trabajo, que se torna difícil de buscar, asegurar y mantener. Amenaza el derecho a la integridad física y mental, que se encuentra en permanente jaque cuando se vive bajo la presión de un alquiler que no se puede pagar. Dificulta el derecho a la educación, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, impracticable en cobijos abarrotados, carentes de las condiciones mínimas de habitabilidad. Menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política. (p. 25)

Análogamente, existe también otro sentido de lo «exigible» del derecho a una vivienda adecuada. Este sentido apunta a un tema (impactante y sobrecogedor de cara a los señores gobernantes, políticos y jueces): la *judicialización* de este derecho, en otras palabras, la exigibilidad en los *fueros judiciales* del derecho a una vivienda adecuada. Al respecto, Gerardo Pisarello afirma que:

tanto la justiciabilidad directa de los derechos habitacionales, como su protección a través de otros derechos civiles y políticos (...), son realidades lo suficientemente consolidadas en el derecho estatal comparado y en el derecho internacional como para rechazar las objeciones «estructurales» que pretenden reducir los derechos habitacionales a simples derechos de configuración legal, supeditados al humor de los órganos políticos e inaccesibles a todo tipo de escrutinio judicial. (subrayado agregado, p. 178)

Ahora bien, en conjunto, sostener que el derecho a una vivienda digna y adecuada debe ser o es un derecho exigible puede tener muchos sentidos, más allá de que «lo exigible» del derecho a una vivienda adecuada consista en que se trata de un derecho que debemos defender en los fueros judiciales con la misma importancia y urgencia que otros

derechos fundamentales y más allá de que el gobierno deba asumir compromisos que hagan realidad esa exigibilidad compartida.

Parece ser que el desafío de la justiciabilidad de los derechos habitacionales cada vez se convierte en una realidad lo suficientemente consolidada en diversos países del mundo, con lo cual las objeciones contra este desafío en cualquier país aparentemente son superadas; pero esta respuesta argumentativa de «si, así es allá, entonces, así debe ser acá» es un error.

## 5.2. Acceso a la justicia y justiciabilidad del derecho a la vivienda digna

En nuestro país, «¿Dónde recurrimos para reivindicar nuestro derecho a la vivienda?». Leilani Farha, anterior Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda adecuada, se hace esa pregunta en su último Informe y, realmente, es una cuestión clave. A respecto, corresponde ver el «Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto», el mismo que ha sido publicado por el Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas (Naciones Unidas, Asamblea General, 2019).

La pregunta «¿Dónde recurrimos para reivindicar nuestro derecho a la vivienda?», no es retórica. Es una duda muy concreta, que, empero, depende de otra interrogante que es previa: ¿cuáles son los fundamentos de ese derecho exigible? Es importante destacar que libros y artículos pormenorizados han descrito y comentado sentencias extranjeras paradigmáticas del éxito que haya tenido el derecho a una vivienda adecuada en tribunales extranjeros. Sin embargo, el reto concreto y urgente es cómo fundamentar el derecho a la vivienda adecuada en nuestro país, en Perú. En efecto, si cada país es distinto en desarrollo y estructura constitucional, corresponde alejarnos de la respuesta argumentativa errada de «si así es allá, entonces, así debe

ser acá». Corresponde fundamentar en cada país, reivindicar en cada país; es menester buscar los fundamentos actuales del derecho exigible, conforme a cada ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si los fundamentos del derecho exigible a la vivienda adecuada deben ser establecidos en cada nación, es necesario que se resuelva la cuestión del acceso a la justicia (con la interrogante: ¿dónde recurrir en su país para reivindicar ese derecho exigible?). Es una cuestión de sentido común. Por lo demás, se aprecia que la cuestión de la «exigibilidad judicial» *sensu stricto* corresponde a la segunda pregunta; no obstante, esta segunda pregunta está encarnada en la primera (que es una cuestión que abarca más e, inclusive, invisibilizada). Es verdad que la pregunta de Leilani Farha (si está situada en un país concreto) resulta ser una pregunta concreta e importante: va directo a conseguir un resultado. Sin embargo, ambas interrogantes («los fundamentos actuales del derecho exigible a la vivienda adecuada» y «el lugar donde reivindicarlos») no se deben responder descarnadamente.

Por tanto, las dos preguntas básicas son: primero, «¿cómo fundamentar, en mi país, el derecho a la vivienda adecuada?»; y, segundo, «¿a dónde recurrir, en mi país, para reivindicar el derecho a la vivienda adecuada?». En definitiva, atender la primera pregunta (que también se puede formular así: «¿cuáles son los fundamentos actuales del derecho a la vivienda adecuada, en mi país?») es una cuestión prioritaria porque, además, allí se pone en juego el contenido constitucional de este derecho exigible. Por otro lado, conviene también que se explore lo concerniente a la «exigibilidad» —cuyo sentido conjunto, a partir del subtítulo del libro de Pisarello, fue exigibilidad compartida y exigibilidad judicial—.

### 5.3. Reglas de Brasilia, vulnerabilidad y derecho a la vivienda digna

En este punto, corresponde tener en cuenta que la cuestión de la exigibilidad está ineludiblemente relacionada con el derecho de acceso a la justicia, y, en especial, con la regla 3 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, por lo que corresponde atender a lo señalado por Ribotta (2012):

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad afirman que podrán constituir causa de vulnerabilidad, entre otras, 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 (Regla 4), dentro de los particulares contextos de desarrollo económico y social de cada país. Posteriormente, se ha incluido la vulnerabilidad de los involucrados en el derecho a la vivienda, a la población sin techo y a aquellos que viven en barrios sin regularización o no urbanizados. La causa de vulnerabilidad que trataré, especialmente, la pobreza, puede generar, producir o profundizar la vulnerabilidad de las personas, especialmente, en lo que concierne al acceso a la justicia, y por una doble razón. Por un lado, por la vulnerabilidad misma que provoca la pobreza en las situaciones socioeconómicas de los seres humanos, la vulnerabilidad por pobreza, pero, a su vez, como condición agravante de vulnerabilidad, de discriminación y de exclusión, que implica sumar a otras causas de vulnerabilidad, como la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, el género, la privación de libertad, y a las poblaciones sin techo y a aquellos que viven en barrios sin regularización

o no urbanizados, la condición socioeconómica de pobreza. Así, podemos ver que se es vulnerable por ser pobre, pero también que, frente a otros supuestos de vulnerabilidad, el encontrarse en condiciones de pobreza profundiza la vulnerabilidad y los efectos devastadores de la misma, sumando a la vulnerabilidad por pobreza a otras causas de vulnerabilidad. A su vez, como se verá, en algunos de los supuestos existe o es posible establecer una relación de causalidad intrínseca entre pobreza y otra causa de vulnerabilidad, como por ejemplo en los casos de migración y desplazamiento interno, en las poblaciones sin techo o que viven en barrios sin regularización o no urbanizados. En relación con otros supuestos, la vinculación causal ya no es tan directa, pero puede establecerse en gran parte de los casos una importante conexión, como en la pertenencia a comunidades indígenas, la victimización, la privación de libertad. Y, en otros supuestos, la vinculación con pobreza no guarda, al menos en origen, una causa con el supuesto de vulnerabilidad, como en los casos de vulnerabilidad por edad, discapacidad o género. Pero es preciso aclarar que siempre, obviamente, la pobreza aumenta y profundiza la vulnerabilidad ya sufrida, y califica a la misma de más gravosa aún frente al mismo supuesto cuando se difiere en la condición socioeconómica del que la padece.

En síntesis, lo que se ha venido a modificar desde el año 2010, mediante el «II Encuentro Análisis de las 100 Reglas de Brasilia por las Instituciones del Sistema de Justicia de Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile: Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad», celebrado el 18, 19 y 20 de octubre de 2010 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es la inclusión del grupo vulnerable relacionado con la problemática de la vivienda en calidad de las conclusiones de la Comisión E: Vivienda. Véase que se ha considerado como grupo vulnerable: «en razón de la pobreza en la

que viven y de la capacidad/incapacidad económica para satisfacer las necesidades básicas y sociales de los seres humanos, especialmente las vinculadas a la salud, la alimentación, la vivienda, la educación, el trabajo y el acceso al agua potable».

En términos generales, siguiendo a Ribotta (2012), es de relevancia que en este «II Encuentro Análisis de las 100 Reglas de Brasilia por las Instituciones del Sistema de Justicia de Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile: Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad» se haya incluido dentro de los grupos vulnerables (regla 3) a:

los involucrados en el derecho a la vivienda, a la población sin techo y a aquellos que viven en barrios sin regularización o no urbanizados, instando a garantizar un efectivo acceso a la justicia de los grupos vulnerables individual y colectivamente cuando se afecta el derecho a la vivienda, considerando el principio de función social de la propiedad, evitando la vía criminal en los conflictos con las viviendas cuando estén involucrados grupos vulnerables.

La protección que brindan las Reglas de Brasilia no se reduce a las relaciones jurídicas de pobreza y vulnerabilidad en lo que se refiere a la vivienda; tal como lo ha señalado Rodríguez (2024) para el ámbito del Derecho español, esta protección se extiende a la vulnerabilidad económico-social en el caso de vivienda habitual en los procesos arrendaticios por falta de pago. Esto significa que se protege la vulnerabilidad vinculada al acceso a la vivienda y a la justicia, incluida la que afecta a la relación de consumo entre arrendador y arrendatario. Inclusive, la vulnerabilidad económica y, en su caso, social de arrendador y arrendatario en la Ley de Enjuiciamiento Civil en aquellos procesos en que se pretenda la recuperación de la posesión.

Finalmente, es posible colegir, junto con Burgos (2014), que el acceso a la justicia es una garantía que tiene todo ser humano y que las Reglas de Brasilia son un instrumento suscrito por diversos países, entre ellos, el Perú. El Poder Judicial peruano hizo realidad su implementación mediante la R. A. 198-2020-CE-PJ, que tiene como objetivo implementar buenas prácticas en el ámbito de la administración de justicia para disminuir la brecha existente entre grupos vulnerables y las clases más favorecidas.

## 6. CONCLUSIONES

### 6.1. Fundamentos visibles

La interpretación en el ámbito internacional e interpretación en el ámbito nacional refieren a lo que hay en la realidad: a los hechos, al derecho, a los sistemas jurídicos. Si consideramos la existencia de un «cuerpo normativo internacional» de protección al derecho a la vivienda adecuada y si logramos dar una lectura jurídica del «cuerpo normativo nacional» de no-olvido del derecho fundamental a la vivienda adecuada, entonces se habrán visibilizado sus fundamentos. Los cuerpos (normativos) son visibles. Precisamente, en ellos descansan los fundamentos que se alegan para proseguir, si se quiere, con una «lectura moral» de la Constitución (Dworkin, 2019). Son los fundamentos jurídicos de lo que la ley, debidamente entendida, dice.

Por otro lado, no hay forma de que se pueda interpretar que la «ausencia» de una ley de rango constitucional (o un artículo de la Constitución) sobre vivienda adecuada signifique una especie de «extirpación» por parte del Congreso (Constituyente o Constituido), como si este derecho fuese una hierba mala o un órgano enfermo. Hay dos motivos: 1) todos los derechos precisan unos de otros para tener contenido constitucional: así el derecho a la igualdad, a la dignidad y muchos otros precisan del respeto al derecho a la vivienda adecuada

para salvar la integridad en la que están (al respetarlos y al exigirlos); 2) de igual modo (invocando la misma integridad), gracias al artículo sobre *numerus apertus*, todos los derechos humanos conformantes de un «cuerpo normativo internacional» (de protección) pueden ingresar y ser parte de un «cuerpo normativo nacional» (de no-olvido), y de esa manera adquirir o confirmar su contenido constitucional.

Con todo, la doctrina legal y la jurisprudencia comparada no son los preeminentes fundamentos actuales del derecho a la vivienda adecuada; lo son, más bien, la estructura actual de nuestra Constitución y las leyes de desarrollo constitucional. Sin embargo, conviene aclarar, en este punto, que la jurisprudencia comparada y la doctrina legal son insumos de enorme valor a efectos de que jueces y legisladores, citando a Stanley Fish y a Derrida, «refresquen» el derecho positivo en materia de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, en situación de calle, sin techo ni vivienda digna.

## 6.2. Fundamentos invisibles

La interpretación del derecho a una vivienda digna a partir del libro de Gerardo Pisarello pone en evidencia el peso del derecho comparado (y el interés internacional) en la protección del derecho a la vivienda adecuada. Eso mismo evidencia la sentencia del Tribunal Constitucional peruano comentada, pero en el sentido opuesto: hace evidente nuestro olvido o alejamiento del «cuerpo normativo internacional» (de protección). Con todo, los fundamentos jurídicos son, de ese modo, integral —incluyendo otros de naturaleza análoga, p. ej., los fundamentos doctrinales, jurisprudenciales y los nacidos de las costumbres—, los fundamentos visibles del derecho fundamental a la vivienda adecuada. En tanto, los fundamentos jurídicos tienen preeminencia tanto para establecer los fundamentos del derecho aludido cuanto para concretar su exigibilidad judicial. Retomando el sentido que le da la ONU, estos fundamentos jurídicos visibles

del derecho a la vivienda adecuada son para todos y cada uno de los peruanos, superando sus diferencias (esto es, con igualdad ante la ley), en tanto que este derecho es un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado a la igualdad y a la dignidad.

En relación con la igualdad que no siempre se da en la realidad, dos grupos vulnerables merecen atención urgente en cuanto al derecho a una vivienda adecuada y su exigibilidad judicial: las personas menores de edad y los adultos mayores. Corresponde señalar, junto con Rojas Dávila (2019), que, entre los 26 derechos específicos que los Estados miembros de la OEA han reconocido para las personas mayores, se encuentran el derecho a la vivienda y el derecho al acceso a la justicia. En nuestro país, es esencial hacer más visibles los fundamentos jurídicos de estos dos derechos en favor de estos grupos vulnerables, recordando el caso judicial de la señora Quisbert (Argentina).

Por último, en lo que respecta a las 100 Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia en marzo de 2008, resulta significativo que desde 2010, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se haya considerado dentro de los grupos vulnerables (regla 3 de las Reglas de Brasilia) a los involucrados en el derecho a la vivienda, a la población sin techo y a aquellos que viven en barrios sin regularización o no urbanizados, considerando el principio de función social de la propiedad. Se trata de una piedra de toque o punto de referencia desde el cual no se debe permitir una regresividad en el reconocimiento de los derechos de acceso a la justicia y de derecho a la vivienda adecuada.

## REFERENCIAS

Atienza, M. (2013). *Podemos hacer más: Otra forma de pensar el derecho*.  
<http://www.pasosperdidos.org/libros/pdf-27.pdf>

- Burgos, Á. (2014). El acceso a la justicia de grupos en condición de vulnerabilidad y las reglas de Brasilia. En Chan Mora, G. y Llobet, J. (coords.), *Homenaje al prof. Dr. Francisco Castillo González en sus 70 años* (pp. 327-361). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4765784>
- Congreso de la República del Perú (1993). *Diarios de Debates del Congreso de la República*. <https://repositorio.bicentenario.gob.pe/handle/20.500.12934/264>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2012). *Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*. SAIJ. <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--gobiernociudad-buenos-aires-amparo-fa12000045-2012-04-24/123456789-540-0002-1ots-eupmocsollaf#>
- Derrida, J. (1997). *Fuerza de ley: el «fundamento místico de la autoridad»*. (Gómez, P. y Barberá, A., trads.). Tecnos. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=207912>
- Dworkin, R. (2019). *El Derecho de las libertades: La lectura moral de la Constitución Norteamericana*. Palestra. <https://palestraeditores.com/producto/el-derecho-de-las-libertades/>
- Naciones Unidas, Asamblea General (2019). El acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda. Consejo de Derechos Humanos 40 periodos de sesiones, 25 de febrero a 22 de marzo de 2019. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/007/32/PDF/G1900732.pdf?OpenElement>
- Organización Internacional del Trabajo (1961). R115-Recomendación sobre la vivienda de los trabajadores (115). [https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312453](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312453)

- Pisarello Prados, G. (2003). *Vivienda para todos. Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Icaria. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=43224>
- Poder Judicial (1979). *Constituciones del Perú*. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s\\_publicaciones\\_juriprudencia\\_new/as\\_normatividad/as\\_constituciones](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_publicaciones_juriprudencia_new/as_normatividad/as_constituciones)
- Ribotta, S. (2012). Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana*, 6(2), 77-114. [https://www.cijc.org/pt/seminarios/2019-CartagenaIndias/Documentos%20CIJC/Documento%20de%20estudio%208\\_Comentarios%20a%20las%20Reglas%20de%20Brasilia\\_Silvina % 20 Ribotta\\_entregable.pdf](https://www.cijc.org/pt/seminarios/2019-CartagenaIndias/Documentos%20CIJC/Documento%20de%20estudio%208_Comentarios%20a%20las%20Reglas%20de%20Brasilia_Silvina%20Ribotta_entregable.pdf)
- Rodríguez Tirado, A. M. (2024). La Ley por el derecho a la vivienda y la vulnerabilidad económico-social en los procesos arrendaticios de desahucio de vivienda habitual por falta de pago: ODS y Reglas de Brasilia. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 41, 560-584. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9326321>
- Rojas Dávila, R. (2019). Introducción a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: Un aporte jurídico de las Américas para el mundo. En Tello Gilardi, J. y Calderón Puertas, C. (comps.), *Reglas de Brasilia. Por una justicia sin barreras*. (pp. 159-168). 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](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)

- Tribunal Constitucional (2011). Expediente n.º 00011-2010-AI. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00011-2010-AI.html>
- United Nations (1948). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* | Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- United Nations (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>
- United Nations (1969). *Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-social-progress-and-development>
- United Nations (1976a). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos-Hábitat I* | Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/conferences/habitat/vancouver1976>
- United Nations (1976b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- United Nations (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- United Nations (1986). *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-right-development>

United Nations (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

United Nations (2009). *Annual thematic reports*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-housing/annual-thematic-reports>

United Nations (2019). *Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing>

United Nations (2020). *Mr. Balakrishnan Rajagopal*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-housing/mr-balakrishnan-rajagopal>

## **Financiamiento**

Autofinanciado.

## **Conflicto de interés**

El autor declara no tener conflicto de interés.

## **Contribución de autoría**

El autor contribuyó en todas las partes del texto: (i) análisis e interpretación de datos para el trabajo; (ii) redacción del trabajo y su revisión crítica; (iii) 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**

Joel Emerson Huancapaza Hilasaca es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; hizo estudios en el curso de alta

especialización sobre «La Protección Supranacional de los Derechos Fundamentales», organizado por la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; y en el seminario virtual «Lecciones constitucionales en tiempos de crisis», organizado por el Grupo de Investigación 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. Se ha graduado de la maestría en Derecho «Tutela de los derechos, globalización de la justicia y Estado constitucional», por la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Además, cuenta con estudios en el curso de perfeccionamiento en Relaciones Laborales y Protección Social «Trabajo decente, transformaciones laborales y calidad de vida: cambio económico y digitalización», en el Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá (Alcalá de Henares, Madrid, España). 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 9, julio-diciembre, 2024, 305-333

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1034>

## Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes en casos de violación sexual

Access to justice for minors in rape cases

Acesso à justiça para crianças em casos de estupro

**ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS**

Ministerio Público

(Huánuco, Perú)

Contacto: [anachavezmatos@yahoo.com](mailto:anachavezmatos@yahoo.com)

<https://orcid.org/0000-0001-6213-9268>

### RESUMEN

La declaración inmediata y oportuna de los menores agraviados por violencia sexual es trascendental en la persecución del delito que realiza el Ministerio Público. La recepción en cámara Gesell, por tratarse de una prueba anticipada, tiene como objetivo individualizar al victimario. Debe realizarse evitando la revictimización del menor agraviado y con irrestricto respeto al derecho de defensa técnica de la persona a identificarse en la declaración respectiva que, en este caso, estará representada por la Defensa Pública para garantizar la legalidad de la diligencia y el debido proceso. El pronunciamiento del órgano

jurisdiccional ante el requerimiento fiscal de la prueba anticipada de una menor víctima de violación sexual debe resolverse con perspectiva constitucional. Se debe priorizar el derecho a la protección efectiva, el principio del interés superior del niño, el derecho a la verdad y la condición de vulnerabilidad, para que el titular de la acción penal pueda obtener con prontitud información respecto del autor e iniciar objetivamente la persecución del delito. Por el contrario, el menor agraviado recibe del sistema judicial una respuesta de desprotección como víctima y, debido al paso del tiempo, se permite el olvido de las circunstancias y detalles del hecho traumático, que la víctima rechaza inconscientemente para que no permanezca en su memoria. El condicionamiento de los requisitos formales determinados en el ordenamiento jurídico interno para la realización de la prueba anticipada en víctimas menores de edad de delitos graves como la violación, debe ser superado mediante la aplicación de los convenios y tratados internacionales a los que nos hemos adherido como Estado parte para su cumplimiento y respeto.

**Palabras clave:** acceso a la justicia; delito de violación de la libertad sexual; menores de edad; interés superior del niño; prueba anticipada.

**Términos de indización:** derecho a la justicia; abuso sexual; niño; derechos del niño; procedimiento legal (Fuente: Tesouro Unesco).

### ABSTRACT

The immediate and timely statement of the aggrieved minors for sexual violence is transcendental in the prosecution of the crime carried out by the Public Prosecutor's Office. The reception in Gesell camera, due to the fact that it is an anticipated evidence, has the objective of individualizing the perpetrator. It must be carried out avoiding the revictimization of the aggrieved minor and with unrestricted respect

for the right of technical defense of the person to identify himself in the respective statement that, in this case, will be represented by the Public Defense to guarantee the legality of the diligence and the due process. The pronouncement of the jurisdictional organ before the prosecutor's request for the anticipated evidence of a minor victim of rape must be resolved with a constitutional perspective. Priority must be given to the right to effective protection, the principle of the best interest of the child, the right to the truth and the condition of vulnerability, so that the holder of the criminal action can promptly obtain information regarding the perpetrator and objectively initiate the prosecution of the crime. On the contrary, the aggrieved minor receives from the judicial system a response of lack of protection as a victim and, due to the passage of time, the circumstances and details of the traumatic event are allowed to be forgotten, which the victim unconsciously rejects so that it does not remain in his or her memory. The conditioning of the formal requirements determined in the domestic legal system for the performance of the anticipated evidence in underage victims of serious crimes such as rape must be overcome through the application of international conventions and treaties to which we have adhered as a State party for its compliance and respect.

**Keywords:** violation of sexual freedom; minors; best interests of the child; access to justice; anticipated evidence.

**Indexing terms:** right to justice; crimes against sexual freedom; children; rights of the child; legal procedure (Source: Unesco Thesaurus)

## RESUMO

A declaração imediata e oportuna dos menores lesados por violência sexual é transcendental na persecução do delito realizada pelo Ministério Público. O objetivo do exame com a câmera de Gesell é

identificar o autor do crime, já que se trata de uma prova antecipada. Deve ser realizado evitando a revitimização do menor lesado e com irrestrito respeito ao direito de defesa técnica da pessoa de se identificar no respectivo depoimento que, neste caso, será representado pela Defesa Pública para garantir a legalidade da diligência e o devido processo legal. O pronunciamento do órgão jurisdicional diante do pedido do promotor de justiça de antecipação de provas de uma menor vítima de estupro deve ser resolvido com uma perspectiva constitucional. Deve-se priorizar o direito à proteção efetiva, o princípio do melhor interesse da criança, o direito à verdade e a condição de vulnerabilidade, para que o titular da ação penal possa obter prontamente informações sobre o autor e iniciar objetivamente a persecução do crime. A situação oposta significa que o menor lesado recebe do sistema judicial uma resposta de falta de proteção como vítima e, devido à passagem do tempo, permite-se que as circunstâncias e os detalhes do evento traumático sejam esquecidos, o que a vítima inconscientemente rejeita para que não permaneçam em sua memória. O condicionamento dos requisitos formais determinados no sistema jurídico nacional para o uso da prova antecipada no caso de vítimas menores de idade de crimes graves como o estupro deve ser superado por meio da aplicação das convenções e tratados internacionais aos quais aderimos como Estado-parte para seu cumprimento e respeito. A situação oposta significa que o menor lesado recebe do sistema judicial uma resposta de falta de proteção como vítima e, devido à passagem do tempo, permite-se que as circunstâncias e os detalhes do evento traumático sejam esquecidos, o que a vítima inconscientemente rejeita para que não permaneçam em sua memória. O condicionamento dos requisitos formais determinados no sistema jurídico nacional para o uso da prova antecipada no caso de vítimas menores de idade de crimes graves como o estupro deve ser superado por meio da aplicação das convenções e tratados internacionais aos quais aderimos como Estado-parte para seu cumprimento e respeito.

**Palavras-chave:** crime de violação da liberdade sexual; menores; interesse superior da criança; acesso à justiça; provas antecipadas.

**Termos de indexação:** direito à justiça; abuso sexual; criança; direitos da criança; procedimento legal; direitos da criança (Fonte: Unesco Thesaurus).

**Recibido:** 02/09/2024  
**Aceptado:** 10/12/2024

**Revisado:** 06/09/2024  
**Publicado en línea:** 28/12/2024

Los menores de edad poseen derechos que deben ser reconocidos, respetados, y asegurados durante el proceso penal. (CIDH, 2017)

## 1. INTRODUCCIÓN

La declaración inmediata y oportuna de los agraviados (as) menores de edad por violencia sexual es trascendental en la labor de persecución del delito que realiza el Ministerio Público. La recepción en cámara Gesell, debido a que se trata de una prueba anticipada, tiene como objetivo individualizar al autor. Debe realizarse evitando la revictimización del agraviado menor de edad y con irrestricto respeto del derecho de defensa técnica de la persona a identificarse en la declaración respectiva que, en este caso, será representado por la Defensa Pública para garantizar la legalidad de la diligencia y el debido proceso.

El pronunciamiento del órgano jurisdiccional ante el requerimiento fiscal de actuación de prueba anticipada de un menor víctima de violación sexual debe ser resuelto con perspectiva constitucional. Se debe priorizar el derecho de tutela efectiva, el principio del interés superior del niño, el derecho a la verdad y la condición de vulnerabilidad, a fin de que el titular de la acción penal obtenga con prontitud

información respecto al autor e inicie con objetividad la labor persecutora del delito. El hecho contrario conlleva que el menor agraviado reciba del sistema judicial una respuesta de desprotección como víctima y, por el trascurso del tiempo, se permita el olvido de las circunstancias y detalles del suceso traumático, que la víctima rechaza en forma inconsciente para que no permanezca en su memoria. El condicionamiento de los requisitos formales determinados en el ordenamiento jurídico interno para la actuación de la prueba anticipada en víctimas menores de edad de delitos graves como el de violación sexual debe ser superado mediante la aplicación de los convenios y tratados internacionales a los cuales nos hemos adherido como Estado parte para su cumplimiento y respeto.

## **2. TESTIMONIO DE MENORES VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL**

En el Perú, la violencia sexual constituye un grave problema para niñas, niños y adolescentes. De acuerdo con la información estadística proporcionada por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, se tiene que, de los 11 630 casos de agresión sexual tratados en los Centros de Emergencia Mujer durante el año 2022, el 69.6 % (8100 casos) afecta a menores, tanto niños como niñas, y adolescentes (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, AURORA, SGEC, 2022). Además, es relevante mencionar que la violencia sexual se emplea como un método para imponer dominio y autoridad sobre otros, especialmente enfocado en mujeres, niñas y niños. Esta clase de agresión atenta contra la autonomía y los derechos individuales de elegir libremente acerca de su sexualidad, causando daños físicos y psicológicos. Muchas víctimas enfrentan dificultades al denunciar, reviviendo experiencias traumáticas y sintiéndose culpables. Además, cuando no reciben la protección y ayuda esperada de las instituciones,

se sienten victimizadas nuevamente. Por lo tanto, es esencial que las instituciones cuenten con los recursos y personal capacitado para brindar apoyo y generar confianza en ellas (Gobierno Federal de México, 2023, p. 5).

La manera en la que se recibe el testimonio de una víctima menor de edad en casos de violación sexual requiere de un enfoque especializado y sensible, siendo fundamental garantizar la protección y el bienestar emocional de la víctima durante todo el proceso. Además, la declaración se debe realizar en un entorno seguro y sin presiones, contando con el apoyo de un psicólogo especializado, quien utilizará técnicas y lenguaje apropiados para la edad del niño, asegurándose de que se sienta cómodo y capaz de expresarse. La cámara Gesell es un procedimiento para la obtención de testimonios que ha sido utilizado para preguntar a menores que han sido víctimas de violación sexual. Este método recibe su nombre en honor al reconocido psicólogo estadounidense Arnold Gesell. Según sus investigaciones, el análisis detallado de las reacciones y patrones infantiles se realizaba de manera más efectiva a través de este enfoque. Asimismo, tomar nota de ciertas respuestas o conductas infantiles no era tan preciso como poder observarlas una y otra vez mediante una videograbación (Sánchez, 2022). Es una sala acondicionada especialmente para las declaraciones de personas, conformada por dos habitaciones contiguas divididas por un vidrio espejado que permite ver desde el lugar contiguo lo que sucede, sin ser observado (Águila, 2017, p. 16).

La «entrevista única» se lleva a cabo en la Sala Única de Entrevista, que está dividida en dos áreas separadas por un vidrio espejado: el «ambiente de entrevista», donde la presunta víctima y el psicólogo facilitador interactúan, y el «ambiente de observación», destinado a los sujetos procesales. Esta diligencia de declaración testimonial forma parte de la investigación penal en casos de presuntas víctimas de

violencia sexual, abuso o explotación infantil. La entrevista se realiza en una única sesión con la asistencia del psicólogo del Instituto de Medicina Legal. El especialista da inicio a la evaluación psicológica respectiva, empleando técnicas de análisis, evaluando el contenido, consistencia, contexto, capacidad y afecto de la presunta víctima, en los aspectos relacionados con la naturaleza de la denuncia, con la finalidad de comprobar la veracidad de su testimonio y establecer elementos objetivos de verificación (Echaiz Ramos, 2012, pp. 11-12). La cámara Gesell es de gran relevancia para la obtención de testimonios de los menores de edad afectados en casos de violación sexual. A este acto se llama «entrevista», en la cual los menores, a manera de conversación con un especialista en psicología, van relatando de manera natural y espontánea cómo fueron víctimas de determinado delito en agravio de su indemnidad sexual (Burga, 2019, p. 51).

### 3. DILIGENCIA DE PRUEBA ANTICIPADA

Actualmente, la tramitación de la entrevista única en Cámara Gesell y/o Sala de Entrevista es de carácter obligatorio, conforme regula el artículo 19 del Decreto Legislativo n.º 1386 de fecha 3 de septiembre de 2018, que reforma la Ley n.º 30364, ello en concordancia con el artículo 242 del Nuevo Código Procesal Penal.

Bajo ese contexto, dicha entrevista única debe llevarse a cabo mediante el procedimiento de prueba anticipada, lo cual es necesario para que tal prueba tenga validez en el juicio oral sin la presencia de la parte afectada y así evitar su revictimización.

Cabe precisar que, en la prueba anticipada, «los actos así ejecutados adquieren valor probatorio por su carácter irrepetible o indisponible y urgente (...) el proceso penal está sujeto al principio de la búsqueda de la verdad material» (San Martín Castro, 2015, p. 575).

Según el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, para evitar la victimización secundaria, especialmente de los menores de edad, se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad (...). En lo posible, tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242 del Código Procesal Penal 2004 (...) (fundamento 38).

En esa línea de ideas, el artículo 242, literal d), apartado 1, del Código Procesal Penal reglamenta la prueba anticipada, haciendo alusión a la declaración de víctimas menores de edad en casos de delitos sexuales. Según esta normativa, la declaración debe realizarse en presencia de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas del Ministerio Público. Estas sesiones son grabadas en video y audio con el objetivo de evitar la revictimización de los afectados.

Ahora bien, es relevante señalar que la decisión sobre la admisibilidad de la prueba anticipada en el contexto de un proceso penal tiene implicaciones significativas para el acceso a la justicia de las víctimas. Con relación a ello, debemos señalar que la decisión del juzgado de declarar improcedente la prueba anticipada por no haber identificado al agresor ha planteado serias inquietudes acerca del acceso a la justicia y la falta de comprensión sobre la urgencia y necesidad de proteger a las víctimas. Especialmente, en casos de delitos sexuales, las víctimas suelen tener extrema minoría de edad y no ostentan la capacidad o el contexto para identificar a su agresor. Esta condición impuesta por el juzgado crea una desigualdad en el acceso a la justicia, porque las víctimas que no pueden identificar a sus agresores quedan

desprotegidas, lo cual se agrava aún más cuando los defensores públicos se niegan a participar para asumir la defensa de los acusados.

Esta situación fue evidenciada en el distrito judicial de Huánuco. Incluso, a fin de buscar una solución, conllevó que los magistrados se reúnan y debatan sobre el particular, suscribiendo un Acta de Reunión Virtual de Coordinación de los jueces penales de la Corte Superior de Justicia de Huánuco con respecto al rol de la Defensa Pública en las Pruebas Anticipadas contra los que resulten responsables (Módulo del NCPP - Huánuco, 2021). Determinaron que los requerimientos de pruebas anticipadas contra los que resulten responsables (LQRR) se lleven a cabo con presencia del Defensor Público, habiendo considerado los temas referidos al interés superior del niño, el acceso a la tutela jurisdiccional y la no afectación del derecho de defensa del presunto autor no identificado, por encima de la formalidad.

En virtud de lo glosado, es importante señalar que también la Corte Suprema, a través de la Casación n.º 936-2021/Arequipa (2022), se pronunció con respecto a la viabilidad de utilizar la entrevista en cámara Gesell como prueba anticipada sin la identificación del presunto autor del delito, precisando en su fundamento 10.4 que «la finalidad de la disposición normativa contenida en el artículo 242, inciso 1, literal d), del Código Procesal Penal, que da la calidad de prueba anticipada a las entrevistas en cámara Gesell, está orientada a evitar la revictimización; así, materializa la especial tutela de los menores de edad, la cual no está sujeta a condicionalidad». Asimismo, en su fundamento 10.5, sostuvo que:

No resulta válido sostener que realizar la declaración en cámara Gesell de un menor de edad a fin de identificar a los sujetos activos del delito de violación sexual es incompatible con el derecho a la defensa, por cuanto este puede ser garantizado por un defensor público (...) de aceptarse este razonamiento, podría

afirmarse también que las diligencias preliminares orientadas a la identificación de los autores del delito vulnerarían el derecho a la defensa. Como es evidente, tal fundamentación no encuentra correlato con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el interés superior del niño (...).

En buena cuenta, este pronunciamiento es importante, porque aporta una mayor comprensión sobre la prueba anticipada, el derecho defensa y el principio del interés superior del niño en los procesos judiciales. También, trata el tema de si se debe identificar al investigado o si es suficiente designar a un defensor público en el marco de las entrevistas llevadas a cabo en la cámara Gesell.

#### **4. ACCESO A LA JUSTICIA: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL EN LA CASACIÓN N.º 3050-2022 - HUÁNUCO, RESPECTO DE LA DECLARACIÓN DE LA MENOR VÍCTIMA DE VIOLACIÓN SEXUAL**

El derecho de acceso a la justicia hace referencia a un conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, para que puedan acudir a la administración de justicia a fin de resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico (Conde, 2009).

En el Perú, la violencia sexual contra menores de edad es un delito grave y generalizado, con consecuencias devastadoras para las víctimas. Se comete en secreto, en lugares cerrados y con frecuencia por personas conocidas por los afectados. El gobierno no ha implementado las acciones necesarias para evitar y castigar este tipo de violencia, convirtiéndolo en un problema urgente de derechos humanos (Gamarra y García, 2015). Los menores de edad que han sido víctimas tampoco tienen un acceso efectivo a recibir una compensación justa, como

lo exige la Convención de Belém do Pará. Normalmente, cuando se impone una reparación civil, los montos fijados suelen ser bajos. El Estado peruano enfrenta desafíos en el acceso a la justicia para las víctimas de violencia sexual. Esto incluye retrasos en el proceso judicial, la necesidad de adoptar medidas apropiadas para apoyar y proteger a las víctimas, la no divulgación de los derechos de las víctimas, la prevención de la revictimización y la capacitación de los jueces para evaluar la evidencia presentada.

La violación sexual es un crimen atroz que tiene efectos catastróficos en la víctima. Además del daño físico, el trauma psicológico puede durar toda la vida. Para llevar a los perpetradores ante la justicia y evitar mayores daños a las víctimas, el testimonio oportuno y sensible de las víctimas de violación sexual es crucial en las investigaciones penales. El testimonio oportuno de las víctimas de violación infantil puede aumentar significativamente la confiabilidad y precisión de las pruebas. Los recuerdos se desvanecen con el tiempo y cuanto más se demora en denunciar el delito, más difícil resulta reunir pruebas precisas. El testimonio oportuno también puede conducir a arrestos rápidos, evitando mayores daños a la víctima y a otras víctimas potenciales. Además, el testimonio oportuno puede conducir a un procesamiento exitoso y a la condena del delincuente, ya que las pruebas son más recientes y confiables.

La Corte Suprema de Justicia, mediante la Casación n.º 3050-2022/Huánuco (2023), señaló aspectos jurídicos importantes sobre protección de los derechos fundamentales de las víctimas de violación sexual a fin de que puedan acceder a la justicia y a una indemnización adecuada por el daño padecido, siendo estos: la participación procesal (derecho a involucrarse en el proceso penal de manera activa, presentando pruebas, haciendo argumentos y presentando recursos), la tutela judicial efectiva (derecho a una respuesta adecuada y puntual por parte del sistema legal para resguardar sus derechos y obtener

compensación por el daño padecido), la verdad (conocimiento de los hechos verídicos y la obtención de justicia) y no impunidad (derecho a que los responsables del delito sean investigados y sancionados), y la reparación integral (derecho a recibir una indemnización justa por el perjuicio experimentado incluyendo aspectos físicos, psicológicos y sociales). Asimismo, enfatizó que los operadores de justicia tienen la responsabilidad legal de asegurar los derechos de las víctimas de delitos, especialmente aquellos de naturaleza sexual, particularmente si son menores de edad y vulnerables, a fin de cumplir con los compromisos internacionales de protección.

Según Aguilar (2018), el control de convencionalidad ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso *Almonacid Arellano* de 2006, mediante el cual los jueces sostuvieron:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

(Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2006)

Es relevante destacar que el control de convencionalidad en la salvaguardia de los niños y adolescentes se refiere a la obligación de los Estados de garantizar que sus leyes y acciones estén acordes con los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos de los menores. En este mismo sentido, el Principio de Convencionalidad está estrechamente vinculado con el principio del Interés Superior del Niño, tal como se establece en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual requiere que, en todas las acciones relacionadas con los niños, el interés superior del niño sea una consideración primordial. Por lo expuesto, tanto el principio de Convencionalidad como el principio del Interés Superior del Niño tienen el propósito de salvaguardar los derechos de los niños y asegurar que sus necesidades sean consideradas en todas las determinaciones legales.

Por otra parte, cabe traer a colación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Espinoza Gonzales vs. Perú ha señalado que el derecho de acceso a la justicia en casos de violación sexual comprende el deber que tienen los Estados de asegurar en tiempo razonable «el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso sancionar a los eventuales responsables» (fundamento 237). El derecho al acceso a la justicia en delitos de violación sexual establece que la declaración de la víctima debe realizarse en un tiempo razonable con la finalidad de conocer la verdad de lo sucedido e investigar.

En consonancia con este planteamiento, el Tribunal Constitucional peruano, en la Sentencia n.º 2488-2002-HC/TC Piura del 18 de marzo de 2004 (Caso Genaro Villegas Namuche), reconoció el

derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental, derivado del principio de la dignidad de la persona y que garantizar este derecho es inviable sin la existencia de la tutela judicial efectiva, que busca asegurar los derechos de las víctimas. En buena cuenta, la actuación de la prueba anticipada en víctimas menores de edad en delitos graves debe ser facilitada por la aplicación efectiva de la perspectiva en el marco de la constitución política, los tratados internacionales para asegurar una justicia accesible y sensible a las necesidades específicas de las víctimas menores.

#### 4.1. Nivel de victimización de las menores víctimas de violación sexual y dimensión autónoma del menor respecto del daño sufrido

La victimización de menores por violación sexual es una problemática que requiere de atención integral. En ese sentido, el impacto psicológico y emocional en los menores que han sido víctimas de abuso sexual puede ser profundo y duradero. Las víctimas a menudo experimentan una variedad de resultados negativos para la salud mental, que incluyen ansiedad, depresión y trastorno de estrés postraumático. La etapa de desarrollo de los menores los hace particularmente vulnerables a estos efectos, ya que su capacidad para procesar el trauma aún se está formando (Bustamante et al., 2024). Además, el nivel de daño causado por el abuso sexual puede variar ampliamente en función de las circunstancias individuales, incluida la naturaleza del abuso y el apoyo recibido después del trauma. Estos factores pueden influir significativamente en la resiliencia general y el proceso de recuperación de la víctima.

El papel de los sistemas de apoyo en la recuperación y la resiliencia de los menores victimizados no puede subestimarse (Pereda, 2011). El apoyo eficaz puede provenir de varias fuentes, incluida la familia, los amigos y los servicios profesionales. La atención

especializada que se adapte a las necesidades únicas de las víctimas de abuso sexual es esencial para promover la curación y la recuperación (Pereda, 2011). Además, fomentar la comunicación abierta sobre las experiencias de abuso puede empoderar a los menores para que revelen sus experiencias y busquen ayuda. Este apoyo no solo ayuda en la recuperación emocional, sino que también desempeña un papel vital para ayudar a las víctimas a recuperar su autonomía y reconstruir sus vidas después del trauma.

Finalmente, comprender el nivel de victimización de los menores que sufren abusos sexuales es fundamental para fomentar la concienciación y promover sistemas de apoyo eficaces. El impacto psicológico y emocional en estas víctimas es profundo y a menudo produce efectos duraderos que obstaculizan su desarrollo y bienestar. Sin embargo, la resiliencia de estos menores puede reforzarse significativamente mediante sistemas de apoyo sólidos, incluidos recursos familiares, comunitarios y profesionales que faciliten la recuperación. A medida que avanzamos, es esencial priorizar la creación de entornos seguros e intervenciones terapéuticas que empoderen a las víctimas, permitiéndoles recuperar su autonomía y sanar del daño sufrido. Solo mediante una comprensión integral y medidas proactivas podemos esperar mitigar los efectos del abuso sexual en los menores y apoyar su camino hacia la recuperación y la resiliencia.

## 5. MARCO NORMATIVO

### 5.1. Legislación Internacional

- *Declaración Universal de Derechos Humanos*

El presente instrumento normativo, en su artículo 10, establece que: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones».

- ***Convención Americana sobre Derechos Humanos***

La citada Convención regula lo siguiente:

### **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

2.e) Derecho irrenunciable de la persona de ser asistida por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna (...).

### **Artículo 25. Protección judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

- ***Convención sobre los Derechos del Niño***

Este texto normativo, en su artículo 3, numeral 1, señala 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».

- ***Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. - Las 100 Reglas de Brasilia***

Las mencionadas Reglas de Brasilia buscan garantizar el acceso efectivo a la justicia para personas vulnerables, quienes deben disfrutar plenamente de los servicios judiciales. Además, insta a que los funcionarios judiciales traten adecuadamente a estas personas, teniendo en cuenta sus circunstancias singulares. De allí que, en la sección 2, establece los beneficiarios de las reglas, definiendo en el numeral a *las personas en situación de vulnerabilidad* como «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». También, en la misma sección, en el numeral 2, precisa respecto de la *edad*, señalando que «Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad (...) objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo». Seguidamente, en el numeral 5, aborda referente a la *victimización*, estipulando que:

Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo, se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria). Y se procurará garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas (...).

- ***Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas***

La presente Carta en su artículo 3 reconoce el *derecho de acceso a la justicia*, señalando que:

Las víctimas tienen derecho a que los Estados tengan una política articulada, integral y sostenible de acceso a la justicia (...) que proporcione procedimientos judiciales y administrativos, que consideren las necesidades de las víctimas. Estos servicios deben ser oportunos, expeditos, accesibles y gratuitos. Además del acceso individual a la justicia, los sistemas judiciales procurarán establecer los procedimientos o las reformas legales correspondientes, para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtenerla, según proceda.

Asimismo, el citado artículo en los numerales 3.1, 3.3 y 3.4 establece otros derechos que devienen del acceso a la justicia, tales como el derecho de tutela judicial efectiva, el derecho de ejercer la acción penal y el derecho a la concentración de actos judiciales, respectivamente.

## 5.2. Legislación Nacional

### **Constitución Política del Perú**

Nuestro texto constitucional, en el artículo 4, concibe que: «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)». Además, en el artículo 139, inciso 3), establece: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional».

### **Código Procesal Penal**

El presente cuerpo normativo, en su artículo 95, numeral 1, literal c), indica que el agraviado tiene derecho: «A recibir un trato digno y

respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad (...). Asimismo, en su artículo 242, numeral 1, literal d), puntualiza los supuestos de prueba anticipada, desprendiéndose lo siguiente:

1. Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos: (...) d) Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153-A del Capítulo I: Violación de la libertad personal, y en los comprendidos en el Capítulo IX: Violación de la libertad sexual, Capítulo X: Proxenetismo y Capítulo XI: Ofensas al pudor público, correspondientes al Título IV: Delitos contra la libertad, del Código Penal (...).

***Ley n.º 30364. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar***

La acotada Ley n.º 30364, en su artículo 19, regula la Declaración de la Víctima y Entrevista Única, disponiendo que: «Cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada (...).».

***Ley del servicio de Defensa Pública n.º 29360***

La aludida Ley n.º 29360, en su artículo 14, numeral 14.1, señala que: «El Servicio de Defensa Pública se presta a favor de las personas de escasos recursos económicos o en situación de vulnerabilidad, y en los demás casos en que la ley expresamente así lo establezca».

- ***Acuerdo de Unificación de Criterios de los Defensores Públicos Penales***

El día 11 de octubre de 2013, los Defensores Públicos Penales suscribieron el citado Acuerdo de Unificación de Criterios, a través del cual acordaron textualmente lo siguiente:

**Primero:** Establecer, como criterio de interpretación, que el servicio de defensa pública no debe brindarse en diligencias preliminares a personas no identificadas o contra los que resulten responsables (...).

- ***Acta de Reunión Virtual de Coordinación de los Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Huánuco***

El día 20 de octubre de 2021, el presidente de la Corte de Justicia de Huánuco y 18 jueces penales, que aplican el Código Procesal, suscribieron el Acta de Reunión Virtual de Coordinación de los Jueces Penales de la referida corte, en la cual respecto al problema del Rol de la Defensa Pública en las pruebas anticipadas contra los que resulten responsables, adoptaron como posición que: «Todos los pedidos de Pruebas Anticipadas Contra los Que Resulten Responsables se deben llevar a cabo sin excepción alguna con presencia de la Defensa Pública».

## SENTENCIAS

- ***Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos***

**Sentencia del 12 de marzo de 2020. Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.** Se estableció que es fundamental para las investigaciones penales por violencia sexual que: i) la víctima declare en un entorno cómodo y seguro que le ofrezca privacidad y confianza; ii) el registro de la declaración de la víctima se

realice de manera que se evite o reduzca la necesidad de repetirla (fundamento 180).

**Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.** Se indicó que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino que este debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables (fundamento 216).

**Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Caso Espinoza Gonzales vs. Perú.** En su fundamento 237, la Corte ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.

**Sentencia del 31 de agosto de 2010. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 196, estableció que «Al respecto, el Tribunal considera oportuno señalar que no deben existir obs-

táculos en la búsqueda de justicia en el presente caso y, por lo tanto, el Estado debe continuar adoptando todas las medidas necesarias para proteger y garantizar la seguridad de las víctimas, asegurando que puedan ejercer sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial sin restricciones».

- ***Sentencia del Tribunal Constitucional***

**Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 04058-2012-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2014.** En su fundamento 25, precisó que el principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas, y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable para dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata niños, niñas y adolescentes, que tienen especial cuidado y prelación de sus intereses frente al Estado.

**Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 0763-2005-PA/TC, de fecha 13 de abril de 2005.** Se señaló que el derecho al acceso de justicia garantiza el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presentación de reclamos en un proceso judicial. Sin embargo, esto no obliga al órgano jurisdiccional a estimar lo pedido por el justiciable, sino, solamente, la obligación de que la resolución que estime o no la pretensión sea razonada y ponderada. De otro lado, ninguna actuación jurisdiccional puede conllevar a desalentar o sancionar el ejercicio de este derecho (FJ 8 y 9).

## 6. CONCLUSIONES

1. El Ministerio Público, en el ejercicio de los roles constitucionales de persecución del delito y responsabilidad de la carga de la prueba en las investigaciones por el delito violación sexual en agravio de niños, niñas y adolescentes, en los que no el autor no esté identificado, está facultado a requerir la declaración de la víctima en la cámara Gesell mediante la técnica de prueba anticipada para una atención oportuna y diligente por parte del Poder Judicial. Se debe sostener su solicitud en tratados y convenios internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño (Principio del interés superior del niño), las 100 Reglas de Brasilia (condición de vulnerabilidad) y la Carta Iberoamericana de los Derechos de las Víctimas (acceso a la justicia oportuno, accesible y expedito) con el objetivo de que su pedido sea evaluado, analizado y resuelto con perspectiva constitucional.
2. La intervención de la Corte Suprema en la Casación n.º 936-2021/Arequipa permite ilustrar a los jueces de primera instancia en los casos en que se requiere recabar la declaración de un menor en la cámara Gesell y no se encuentra identificado el sujeto activo del delito de violación sexual. En consecuencia, se resuelve con prevalencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el interés superior del niño y su situación de vulnerabilidad, no resultando incompatible su recepción con el derecho de defensa de la persona no identificada por cuanto puede ser garantizado por un defensor público.
3. En la Reunión Virtual de Coordinación de los jueces penales de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, convocada por la inasistencia del Defensor Público en las Pruebas

Anticipadas contra los que resulten responsables, se acordó la presencia de la defensa pública en las pruebas anticipadas en casos de violación sexual de menores de edad, aunque no se encuentre identificado el autor del delito. Se elimina el Acuerdo de Unificación de Criterios de los defensores públicos, en el sentido de no brindar el servicio de defensa técnica en diligencias preliminares a personas no identificadas o contra los que resulten responsables.

4. La denegatoria de recabarse la declaración del menor agraviado como prueba anticipada por no encontrarse identificado el autor del delito de violación sexual, y en caso de recabarse se vulnera el derecho de defensa de la persona no identificada, generó la Casación n.º 3050-2022-Huánuco. La Corte Suprema destacó tres aspectos importantes para la preservación de los derechos fundamentales de las víctimas de delitos sexuales para que tengan acceso a la justicia y reciban una reparación adecuada por el daño sufrido: la participación procesal, la tutela judicial efectiva, el derecho a la verdad, la no impunidad y la reparación integral.
5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias de temas relacionados con la declaración de la víctima en una investigación penal por violencia sexual, desarrolló aspectos a ser considerados para su recepción: un ambiente cómodo, seguro, con privacidad, evitándose la repetición de la declaración, y con relación al derecho de acceso a la justicia, el derecho de las víctimas o sus familiares a conocer la verdad de lo sucedido.
6. El Tribunal Constitucional destacó la relevancia del principio del interés superior del niño, con relación a los niños, niñas y adolescentes. En caso de suscitar controversia, en la que

se encuentren involucrados menores, es responsabilidad de los operadores judiciales la flexibilización de las normas y la interpretación favorable.

## REFERENCIAS

- Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116. Corte Suprema de Justicia de la República (6 de diciembre de 2011). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/10b3e2004075b5dcb483f499ab657107/ACUERDO+PLENARIO+N°+1-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=10b3e2004075b5dcb483f499ab657107>
- Águila Blanes, A. (16 de junio de 2017). *Cámara Gesell: una herramienta para reducir la victimización secundaria en menores víctimas de delitos sexuales*. [Tesis de maestría, Universidad de Alicante]. <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/67235>
- Aguilar Cavallo, G. (2018). Control de convencionalidad y protección de los niños, niñas y adolescentes. *Pensamiento Constitucional n.º 23*, 11-36. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20945>
- Burga Montenegro, R. I. (2019). *La Aplicación del Derecho Penal del Enemigo en la declaración como prueba anticipada en los casos de víctimas de violación sexual de menores*. [Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <https://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/2016>
- Bustamante Maita, S. T. (2024). Factores de vulnerabilidad en niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. *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*. doi: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i8.974>

- Casación n.º 936-2021/Arequipa (Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de junio de 2022). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/07/Casacion-936-2021-Arequipa-LPDerecho.pdf>
- Casación n.º 3050-2022/Huánuco (Corte Suprema de Justicia de la República, 15 de mayo de 2023). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/07/Casacion-3050-2022-Huanuco-LPDerecho.pdf>
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia (Corte IDH 26 de septiembre de 2006).
- Caso Espinoza Gonzales vs. Perú. Sentencia. Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 de noviembre de 2014). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_289\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf)
- Caso Genaro Villegas Namuche. Sentencia n.º 2488-2002-HC/TC Piura, Caso Genaro Villegas Namuche. Tribunal Constitucional (18 de marzo de 2004). [https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/tc\\_2488-2002-HC.pdf](https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/tc_2488-2002-HC.pdf)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (30 de noviembre de 2017). Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>
- Conde, M. de J. (2009). El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes. *Revista IIDH*, 50, 191-207. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25534.pdf>
- Echaiz Ramos, G. M. (2012). *Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual*. Comisión Multisectorial del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la

- Adolescencia 2002-2010. [https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/933\\_guia\\_seu.pdf](https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/933_guia_seu.pdf)
- Gamarra Herrera, R. y García Carpio, S. (2015). *Acceso a la justicia para niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en el Perú. Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su 150 periodo de sesiones*. Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú 2015-17450.
- Gobierno Federal de México (15 de septiembre de 2023). *Protocolo de investigación de los delitos de violencia sexual hacia las mujeres, desde la perspectiva de género*. <http://cedoc.inmujeres.gob.mx/ftp/EdoMex/edomexmeta7.pdf>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables / AURORA / SGEN. (enero-diciembre de 2022). *Cartilla Estadística n.º 12*. <https://portalestadistico.aurora.gob.pe/wp-content/uploads/2023/01/Cartilla-Estadistica-AURORA-Diciembre-2022.pdf>
- Módulo del NCPP - Huánuco (20 de octubre de 2021). *Acta de Reunión Virtual de Coordinación de los Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Huánuco respecto al rol de la Defensa Pública en las Pruebas Anticipadas contra Los que Resulten Responsables*. OFICIO n.º 000176-2021-ADMNCP-AD-GAD-CSJH: <https://verifica.pj.gob.pe/doc/sgd> CÓDIGO: 232842 CLAVE: MJDVO
- Pereda, N. (2011). Resiliencia en niños víctimas de abuso sexual: el papel del entorno familiar y social. *Educación Social*, (49), 103-114. <https://redined.educacion.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/29244/00920123016251.pdf?sequence=1>
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho procesal Penal. Lecciones*. INPECCP y CENALES.

Sánchez Rubio, A. (2022). La toma de declaración a través de la Cámara Gesell como medio para evitar la doble victimización. *Estudios Penales y Criminológicos*, 42, 1-30. doi: <https://doi.org/10.15304/epc.42.7513>

### **Financiamiento**

Autofinanciado.

### **Conflicto de interés**

La autora declara no tener conflicto de intereses.

### **Contribución de autoría**

Investigación; redacción del trabajo; revisión y aprobación de la versión que se publicará.

### **Biografía de la autora**

Ana María Chávez Matos es Fiscal Superior Penal Titular. Es doctora en Derecho por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Es maestra en Derecho Penal por la Universidad de Medellín, Colombia, además de las maestrías en Derecho Civil y Comercial, y de Gestión Pública por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Ha sido presidenta de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Huánuco.

### **Correspondencia**

[anachavezmatos@yahoo.com](mailto:anachavezmatos@yahoo.com)



# 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 9, julio-diciembre, 2024

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: 10.51197/lj.v6i9

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 9*

se terminó de producir digitalmente en diciembre 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

LUIS ALBERTO RAMÍREZ TIPACTI

Reglas de Brasilia para jóvenes encarcelados: aplicación de las Reglas de Brasilia a la luz de la responsabilidad penal restringida para jóvenes reclusos en establecimientos penitenciarios peruanos

EDUARDO ANTONIO REYES CASTILLO

Políticas gubernamentales y la atención de calidad en un centro de salud mental desde la perspectiva de la comunidad LTGBIQ+ 2023

MARTHA HELIA ALTABE

Derecho penal y protección de datos personales. Algunas reflexiones en torno a la práctica jurídica en el contexto español

ZULEYMI VELASCO PÉREZ

Derecho penal y protección de datos personales

SANDRA LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ

¿Puede el género constituir una circunstancia modificativa en el derecho penal? Algunas reflexiones en torno a la práctica jurídica en el contexto español

SOFÍA RIVAS LA MADRID

El delito de feminicidio: la violencia contra la mujer por razones de género

JULIANA VIVAR VERA Y ARÁN GARCÍA SÁNCHEZ

Enseñanza transformadora del Derecho Penal con sentido humano para el acceso a la justicia. La experiencia del modelo en el Tecnológico de Monterrey

JOEL EMERSON HUANCAPAZA HILASACA

El derecho humano a la vivienda digna y las posibilidades de acceso a la justicia para su protección a favor de los sectores vulnerables

ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS

Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes en casos de violación sexual



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

COMISIÓN PERMANENTE



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